

حواشي
الشيخ عبد الحميد الشرواني
والشيخ أحمد بن قاسم العبادي

على
تحفة المحتاج بشرح المنهاج

للإمام
شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي

وضعت حاشية الشرواني في أعلى كل صحيفة
وحاشية ابن قاسم أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي

وبهامشه
تحفة المحتاج بشرح المنهاج

الجزء السادس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

كتاب الغصب

(هو) لغة أخذ الشيء ظلماً وقيل بشرط المجاهرة
وشرعاً (الاستيلاء) ويرجع فيه للعرف كما يتضح بالأمثلة
الآتية وليس منه منع المالك من سقي ماشيته أو غرسه
حتى تلف فلا ضمان، وإن قصد منعه عنه على المعتمد
وفارق هذا هلاك ولد شاة ذبحها بأنه ثم أتلّف غداء الولد
المتعين له بإتلاف أمه بخلافه هنا وبهذا الفرق يتأيد ما
يأتي عن ابن الصلاح وغيره قبيل والأصح أن السمن ويأتي
قبيل قول المتن فإن أراد قوم سقي أرضهم فيمن عطل
شرب أرض الغير ما يؤيد ذلك (على حق الغير)، ولو خمرا

وكلبا محترمين وسائر الحقوق والاختصاصات كحق متحجر
وكإقامة من قعد بسوق أو مسجد
<ص: 3> لا يزعج منه والجلوس محله وجعله في دقائقه
حبة البر غير مال مراده به غير متمول لما قدمه في
الإقرار أنها مال وعبر أصله بالمال، لأنه بمعنى المتمول
المرتب عليه الضمان الآتي وعدل عنه إلى أعم منه كما
تقرر ليكون التعريف جامعا لأفراد الغصب المحرم الواجب
فيه الرد، وأما الضمان فيصرح بانتفائه عن غير المال
بقوله ولا يضمن الخمر فصنيعه أحسن خلافا لمن انتصر
لصنيع أصله (عدوانا) أي على جهة التعدي والظلم وخرج به
نحو عارية وماخوذ بسوم وأمانة شرعية كثوب طيرته الريح
إلى حجره أو داره ولا يرد عليه ما لو أخذ مال غيره
يظنه ماله فإنه يضمنه ضمان الغصب، لأن الثابت في هذه
الصورة حكم الغصب لا حقيقته قاله الرافعي نظرا إلى أن
المتبادر والغالب من الغصب ما يقتضي الإثم وعبرة
الروضة بغير حق. واستحسننت، لأنها تشمل هذه الصورة
وتقتضي أن الثابت فيها حقيقة الغصب نظرا إلى أن
حقيقته صادقة مع انتفاء التعدي إذ القصد بالحد ضبط
سائر صور الغصب التي فيها إثم والتي لا إثم فيها
واستحسن الرافعي زيادة " قهرا " لتخرج السرقة وغيره
زيادة لا على وجه اختلاس أو انتهاب وردا بأن الثلاثة
خارجة بالاستيلاء لإنبائه عن القهر والغلبة، والتنظير في هذا
بادعاء أن السرقة نوع من الغصب أفرد بحكم خاص فيه
نظر وصنيعهم بإفرادها بباب مستقل وجعلها من مباحث
الجنايات قاض بخلافه وأخذ مال غيره بالحياء له حكم
الغاصب وقد قال الغزالي من طلب من غيره مالا في
الملا فدفعه إليه لباعث الحياء فقط لم يملكه ولا يحل له
التصرف فيه والأصل في الباب الكتاب والسنة وإجماع
الأمة وهو كبيرة، قالا عن الهروي: إن بلغ نصابا واعترض
بنقل ابن عبد السلام الإجماع على أن غصب الحبة
وسرقتها كبيرة لكن توقف فيه الأزرعي ويوافقه إطلاق
الماوردي الإجماع على أن فعله مع الاستحلال ممن لا
يخفى عليه كفر ومع عدمه فسق وكان هذا التفصيل إنما
هو من جهة حكاية الإجماع عليه وإلا فصريح مذهبنا أن
استحلال ما تحريمه ضروري كفر، وإن لم يفعله وما لا فلا
وإن فعله فتفطن له. (فلو ركب دابة) <ص: 4> لغيره بغير

إذنه وإن كان هو المسير لها بخلاف ما لو وضع عليها متاعا بغير إذنه بحضوره فسيرها المالك فإنه يضمن المتاع ولا يضمن مالكة الدابة إذ لا استيلاء منه عليها (أو جلس) أو تحامل برجله كما قاله البغوي أي، وإن اعتمد معها على الرجل الأخرى فيما يظهر (على فراش) لم تدل قرينة الحال على إباحة الجلوس عليه مطلقا أو لناس مخصوصين كفرش مصاطب البزازين <ص: 5> أي جمع مصطبة بالصاد والسين وتفتح الميم وقد تكسر (فغاصب، وإن لم ينقله) لحصول غاية الاستيلاء وهي الانتفاع تعديا، ولو لم يقصد الاستيلاء كما في الروضة، وإن نظر فيه السبكي وصوب الزركشي قول الكافي من لم يقصده لا يكون غاصبا ولا ضامنا وأفهم كذلك خلافا لقول جمع لو رفع منقولا ككتاب من بين يدي مالكة لينظره ويرده حالا من غير قصد استيلاء عليه لم يضمنه نعم قد يحمل كلامهم على ما إذا دلت القرينة على رضا مالكة بأخذه للنظر إليه على أن ما يأتي في المدخول للتفرج يؤيدهم إلا أن يفرق بأن الأخذ والرفع استيلاء حقيقي فلم يحتج معه لقصد بخلاف مجرد الدخول وأفهم اشتراط النقل أنه لو أخذ بيد قن ولم يسيره لم يضمنه قال بعضهم بخلاف بعثه في حاجته كما ذكره. ا هـ. وعبارة غير <ص: 6> واحد أخذ بيد قن غيره وخوفه بسبب تهمة ولم ينقله من مكانه إلى آخر أو نقله لا بقصد الاستيلاء عليه أي بناء على خلاف ما مر عن الروضة لم يضمنه وكذا إن انتقل هو من محله باختياره أو ضرب ظالم قن غيره فأبق، لأن الضرب ليس باستيلاء نعم إن لم يهتد إلى دار سيده ضمنه، ولو زلق داخل حمام مثلا فوقع على متاع لغيره فكسره ضمنه ولا يضمن صاحبه الزالق إلا إن وضعه بالمر بحيث لا يراه الداخل ووجد له محلا سوى الممر فيهدر المتاع دون الزالق به، ولو دفع عبده إلى غيره ليعلمه حرفة فأمانة وإن استعمله في مصالح تلك الحرفة أي المتعلقة به بخلاف استعماله في غير ذلك وأفهم المتن أيضا أنه لا فرق فيهما بين حضور المالك وغيبته لكن نقلا عن المتولي أن هذا إن غاب أي وحينئذ يضمن الكل، وإلا اشترط أن يزعجه أو يمنعه التصرف فيه وحينئذ إذا جلس أو ركب معه لا يضمن إلا النصف، وإن ضعف المالك بناء على ما يأتي عن الأذرعي قال المتولي، ولو رفع برجله شيئا بالأرض لينظر جنسه ثم

تركه فضع لم يضمه قال شارح ونظيره رفع سجادة
برجله ليصلي مكانها. اهـ ويتعين حملهما على رفع ليس
فيه انفصال المرفوع عن الأرض على رجله وإلا ضمنه لما
هو ظاهر أن الأخذ بالرجل كهو باليد في حصول الاستيلاء
وأفتى القاضي بأن من ظفر بأبق لصديقه أي أو خلصه
من نحو غاصب فأخذه ليرده فهرب قبل تمكنه من رده
ورفعه لحاكم <ص: 7> لم يضمه وأطلق الماوردي وابن
كج أنه يضمه بوضع يده عليه وتأييد الزركشي للأول بأخذ
المحرم صيدا ليداويه مردود بأن هذا حق الله فيسامح فيه
وسياتي عن الشيخين في شرح والأيدي المترتبة ما يصرح
بالثاني وألحق الغزي بالصديق غيره إذا عرف مالكه بخلاف
من لم يعرفه أو لم يرد رده أو قصر فيه فإنه يضمه
مطلقا لتقصيره. ولو سخر ظالم قهرا مالك دابة بيده على
عمل فتلفت في يد مالكها لم يضمها المسخر، وعليه
أجرة مثل ذلك العمل، ولو سيقت أو انسقت بقرة إلى
راع لم تدخل في ضمانه إلا إن ساقها مع البقر. (ولو دخل
داره وأزعجه عنها) أي أخرجه منها فغاصب، وإن لم يقصد
الاستيلاء، لأن وجوده يغني عن قصده وقيده بأن يدخل
بأهله على هيئة من يقصد السكنى وبه يخرج دخولها هجما
لإخراجه وقد قطع الإمام بعدم ضمانه لكن رجح ابن الرفعة
أنه غصب كما اقتضاه المتن كأصله قيل وتصريح الروضة
وأصلها بحصوله المفهوم منه حصوله هنا بالأولى في
قولهما (أو أزعجه) أي أخرجه عنها (وقهره على الدار) أي
منعه التصرف فيها وهذا لازم للإزعاج فالتصريح به تصريح
باللازم ومن ثم حذفه غيره (ولم يدخل فغاصب)، وإن لم
يقصد الاستيلاء عليها خلافا لجمع (وفي الثانية وجه واه) أنه
لا يكون غاصبا عملا بالعرف <ص: 8> ولو منعه من نقل
الأمته فغاصب لها أيضا، وإن لم يقصد الاستيلاء عليها
بخصوصها وما أفهمه كلام جمع أنه لا بد أن يقصد
الاستيلاء عليها بخصوصها ولا يكفي قصد الاستيلاء على
الدار رده الأذرعى فقال الأقرب وفاقا لصاحب الكافي أن
الاستيلاء على الظرف استيلاء على المظروف. (ولو سكن
بيتا) أو لم يسكنه (ومنع المالك منه دون باقي الدار
فغاصب للبيت فقط)، لأنه الذي استولى عليه (ولو دخل
بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها) ولا من خلفه من أهل
ومستأجر ومستعير (فغاصب)، وإن ضعف الداخل وقوي

المالك حتى لو انهدمت حينئذ ضمنها، لأن قوته إنما تسهل النزع منه حالا ولا تمنع استيلاءه فعلم خطأ من أفتى فيمن ادعى عليه غصب عقار فأقام بينة بضعفه بأنها تسمع ويبطل عنه حكم الغصب، وإن ثبت بالبينة أما إذا لم يقصد الاستيلاء كأن دخل لتفرج لم يكن غاصبا وإنما ضمن منقولا رفعه لذلك، لأن يده عليه حقيقة واليد على العقار حكمية فتوقفت على قصد الاستيلاء كما مر

(وإن كان) المالك أو نحوه فيها وقد دخل بقصد الاستيلاء بخلاف نحو التفرج (ولم يزعجه عنها فغاصب لنصف الدار) لاجتماع يدهما فيكون الاستيلاء لهما معا وبه يعلم أن مالك الدار لو تعدد كان غاصبا لحصته بعدد الرءوس وعكسه (إلا أن يكون ضعيفا لا يعد مستوليا على صاحب الدار) فلا يكون غاصبا لشيء منها لتعذر قصد ما لا يمكن تحققه وأخذ منه السبكي وتبعه الإسنوي أنه لو ضعف المالك بحيث لا يعد له مع قوة الداخل استيلاء يكون غاصبا لجميعها إذا قصد الاستيلاء عليها واعترضه الأذرعى بأن يد المالك باقية لم تزل فهي قوية لاستنادها للملك ورد بأنه قد يعارض بمثله في الداخل الضعيف بقصد الاستيلاء ويرد بوضوح الفرق بأن يد المالك الحسية منتفية ثم فآثر قصد الاستيلاء وموجودة هنا فلم يؤثر قصده معها في دفعها من أصلها وإن ضعفت وحيث لم يجعل غاصبا لم تلزمه أجره على ما أفتى به القاضي في سارق تعذر خروجه فتخبأ في الدار ليلة لكن قال الأذرعى إنه مشكل لا يوافق عليه وهو ظاهر <ص: 9> إلا أن يكون القاضي نظر إلى أن الليلة لا أجره لها غالبا فيصح كلامه حينئذ، ولو استولى على أم أو هادي الغنم فتبعه الولد أو الغنم لم يضمن غير ما استولى عليه لكن بحث ابن الرفعة أنه لو غصب أم النحل فتبعها النحل ضمن قطعاً لاطراد العادة بتبعيته لها قيل: وكذا الرمكة لذلك. اهـ وقضيته أنه لو غصب الولد فتبعته أمه ضمنها لاطراد العادة بذلك فيها، وفي جميع ذلك نظر ومخالفة لإطلاقهم أنه لا يضمن إلا ما استولى عليه واستشهاد ابن الرفعة لضمان الولد والقطيع الذي اختاره بقولهم لو كان بيده دابة خلفها ولدها ضمن إتلافه كأمه مردود بجواز حمله على ما إذا وضع يده عليه.

(وعلى الغاصب) الخروج من المغصوب العقار بنية عدم العود إليه وتمكين المالك منه و (الرد) فورا عند التمكين

للمنقول الذي بلبد الغصب والمنتقل عنه، ولو بنفسه أو فعل أجنبي، وإن عظمت المؤنة، ولو نحو حبة وكلب محترم، وإن لم يطلبه المالك للخبر الصحيح {على اليد ما أخذت حتى تؤديه} كذا استدلوا به وهو إنما يدل على وجوب الضمان ولعلمهم وكلوا ذلك إلى ما هو معلوم مجمع عليه أن الخروج عن المعصية واجب فوري ويكفي وضع العين بين يدي المالك بحيث يعلم ويتمكن من أخذها، وكذا بدلها كما علم مما مر أول المبيع قبل قبضه أنه يكفي ذلك في الديون كالأعيان وقضية كلامهما في موضع اختصاصه بالعين وجزم به في الأنوار وفي داره إن علم، ولو بإخبار ثقة ولو غصب من غير المالك برئ بالرد لمن غصب منه إن كان نحو وديع ومستأجر ومرتهن لا ملتقط وفي مستعير ومستام وجهان <ص: 10> أوجهما كما اقتضاه كلامهما أنهما كالأول بجامع الضمان وقد يجب مع الرد القيمة للحيلولة كما لو غصب أمة فحملت بحر لتعذر بيعها وقد لا يجب الرد لكونه ملكه بالغصب كأن غصب حربي مال حربي أو لخوف ضرر كأن غصب خيطا وخاط به جرح محترم فلا ينزع منه ما دام حيا إلا إذا لم يخف من نزع مبيع تيمم أو لملك الغاصب لها بفعله كما يأتي وقد لا يجب فورا كأن غصب لوحا وأدخله في سفينة وكانت في الماء وخيف من نزع هلاك محترم وكان آخره للإشهاد كما مر آخر الوكالة.

(فإن تلف عنده) المغصوب أو بعضه وهو مال متمول بإتلاف أو تلف (ضمنه) إجماعا نعم لو غصب حربي مال محترم ثم عصم فإن كان باقيا رده أو تلفا لم يضمنه كقن غير مكاتب غصب مال سيده وأتلفه وباع أو عادل غصب شيئا وأتلفه حال القتال أو تلف فيه بسببه أما غير متمول كحبة بر أتلفها فلا يضمنها، وكذا اختصاص، وإن غرم على نقله أجرة، ولو غصب قنا وجب قتله بنحو ردة فقتله لم يضمنه. واستطرد هنا كالأصحاب مسائل يقع بها الضمان بلا غصب بمباشرة أو سبب لمناسبتها به، وإن كان الأنسب بها باب الجنایات فقال (ولو أتلف مالا) محترما (في يد مالكة ضمن) ه إجماعا وقد لا يضمنه كأن كسر بابا أو نقب جدارا في مسألة الظفر أو لم يتمكن من إراقة خمر إلا بكسر إنائه أو من دفع صائل إلا بقتل دابته وكسر سلاحه وما يتلفه باع على عادل وعكسه حال القتال

وحرّبي علي معصوم وقرن غير مكاتب علي سيده ومهدر بنحو ردة أو صيال أتلّف وهو في يد مالكة وخرج بالتلف ما لو سخر دابة ومعها مالكةا فتلفت <ص: 11> فلا يضمنها كما مر نعم إن كان السبب منه كأن اكتراها لحمل مائة فزاد وصاحبها معها ضمن قسط الزيادة وأفتى البغوي بأنه لو صرع فوق علي مال لغيره ضمنه كما لو سقط عليه طفل من مهده واعترض بما في الروضة عنه قيل الجهاد أنه لو سقطت الدابة ميتة لم يضمن ركبها ما تلف بها. اهـ وقد يفرق بأن الأول إتلاف مباشرة والثاني إتلاف سبب ويغترف فيه لضعفه ما لا يغترف في الأولى لقوتها.

(ولو فتح رأس زق) وتلف ضمن، لأنه بأشْر إتلافه أما إذا كان ما فيه جامدا فخرج بتقريب غيره نارا إليه فالضامن هو المقرب لقطعه أثر الأول بخلاف ما لو خرج بريح هابة حال الفتح أو شمس مطلقا، لأنهما لا يصلحان للقطع ومثلهما كما هو ظاهر فعل غير العاقل (مطروح علي الأرض) مثلا (فخرج ما فيه بالفتح أو منصوب فسقط بالفتح) لتحريكه الوكاء وجذبه أو لتقاطر ما فيه حتى ابتل أسفله وسقط (وخرج ما فيه) بذلك وتلف (ضمن) لتسببه في إتلافه إذ هو ناشئ عن فعله وإن حضر مالكة وأمكنه تداركه كما لو رآه يقتل قنه فلم يمنعه ودعوى أن السبب يسقط حكمه مع القدرة علي منعه بخلاف المباشرة ممنوعة. (وإن سقط بعارض ريح) <ص: 12> أو زلزلة طرا بعد الفتح أو بوقوع طائر عليه (لم يضمن)، لأن الخروج ليس بفعله مع عدم تحقق هبوبها بخلاف طلوع الشمس فلم يبعد قصد الفاتح له ويتردد النظر في البلاد الباردة التي يعتاد فيها الغيم أياما أو عدم إذابتها لمثل هذا فطلعت وأذابته علي خلاف العادة ومقتضى نظرهم للتحقق فيها المقتضى للقصد المذكور - عدم الضمان عند اطراد العادة بذلك ويؤيده عدمه في قولهم، ولو شك في مسقطه فلا ضمان كما في الشامل والبحر، لأن الظاهر أنه بأمر حادث وحل السفينة كفتح الزق.

(ولو فتح قفصا عن طائر وهيجه فطار) حالا (ضمن) ه إجماعا، لأنه ألجأه إلى الفرار كإكراه الأدمي (وإن اقتصر علي الفتح فالأظهر أنه إن طار في الحال) أو كان آخر القفص فمشى عقب الفتح قليلا قليلا حتى طار أو وثبت هرة عقب الفتح فقتلته كذا أطلقاه وقيده السبكي وغيره

بما إذا علم بحضورها حين الفتح وإلا كانت كريح طرأت بعده وقد يفرق بأن الإِتلاف قد يقصد من هرة تمر عليه بعده مفتوحا ولا كذلك الريح الطارئة، لأن تلك أقوى في الإِتلاف وأغلب في مراقبة المأكول ويتجه أن علمه بوجود نحو هرة ضارية بذلك المكان غالبا كحضورها حال الفتح حتى عند السبكي أو أطلق بهيمة وبجانبها حب فأكلته بخلاف ما لو فتح وعاء حب فأكلته بهيمة على ما نقل ويفرق بأنه في الأول أغرى البهيمة بإطلاقها وهو بجانبها وفي الثاني لم يغرها، والفرض أنه لم يستول على الحب (ضمنه) لإشعاره بتنفيره ومحل قولهم المباشرة مقدمة على السبب ما لم يكن السبب ملجئا (وإن وقف ثم طار فلا) <ص: 13> لإشعاره باختياره ويجري ذلك في حل رباط البهيمة وفتح باب إصطبلها ومثلها قن غير مميز ومجنون لا عاقل، ولو أبقا وألحق جمع بفتح القفص ما لو كان بيد صبي أو مجنون طائر فأمره إنسان بإطلاقه من يده فأطلقه قال الأزرعي وهذا حيث لا تميز، وإلا ففيه نظر إذ عمد المميز عمد وكغير المميز من يرى تحتم طاعة أمره قيل الأولى طير لا طائر، لأنه في القفص لا يطير ورد بأن الذي قاله جمهور اللغويين أن الطائر مفرد والطيور جمعه. (والأيدي المترتبة) بغير تزوج (على يد الغاصب) الضامن، وإن كانت في أصلها أمانة كوديعة ووكالة بأن وكله في الرد (أيدي ضمان، وإن جهل صاحبها الغصب) <ص: 14> لأنه وضع يده على ملك غيره بغير إذنه والجهل إنما يسقط الإثم، لأنه من خطاب التكليف لا الضمان، لأنه من خطاب الوضع فيطالب أيهما شاء نعم الحاكم وأمينه لا يضمنان بوضع يدهما للمصلحة، وكذا من انتزعه ليرده لمالكة من يد غير ضامنة وهي يد قنه أو حربي دون غيرها مطلقا كما قاله لكن رجح السبكي الوجه القائل بعدم الضمان إذا كان معرضا للضياع والغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهرا واستثنى البغوي من الجهل ما لو غصب عينا ودفعها لغير ليردها لمالكها فتلفت في يده فإن جهل العبد ضمن الغاصب فقط وإلا تعلق برقبته وغرم المالك أيهما شاء أما لو زوج غاصب المغصوبة لجاهل بغصبها فتلفت عند الزوج بغير الولادة منه فلا يضمنها، لأن الزوجة من حيث هي زوجة لا تدخل تحت يد الزوج وبهذا يندفع إيراد هذه على المتن (ثم إن علم) الثاني بالغصب

(فكغاصب من غاصب فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده) ويطالب بكل ما يطالب به الأول لصدق حد الغصب عليه نعم لا يطالب بزيادة قيمة حصلت في يد الأول فقط بل المطالب بها هو الأول ويبرأ الأول لكونه كالضامن لتقرر الضمان على الثاني بإبراء المالك للثاني ولا عكس (وكذا إن جهل) الثاني الغصب (وكانت يده في أصلها يد ضمان كالعارية) والبيع والقرض، وكذا الهبة، وإن كانت يده ليست يد ضمان، لأنه دخل على الضمان فلا تغير من الغاصب وفي الهبة أخذ للتملك (وإن كانت يد أمانة) بغير اتهام (كوديعة فالقرار على الغاصب)، لأنه دخل على أن يده نائبة عن الغاصب فإن غرم الغاصب لم يرجع عليه، وإن غرم هو رجع على الغاصب ومثله ما لو صال المغصوب على شخص <ص: 15> فأتلفه كما مر أنفا ويد الالتقاط ولو للتملك قبله كيد الأمانة وبعده كيد الضمان.

(ومتى أتلّف الآخذ من الغاصب) شيئاً (مستقلاً به) أي بالإتلاف وهو أهل للضمان (فالقرار عليه مطلقاً) أي سواء أكانت يده يد ضمان أو أمانة، لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية أما إذا لم يستقل بالإتلاف بأن حمّله عليه الغاصب فإن كان لغرضه كذب شاة أو قطع ثوب أمره به ففعله جاهلاً فالقرار عليه أولاً لغرض فعل المتلف وكذا إن كان لغرض نفسه كما قال (وإن حمّله الغاصب عليه بأن قدم له طعاماً مغصوباً ضيافة فأكله فكذا) القرار عليه (في الأظهر)، لأنه المتلف وإليه عادت المنفعة هذا إن لم يقل له هو ملكي، وإلا لم يرجع عليه لاعترافه بأن المالك ظلمه والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه (وعلى هذا) الأظهر (لو قدمه لمالكة فأكله) جاهلاً (برئ الغاصب)، لأنه المتلف أما إذا أكله عالماً فيبرأ قطعاً هذا كله إن قدمه له على هيئته أما إذا غصب حبا ولحماً أو عسلاً ودقيقاً وصنعه هريسة أو حلواء مثلاً فلا يبرأ قطعاً، لأنه لما صيره كالتالف انتقل الحق لقيّمته <ص: 16> وهي لا تسقط ببذل غيرها إلا برضا مستحقها وهو لم يرض، ولو كان المغصوب قنأ فقال الغاصب لمالكة أعتقه أو أعتقه عنك فأعتقه جاهلاً كونه عبده أو حياته بل، وإن ظن موته نفذ العتق وبرئ الغاصب فإن قال عني عتق وبرئ أيضاً على ما رجحه السبكي ومن تبعه وعلى العتق قال الشيخان يقع عن المالك لا الغاصب فإن قلت العبرة في العقود بما في

نفس الأمر فعتقه عنه إما ببيع ضمني إن ذكر عوضاً، وإلا فهبة قلت: يفرق بأن قرينة الغصب صيرت عتقه كالمبتدأ والأصل في عتق المالك وقوعه عنه فصرفه عنه إلى غيره لا بد له من مقتض قوي ولم يوجد وليس هذا من تلك القاعدة، لأن ما هنا في أمر ترتب عليه عتقه وقد تقرر أنه واقع عنه أصالة وتلك في عقد استوفى الشروط في نفس الأمر من غير مانع فيه فتأمله

(فصل) في بيان حكم الغصب وانقسام المغصوب إلى مثلي ومتقوم وبيانها وما يضمن به المغصوب وغيره. (تضمن نفس الرقيق) ومنه مستولدة ومكاتب (بقيمته) بالغة ما بلغت (تلف أو أتلف تحت يد عادية) بتخفيف الياء كسائر الأموال وأراد بالعادية الضامنة، وإن لم يتعد صاحبها ليدخل نحو مستام ومستعير ويخرج نحو حربي وقرن المالك وأثرها، لأن الباب موضوع للتعدي والمراد كما يعلم مما يأتي بالقيمة في المغصوب وأبعاضه أقصاها من الغصب إلى التلف وفي غيره قيمة يوم التلف (وأبعاضه التي لا يتقدر أرشها من الحر) كهزال وزوال بكاره وجنابة على نحو ظهر أو عتق تضمن لكن بعد الاندمال لا قبله (بما نقص من قيمته) إجماعاً <ص: 17> فإن لم تنقص لم يلزمه شيء. أما الجناية على نحو كف مما هو مقدر منه بنظيره في الحر ففيها ما نقص من قيمته لكن بشرط أن لا يساوي النقص مقدره كنصف القيمة في اليد فإن ساواه نقص منه القاضي كما في الحكومة في حق الحر كذا ذكره المتولي واعتمده جمع ورد بأنه إنما يأتي في غير الغاصب أما هو فيضمن بما نقص مطلقاً، لأنهم شددوا عليه في الضمان بما لم يشددوا على غيره ويؤيده ما يأتي في نحو قطع يده من أنه يضمن الأكثر (وكذا المقدره) كيد (إن تلفت) بأفة سماوية أو قود أو حد فيجب بعد الاندمال هنا أيضاً ما نقص، لأن الساقط من غير جناية لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا ضرب على عاقلة فأشبهه الأموال فإن لم تنقص كأن قطع ذكره وأثياه كما هو الغالب لم يجب شيء (وإن أتلفت) بالجناية عليها (فكذا في القديم) يجب ما نقص من قيمته كسائر الأموال (وعلى الجديد يتقدر من الرقيق والقيمة فيه كالدية في الحر ففي) أثنيه وذكره قيمتان، وإن زادت قيمته وفي يديه كمال قيمته نعم إن قطعهما مشتر وهو بيد البائع لم يكن قابضاً له <ص: 18> فلا

يلزمه إلا ما نقص، وإلا كان قابضا له مع كونه بيد البائع وفي (يده نصف قيمته) كما سيذكره آخر المديات وهل يتوقف الضمان هنا على الاندمال أيضا قولان ظاهر النص كما قاله القمولي لا. وقال الأزرعي إنه الأصح فيقوم مجروحا قد برئ. وقال البلقيني والزرکشي المرجح: أن المال لا يؤخذ قبل الاندمال لاحتمال حدوث نقص بسرمان إلى نفس أو بشركة جارحه وكلام الشيخين هنا ظاهر في ذلك وعلى الأول فالفرق بين المقدر وغيره خفي إذ المحذور المذكور في التعليل المذكور يأتي في المقدر وغيره هذا إن كان الجاني غير غاصب أما هو فيلزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والنقص على القولين لاجتماع الشبهين فلو نقص بقطعها ثلثا قيمته لزمه النصف بالقطع والسدس بالغصب نعم إن كان القاطع غير الغاصب والمالك وهو ممن يضمن كما هو ظاهر لزمه النصف والغاصب الزائد عليه <ص: 19> فقط أو المالك ضمن الغاصب الزائد عليه.

(وسائر الحيوان) أي باقيه وهو ما عدا الآدمي إلا الصيد في الحرم أو على المحرم لما مر أنه يضمن بمثله للنص تضمن نفسه (بالقيمة) أي أقصاها كما يعلم مما يأتي وأجزاؤه بما نقص منها، لأنه لا يشبه الآدمي بل الجماد وحمل المتن على ما ذكر أولى من تخصيص الإسنوي له بالإجزاء قال، لأن ضمان نفسه بالقيمة يشارك فيه القن. ا هـ لكن وجه تمايزهما أن أجزاءه كنفسه بخلاف القن فحمل المتن على هذا التعميم المختص به ليفرق به بينه وبين القن أولى

(تنبيه) التقويم بعد الاندمال دائما والقيمة المعتبرة كلا أو بعضا قيمة يوم التلف في غير المغصوب وأقصى القيم فيه فتأمل.

(فرع) أخذ قنا فقال أنا حر فتركه ضمنه وأفتى بعضهم فيمن أطعم دابة غيره مسموما فماتت بأنه يضمنها لا غير مسموم ما لم يستول عليها ومن أجر داره إلا بيتا وضع فيه دابته لم يضمن ما أتلفته على المستأجر إلا إن غاب وظن أن البيت مغلق وبهذا يقيد ما يأتي قبيل السير من إطلاق عدم الضمان. (وغيره) أي الحيوان من الأموال (مثلي ومتقوم) بكسر الواو وقيل بفتحها (والأصح أن المثلي ما حصره كيل أو وزن) أي أمكن ضبطه بأحدهما وإن لم يعتد

فيه بخصوصه (وجاز السلم فيه) فما حصره عد أو ذرع كحيوان وثياب متقوم، وإن جاز السلم فيه والجواهر والمعجونات ونحوها وكل ما مر مما يمتنع السلم فيه متقوم وإن حصره كيل أو وزن، لأن المانع من ثبوته في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته فيها بالتعدي وأورد عليه خل التمر فإنه متقوم مع حصره بأحدهما وصحة السلم فيه ويرد بمنع حصره بذلك، لأن ما فيه من الماء صيره مجهولا وبر اختلط بشعير مثلي مع عدم صحة السلم فيه <ص: 20> فيجب إخراج القدر المحقق من كل منهما كذا قاله الإسنوي وتبعه جمع لكن قال الأزرعي إنه عجيب ومن ثم قال الزركشي وقد يمتنع رد مثله، لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوم للجهل بقدر كل منهما وهذا هو الأوجه بل كلامهم مصرح به حيث شرطوا في المثلي صحة السلم فيه فعليه لا إيراد على أن إيجاب رد المثل لا يستلزم كونه مثليا كما يجب رد مثل المتقوم في القرض ومعيب حب أو غيره تجب قيمته كما أفتى به ابن الصلاح مع صدق حد المثلي عليه وقد يمنع صدقه عليه فإنه لا يصح السلم فيه بوصف العيب لعدم انضباطه (كماء) غير مسخن بنار أما المسخن بها فمتقوم على ما في المطلب لاختلاف درجات حموه وألحق به الأزرعي الأدهان إذا دخلت النار أي لغير التمييز لكن خالفه في الكفاية حيث جوز بيع بعضه ببعض والأول أوجه وقيده شريح وغيره بما لم يخالطه تراب وترددوا في الماء الملح ويظهر أنه إن اختلفت ملوحته ولم ينضبط كان متقوما لعدم صحة السلم فيه، وإلا كان مثليا، ولو ألقى حجرا حارا في ماء برد في الصيف فزال برده فأوجه أوجهها أنه يلزمه ما بين قيمته باردا وحارا حينئذ.

(وتراب ورمل ونحاس) بضم أوله أشهر من كسره وحديد وفضة (وتبر) وهو ذهب المعدن الخالص عن ترابه ويأتي ما يعلم منه أن نحو الإناء من نحو النحاس متقوم ودراهم ودنانير ولو مغشوشة ومكسرهما ونحو سبيكة (ومسك وكافور وقطن)، وإن كان فيه حبه كما ذكره الرافعي ولم يره ابن الرفعة فبحث خلافه قال بعضهم وقشر بن لم يعرض على النار بما يمنع صحة السلم فيه. اهـ ومثله في ذلك البن نفسه (وعنب) وسائر الفواكه الرطبة <ص: 21> على ما جرى عليه هنا لكنهما جريا في الزكاة نفلا عن

الأكثرين على أن ذلك متقوم وصححه في المجموع واعتمده ابن الرفعة وغيره (ودقيق) كما في الروضة أيضا خلافا لمن وهم فيه ونخاله وحبوب وأدهان وسمن ولبن ومخيض وخل لا ماء فيه وبيض وصابون وتمر وزبيب (لا غالية ومعجون) لاختلاف أجزائهما مع عدم انضباطهما (فيضمن المثلي بمثله) ما لم يتراضيا على قيمته، لأنه أقرب إلى حقه نعم إن خرج المثلي عن القيمة كأن أتلّف ماء بمفازة ثم اجتمعا بمحل لا قيمة للماء فيه أصلا لزمه قيمته بمحل الإتلاف بخلاف ما إذا بقيت له قيمة، ولو تافهة، لأن الأصل المثل فلا يعدل عنه إلا حيث زالت ماليتة من أصلها، وإلا فلا كما لا ينظر عند رد العين إلى تفاوت الأسعار ومحلّه كما يعلم مما يأتي في قوله، ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلّف إلخ فيما لا مؤنة لنقله، وإلا غرمه قيمته بمحل التلّف، ولو صار المثلي متقوما أو مثليا أو المتقوم مثليا كجعل الدقيق خبزا والسمسم شيرجا والشاة لحما ثم تلّف ضمن المثل ساوى قيمة الآخر أم لا ما لم يكن الآخر أكثر قيمة فيضمن بقيمته في الأولى والثالثة <ص: 22> ويتخير المالك بمطالبتة بأي المثلين في الثانية فعلم أنه لو غصب صاع بر قيمته درهم فطحنه فصارت قيمته درهما وسدسا فخبزه فصارت درهما وثلثا وأكله لزمه درهم وثلث وكيفية الدعوى هنا استحق عليه قيمة خبز درهما وثلثا، ولو صار المتقوم متقوما كإناء نحاس صيغ منه حلي وجب فيه أقصى القيم. ويضمن الحلي من النقد بوزنه وصنعتة بقيمتها من نقد البلد وقال الجمهور يضمنه كله بقيمته من نقد البلد، وإن كان من غير جنسه ولا ربا، لأنه مختص بالعقود (تلّف) المغصوب إذ الكلام فيه خلافا لمن وهم فأورد عليه ما لا يرد (أو أتلّف فإن تعذر) المثل حسا كأن لم يوجد بمحل الغصب ولا بدون مسافة القصر منه نظير ما مر في السلم أو شرعا كأن لم يوجد المثل فيما ذكر إلا بأكثر من ثمن المثل (فالقيمة) هي الواجبة، لأنه الآن كما لا مثل له (والأصح) فيما إذا كان المثل موجودا عند التلّف فلم يسلمه حتى فقده كما صرح به أصله (أن المعتبر أقصى قيمه من وقت الغصب إلى تعذر المثل)، لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب، لأنه كان مأمورا برده كما كان مأمورا برد المغصوب فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمه في تلك المدة،

لأنه ما من حالة إلا وهو مطالب برده فيها <ص: 23> أما إذا كان المثل مفقودا عند التلف فيجب الأكثر من الغصب إلى التلف.

(تنبيه) هل المعتبر قيمة المثل أو المغصوب وجهان رجع السبكي وغيره الأول قالوا، لأنه الواجب، وإن كان المغصوب هو الأصل وينبغي عليهما أن الواجب على الأول الأقصى من التلف إلى انقطاع المثل وعلى الثاني الأقصى من الغصب إلى التلف كذا قاله شارح والمذي صرحوا به كما علمت أن الواجب الأقصى من الغصب إلى تعذر المثل في حالة أو إلى التلف في أخرى وهذا غير الأمرين اللذين بناهما على ما ذكره وهو ظاهر أو صريح في أن العبرة بقيمة المغصوب لا المثل وإلا لم يعتبر من وقت الغصب ومن ثم ذكر شيخنا في شرح الروض ما يصرح بأن المنقول هو اعتبار المغصوب. (ولو نقل المغصوب المثلي) أو انتقل بنفسه أو بفعل أجنبي، وكذا المتقوم كما علم كالذي قبله من قوله السابق وعلى الغاصب الرد فذكر نقله مثال والاقتصار على المثلي، لأنه الذي يترتب عليه جميع التفريعات الآتية منها قوله طالبه بالمثل فلا اعتراض عليه خلافا لمن زعمه (إلى بلد) أو محل (آخر)، ولو من بلد واحد بشرط أن يتعذر إحضاره حالا كما اعتمده الأذرعي أي وإلا لم يطالبه بالقيمة (فللمالك أن يكلفه رده) إذا علم مكانه لخبر على اليد السابق (وأن يطالبه)، وإن قرب محل المغصوب، ولو لم يخف هربه ولا تواريه كما يصرح به إطلاقهم وهو الأوجه خلافا للماوردي ومن تبعه (بقيمته) أي بأقصى قيمه من الغصب إلى المطالبة (في الحال) أي قبل الرد للحيلولة بينه وبين ملكه ومن ثم لم يطالب بالمثل، لأنه لا بد من التراد فقد يزيد السعر أو ينحط فيحصل الضرر والقيمة شيء واحد ويملكها ملك القرض، لأنه ينتفع بها على حكم ردها أو رد بدلها عند رد العين <ص: 24> ولا يبرأ بدفعها عن ضمان زوائده وأجرته ومعنى كونها للحيلولة وقوع التراد فيها (فإذا رده) أي المغصوب أو عتق مثلا (ردها) إن بقيت، وإلا فبدلها لزوال الحيلولة ويمتنع رد بدلها مع وجودها وإنما لم يرددها إذا أخذها لفقد المثل ثم وجد، لأنه ليس عين حقه بخلاف المغصوب ولو اتفقا على تركه في مقابلتها فلا بد من بيع بشروطه وقضية المتن أنه ليس للغاصب حبسه لاستردادها

وهو ما رجحه الرافعي كما لا يجوز للمشتري فاسدا حبس المبيع لاسترداد ثمنه على ما مر وفرق غيره بأن المشتري رضي بوضع البائع يده على الثمن ولا كذلك الغاصب فإنها أخذت منه قهرا ويرد بأنه قهر بحق فهو كالاختيار على أن وجوب الرد عليه فورا يمنع الحبس مطلقا وليس كالحبس للإشهاد كما مر قبيل الإقرار.

(فإن تلف) المغصوب المثلي (في البلد) أو المحل (المنقول) أو المنتقل (إليه) أو عاد وتلف في بلد الغصب (طالبه بالمثل في أي البلدين) أو المحليين شاء، لأن رد العين قد توجه عليه في الموضوعين وأخذ منه الإسنوي أن له الطلب في أي موضع شاء من المواضع التي وصل إليها في طريقه بين البلدين (فإن فقد المثل غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة) لذلك ويأتي هنا بحث الإسنوي أيضا فله مطالبته بأقصى قيم المحال التي وصل إليها المغصوب.

(ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف) والمغصوب مثلي والمثل موجود (فالصحيح أنه إن كان لا مؤنة لنقله كالنقد) اليسير وكان الطريق آمنا (فله مطالبته بالمثل) إذ لا ضرر على واحد منهما حينئذ وقضيته بل صريحه وصریح ما مر في السلم والقرض أن ماله مؤنة <ص: 25> وتحملها المالك كما لا مؤنة له بل هو داخل فيه، لأنه بعد التحمل يصدق عليه أنه لا مؤنة له ولا ينافيه قولهما لو تراضيا على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل ولا قول السبكي والقمولي كالبعوي لو قال له الغاصب خذه وخذ مؤنة حملة لم يجبر أما الأول فلأن على الغاصب ضررا في أخذ المثل ومؤنة النقل منه، وأما الثاني فلأن على المالك ضررا في تكليفه حملة إلى بلده، وإن أعطاه الغاصب مؤنة وأما صورتنا فلا ضرر فيها على واحد منهما، لأن المالك إذا رضي بأخذ المثل ودفع مؤنة حملة لم يكن على الغاصب ضرر بوجهه ويؤيد ذلك قول البرهان الفزاري لم تمتنع المطالبة بالمثل هنا لأجل اختلاف القيمة بل لأجل مؤنة حملة وقضية كلام المصنف أيضا أنه لا فرق بين زيادة سعر المثل في بلد المطالبة وعدمها وهو ما رجحاه لكن أطال جمع متأخرون في الانتصار للتقييد بما إذا لم يزد ويرد بأنه حيث تيسر المثل بلا ضرر لا نظر للقيمة (وإلا) بأن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها المالك أخذا مما تقرر أو خاف الطريق (فلا مطالبة بالمثل) ولا للغاصب أيضا تكليفه

قبوله لما فيه من المؤنة والضرر (بل يغرمه قيمة بلد التلف) سواء أكانت بلد الغصب أم لا هذا إن كانت أكثر قيمة من المحال التي وصل إليها المغصوب، وإلا فقيمة الأقصى من سائر البقاع التي حل بها المغصوب وذلك، لأن تعذر الرجوع للمثل كفقده و القيمة هنا للفيصولة فإذا غرمها ثم اجتمعا في بلد المغصوب لم يكن للمالك ردها وطلب المثل ولا للغاصب استردادها وبذل المثل.

(وأما المغصوب المتقوم) كالحيوان وأبعاضه سواء القن وغيره (فيضمنه بأقصى قيمه من الغصب إلى التلف)، لأنه في حالة زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد فإذا لم يرد ضمن بدله بخلاف ما لو رد بعد الرخص لا يغرم شيئاً، لأنه مع بقاء العين يتوقع زيادتها على أنه لا نظر مع وجودها للقيمة أصلاً وتجب قيمته من غالب نقد بلد التلف ومحلته إن لم ينقله، وإلا اعتبر نقد محل القيمة وهو أكثر المحال التي وصل إليها وقد يضمن المتقوم بالمثل الصوري كما لو تلف المال الزكوي في يده بعد التمكن، لأنه لو أخرج مثله الصوري مع بقائه جاز فأولى مع تلفه.

(فرع) <ص: 26> قال القاضي غصب برا قيمته خمسون فطحنه فعاد عشرين فخبزه فعاد خمسين ثم تلف ضمن ثمانين إذ ما نقصه الطحن لا تجبره زيادة الخبز كما لو نسي القن حرفته وعلمه أخرى. اهـ وأقره جمع متأخرون بل جزم به آخرون وكانهم نظروا إلى أن هذا من صور ما إذا صار المثلي متقوماً، المرجح فيه أنه يجب مثله ما لم يكن المتقوم أغبط فتجب قيمته وهي الثمانون في صورة القاضي، لأنها الأغبط والثلاثون، وإن وجبت للنقص لكنها بدل الجزء الفائت بالطحن فضمت للخمسين وبهذا يجاب عما يقال القياس وجوب البر والثلاثين، لأنه حيث لا أغبط يجب المثل وأما الثلاثون فقد استقرت بالطحن إذ لا ينجبر، وإن زاد بالخبز أضعافاً وعما يقال أيضاً هذا مبني على ما قاله القاضي إنه لو طحن البر ثم خبزه وجب أكثر القيم ولا يطالب بالمثل نظراً لحاله عند تلفه وهو ضعيف، ووجه الفرق بين هذا وصورته الأولى ما تقرر أنه وجب أرش أجزاء فائتة فضمت للأصل، ووجبت قيمة الكل فوجب القيمة هنا ليس للنظر لوقت التلف بل لضم الأرش إلى الأصل وفيما انفرد به القاضي للنظر إلى وقت التلف فتخالف المدركان نعم يلزم على ذلك أن محل قولهم إذا

صار المثلي متقوماً وجب المثل ما لم يكن المتقوم أغبط ما إذا لم يكن الغاصب ضمن جزءاً من المثل إذا ضم أرشه إلى قيمة المتقوم صار أغبط فيجب الأغبط هنا نظراً لما قررته من تبعية الأرش للعين، لأنه بدل جزئها، ولا ينافي ما مر من ضمان الثلاثين ما قيل: القاعدة في المثلي أنه لا يتغير ضمانه بنقص القيمة، لأن هذا في نقص بالرخص فقط ثم رد بعينه أما نقص بفعل الغاصب أو بغير فعله كنسيان الصنعة عنده فيضمنه رده أو تلف وإن زاد عنده ما يزيد على ذلك النقص كما مر.

(وفي الإتلاف) لمضمون (بلا غصب) يضمنه (بقيمة يوم التلف) في محله إن صلح وإلا كمفازة بقيمة أقرب محل إليه وذلك، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل وبعد التلف هو معدوم وضمن الزائد في المغصوب إنما كان بالغصب ولم يوجد هنا، ولو أتلف عبداً مغنياً لزمه تمام قيمته أو أمة مغنية لم يلزمه ما زاد على قيمتها بسبب الغناء، لأنه لحرمة استماعه منها <ص: 27> عند خوف الفتنة لا قيمة له وقضيته أن غناء العبد لو حرم لكونه أمرداً حسناً يخشى منه الفتنة أو غير أمرد، لكنه لا يعرف الغناء إلا على وجه محرم كان مثلها فيما ذكر ولو استوى في القرب إليه محال مختلفة القيم تخير الغاصب فيما يظهر. (فإن جنى) عليه بتعد لا بنحو صيال وهو بيد مالكه أو من خلفه في اليد (وتلف بسرابة) من تلك الجناية (فالواجب الأقصى أيضاً) من حين الجناية إلى التلف، لأن ذلك إذا وجب في اليد العادية ففي الإتلاف الساري أولى (ولا تضمن) حشيشة ونحوها من المسكرات الطاهرة على ما قاله ابن النقيب كالخمر وفيه نظر، لأنها متقومة يصح بيعها فليحمل على ما إذا فوتها على مريد أكلها المحرم وانحصر تفويتها في إتلافها، ولا (الخمر)، ولو محترمة لذمي إذ لا قيمة لها ككل نجس، ولو دهنًا وماءً على الأوجه والمراد بها هاهنا ما يعم النبيذ نعم لا ينبغي إراقته قبل استحكام غير حنفي فيه لئلا يرفع له فيغرمه قيمته ولا نظر هنا لكون من هو له يعتقد حله أو حرمة خلافًا لما يوهمه كلام الأذرعى، لأن ذلك إنما هو بالنسبة لوجوب الإنكار لما يأتي أنه إنما يكون في مجمع عليه أو ما يعتقد الفاعل تحريمه (ولا تراق) هي فأولى بقية المسكرات (على ذمي) ومثله فيما يظهر معاهد ومستأمن، لأنهم يقرون على الانتفاع بها بمعنى أنهم لا

يتعرض لهم فيه <ص: 28> (إلا أن يظهر شربها أو بيعها) أو هبتها ونحو ذلك، ولو من مثله بأن يطلع عليه من غير تجسس فتراق عليه، لأن في إظهار ذلك استهانة بالإسلام وآلة اللهو والخنزير مثلها في ذلك هذا كله إذا كانوا بين أظهرنا وإن انفردوا بمحلة من البلد فإن انفردوا ببلد أي بأن لم يخالطهم مسلم كما هو ظاهر لم يتعرض لهم (وترد عليه) عند أخذها منه وهو لم يظهرها (إن بقيت العين) لما تقرر أنه يقر عليها والمؤنة على الغاصب كما في الروضة وأصلها، وإن أطالوا في الانتصار لمقابلة أنه ليس عليه إلا التولية.

(وكذلك المحترمة) وهي التي عصرت بقصد الخلية أو لا بقصد شيء من خلية ولا خمرة على المعتمد (إذا غصبت من مسلم) يجب ردها عليه ما بقيت العين، لأن له إمساكها لتصير خلا أما غير المحترمة فتراق ولا ترد عليه، ومن أظهر خمرا وزعم أنها محترمة لم يقبل منه، وإلا لاتخذ الفساق ذلك وسيلة إلى اقتناء الخمر وإظهارها قال الأذرعى إلا أن يعلم ورعه وتشتهر تقواه ويؤيده قول الإمام لو شهدت مخايل بأنها محترمة لم يتعرض لها. (والأصنام) والصلبان (وآلات الملاهي) والأواني المحرمة (لا يجب في إبطالها شيء) لوجوبه على القادر عليه ولأن صنعة المحرم لا تقابل بمال أما آلة لهو غير محرمة كدف فيحرم كسرها ويجب أرشها ويأتي في اليراع المختلف فيه ما مر في النبيذ (والأصح أنها لا تكسر الكسر الفاحش) لإمكان إزالة الهيئة المحرمة بذلك مع بقاء بعض المالية (بل تفصل لتعود كما قبل التأليف) لزوال اسمها وهيئتها المحرمة بذلك فلا يكفي إزالة الأوتار مع بقاء الجلد اتفاقا. (فإن عجز المنكر عن رعاية هذا الحد) في الإنكار (لمنع صاحب المنكر) مثلا من يريد إبطاله لقوته (أبطله كيف تيسر) بإحراق تعين طريقا وإلا فبكسر، وإن زاد على ما ذكر لتقصير صاحبه ومتى أحرقها من غير تعين غرم قيمتها مكسورة بالحد المشروع، لأن رضاها متمول محترم، بخلاف ما لو جاوز الحد المشروع مع إمكانه فإنه لا يلزمه إلا التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وقيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به قال في الإحياء ويجري ما ذكر من الإبطال كيف تيسر فيما لو عجز عن صب الخمر لضيق رءوس أوانيها مع خشية لحوق فسقة له ومنعهم من

ذلك أو كان يمضي في ذلك زمانه ويتعطل <ص: 29> شغله أي بحيث يمضي فيه زمن يقابل عمله فيه بأجرة غير تافهة عرفاً فيما يظهر قال وللولاة كسر ظروفها مطلقاً زجراً وتأديباً دون الآحاد قال الإسنوي وهو من النفائس المهمة، ولو اختلف المالك والمنكر في أنه لم يمكن إلا ما فعله صدق المالك على ما بحثه الزركشي أخذاً من قول البغوي لو أراقه ثم قال كان خمراً وقال المالك بل عصيراً صدق المالك بيمينه لأصل بقاء المالية ا ه قال غيره وفيه نظر ويوجه بوضوح الفرق فإننا تحققنا هنا المالية واختلفنا في زوالها فصدق مدعي بقائها لوجود الأصل معه وأما في مسألتنا فهما متفقان على إهدار تلك الهيئة التي الأصل عدم ضمانها فإذا اختلفا في المضمن صدق المنكر، لأن الأصل عدم ضمانه وسيأتي أن الزوج لو ضرب زوجته وادعى أنه بحق وقالت بل تعدياً صدق، لأن الشارع لما أباح له الضرب جعله ولياً فيه فوجب تصديقه فيه وهذا بعينه يأتي هنا فالأوجه تصديق المتلف.

(تنبيه) سيأتي في الجهاد أنه تجب إزالة المنكر ويختص وجوبه بكل مكلف قادر، ولو أنشئ وقنا وفاسقا ويثاب عليه المميز كما يثاب عليه البالغ. (وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما) من كل ما له منفعة يستاجر عليها (بالتفويت) بالاستعمال (والفوات) وهو ضياع المنفعة من غير انتفاع كإغلاق الدار (في يد عادية)، لأن المنافع متقومة فضمنت بالغصب كالأعيان سواء أكان مع ذلك أرش نقص أم لا كما يأتي فإن تفاوتت الأجرة في المدة ضمن كل مدة بما يقابلها ولا يتصور هنا أقصى لانفصال واجب كل مدة باستقراره في الذمة عما قبله وما بعده بخلاف القيمة خلافاً لمن وهم فزعم استواءهما في اعتبار الأقصى، ولو كان للمغصوب صنائع وجبت أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها، وإلا فأجرة الكل كخياطة وحراسة وتعليم قرآن أما ما لا منفعة له أو له منفعة لا يجوز استئجاره لها <ص: 30> كحب وقلب وآلة لهو فلا أجرة له، ولو اصطاد الغاصب به فهو له كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما، لأنه آلة محضه له بخلاف ما لو غصب قنا واصطاد له فإنه يضمن صيده إن وضع يده عليه، لأنه على ملك مالكة وأجرته، لأن مالكة ربما استعمله في غير ذلك ولو

أُتلف ولد حلوب فانقطع بسببه لبنها لزمه مع قيمته أرشها وهو ما بين قيمتها حلوبا وقيمتها ولا لبن فيها. (ولا يضمن منفعة البضع) وهو الفرج (إلا بتفويت) بالوطء فيضمنه بمهر المثل بتفصيله الآتي آخر الباب لا بفوات، لأن اليد لا تثبت عليه ومن ثم صح تزويجه لأتمته المغمصوبة مطلقا لا إيجارها إن عجز كالمستأجر عن انتزاعها، لأن يد الغاصب حائلة. (وكذا منفعة بدن الحر) لا تضمن إلا بالتفويت (في الأصح) دون الفوات كأن حبسه، ولو صغيرا، لأن الحر لا يدخل تحت اليد كما سيذكره في السرقة إذ لو حمله لمسبعة فأكله سبع لم يضمنه فمنافعه الفائتة تحت يده أولى فإن أكرهه على العمل وجبت أجرته إلا أن يكون مرتدا ويموت على رده بناء على زوال ملكه بالردة أو وقفه ومنفعة المسجد والرباط والمدرسة كمنفعة الحر فإذا وضع فيه متاعه وأغلقه لزمه أجره جميعه تصرف لمصالحه فإن لم يغلقه ضمن أجره موضع متاعه فقط، وإن أبيح وضعه أو لم يكن فيه تضيق على المصلين أو كان مهجورا لا يصلي أحد فيه على ما اقتضاه إطلاقهم وكذا الشوارع وعرفة ومنى ومزدلفة وأرض وقفت لمدفن الموتى وإطلاقهم ذلك كله مشكل جدا فالذي يتجه أنه ينبغي أن يقيد ما ذكر في نحو المسجد بما إذا شغله بمتاع لا يعتاد الجالس فيه وضعه فيه ولا مصلحة للمسجد في وضعه فيه زمنا لمثله أجره بخلاف متاع يحتاج نحو المصلي أو المعتكف لوضعه وفي نحو عرفة بما إذا شغله وقت احتياج الناس له في النسك بما لا يحتاج إليه البتة حتى ضيق على الناس وأضرهم به وحينئذ يصرف الإمام أو نائبه ما لزمه في مصالح المسلمين إلا في الأرض الموقوفة للدفن فلمصالحها كالمسجد ونحو الرباط فيما يظهر وقد جمعت في شرح العباب بين إطلاق جمع حرمة غرس الشجرة في المسجد وإطلاق آخرين كراهته بحمل الأول على <ص: 31> ما إذا غرس لنفسه أو أضر بالمسجد أو ضيق على المصلين والثاني على ما إذا انتفى ذلك.

وصرح الغزالي فيما منع من غرسها بأنه يلزمه أجره مثلها وظاهره أن ما أبيح غرسها لا أجره فيها وذكر الرافي في تاريخ قزوين ما هو صريح كما بينته ثم أيضا في جواز وضع مجاوري الجامع الأزهر خزائهم فيه التي يحتاجونها

لكتبهم ولما يضطرون لوضعه فيها من حيث الإقامة لتوقفها عليه دون التي يجعلونها لأمتعتهم التي يستغنون عنها وإطلاق بعض المتأخرين الجواز رددته عليهم ثم أيضا ويؤخذ مما ذكر عن الغزالي أنه لا أجره عليهم لما جاز وضعه وأنه يلزمهم الأجره لما لم يجر وضعه ويؤخذ من ذلك أن كل ما جاز وضعه لا أجره فيه وكل ما لم يجر وضعه فيه الأجره وبه يتأيد ما ذكرته فتأمله وقس به ما ذكرته في نحو عرفة فإن ذلك مهم. (وإذا نقص المغصوب) أو شيء من زوائده (بغير استعمال) كعمى حيوان وسقوط يده بأفة (وجب الأرش) للنقص (مع الأجره) له سليما إلى حدوث النقص ومعيبا من حدوثه إلى الرد لفوات منافعه في يده وخالف في ذلك البغوي فأفتى فيمن غصب عبدا فشلت يده عنده وبقي عنده مدة بأنه تجب عليه أجره مثله صحيحا قبل الرد وبعده إلى البرء فاعتبرها أجره سليم مطلقا واعتبر ما بعد الرد إلى البرء وهذا الاعتبار الأخير متجه إن تعذر بسبب العيب عمله عند المالك أو نقص فتجب الأجره أو ما نقص من الرد إلى البرء (وكذا لو نقص به) أي الاستعمال (بأن يلي الثوب) باللبس فيجب الأرش وأجره المثل (في الأصح)، لأن كلا منهما يجب ضمانه عند الانفراد فكذا عند الاجتماع على أن الأجره ليست في مقابلة الاستعمال بل في مقابلة الفوات، ولو خصى العبد المغصوب أي قطع ذكره وأثياه لزمه قيمته، لأنه جناية فلا نظر معها لزيادة القيمة بخلاف ما لو سقطا بأفة، لأنه منوط بالنقص ولم يوجد بل زادت به القيمة.

(فصل) في اختلاف المالك والغاصب وضمنان ما ينقص به المغصوب وجنائته وتوابعهما (ادعى) الغاصب (تلفه) أي المغصوب (وأنكر المالك صدق الغاصب بيمينه على الصحيح)، لأنه قد يصدق ويعجز عن البينة فلو لم نصدقه أدى ذلك إلى دوام حبسه وأخذ منه الزركشي أن محله إذا لم يذكر سببا أو ذكر سببا خفيا أما إذا ذكر سببا ظاهرا فيحبس حتى يبينه كالوديع (فإذا حلف غرمه المالك) المثل أو القيمة (في الأصح) لعجزه عن الوصول إلى عين ماله بيمين الغاصب فصار كالتالف ومن ثم لم يجب للمالك أجره لما تعذر من التلف الذي حلفه عليه <ص: 32> وله إجباره على قبول البدل منه لتبرأ ذمته.

(فلو اختلفا في قيمته) بعد اتفاهما على تلفه أو حلف الغاصب عليه (أو) اختلفا في (الثياب التي على العبد المغصوب) فادعاها كل منهما (أو) اختلفا (في عيب خلقي) كأن قال كان أعمى أو أعرج خلقة وقال المالك بل حدث عندك (صدق الغاصب بيمينه) أما الأولى فلأصل براءة ذمته من الزيادة فيثبتها المالك وتسمع بينته بأنها بعد الغصب لا قبله أكثر مما ذكره الغاصب، وإن لم تقدر شيئاً فيكلف الغاصب الزيادة إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه ولا تسمع أي تقبل لإفاده ما يأتي أنه يصغي إليها بالصفات لاختلاف القيمة مع استوائها لكن يستفيد بإقامتها إبطال دعوى الغاصب بقيمة حقيرة لا تليق بها فيؤمر بالزيادة إلى حد يمكن أن تكون قيمة لمثل ذلك الموصوف، وعلى ذلك يحمل قولهم: لو شهدا بأنه غصب عبداً صفته كذا فما سمعت وأما في الثانية فلأن يده على العبد وما عليه ومن ثم لو غصب حراً أو سرقه لم تثبت يده على ثيابه >ص: 33< فيصدق الولي أنها لموليه وأما في الثالثة فلأن الأصل عدم والبينة ممكنة، ولو اختلفا في العين فقال الغاصب إنما غصبت هذا العبد وقال المالك بل إنما غصبت أمة صفتها كذا صدق الغاصب أنه لم يغصب أمة وبطل حق المالك من العبد لرده الإقرار له به. (وفي عيب حادث) كسرقة وإباق وقطع يد ادعاه الغاصب (يصدق المالك بيمينه في الأصح)، لأن الأصل والغالب السلامة ومحل إن تلف فإن بقي ورده معيباً وقال غصبتة هكذا صدق الغاصب كما نقلاه وأقراه، لأن الأصل براءته من الزيادة. (ولو رده ناقص القيمة) بسبب الرخص (لم يلزمه شيء)، لأنه لا نقص في ذاته ولا في صفاته والفائت إنما هو رغبات الناس وهي غير متقومة. (ولو غصب ثوباً قيمته عشرة فصارت فصارت بالرخص درهماً ثم لبسه فأبلاه >ص: 34< فصارت نصف درهم فرده لزمه خمسة وهي قسط التالف من أقصى القيم) وهو العشرة، لأن الناقص باللبس نصف القيمة فلزمه قيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف وهي خمسة والنقص الباقي وهو أربعة ونصف سببه الرخص وهو غير مضمون ويجب مع الخمسة أجرة اللبس. (قلت، ولو غصب خفين) أي فردي خف ومثلهما كل فردين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر كزوجي نعل ومصراعي باب وطائر مع زوجه وهو يساوي معها أكثر (قيمتها عشرة فتلف أحدهما

ورد الآخر وقيمته درهمان أو أتلف) أو تلف عطف على غصب (أحدهما غصبا) له فقط (أو) أتلف أحدهما (في يد مالكة لزمه ثمانية في الأصح)، وإن نوزع في الثانية بقسميها (والله أعلم) خمسة للتالف وثلاثة للأرش ما حصل من التفريق عنده أما في الأولى فواضح وأما في الأخيرتين فلأنه أتلف أحدهما وأدخل النقص على الباقي بتعديه وإنما لم يعتبروا في السرقة قيمة أحدهما منضمًا إلى الآخر احتياطا للقطع ولو أتلفهما اثنان معا لزم كلا خمسة أو مرتبا لزم الأول ثمانية والثاني اثنان.

(ولو حدث نقص) في المغصوب (يسري إلى التلف بأن) بمعنى كأن (جعل الحنطة هريسة) أو الدقيق عصيدة >ص: 35< (فكالتالف) نظير ما يأتي بما فيه مع جوابه، لأنه لو ترك بحاله لفسد فكانه هلك كما رجحه المصنف في نكته وابن يونس والسبكي بل قال لا وجه للوجه الثاني أنه للمالك ثم اختار لنفسه ما استحسنته الرافعي في الشرح الصغير و نسبه الإمام إلى النص من أن المالك يتخير بين جعله كالتالف وبين أخذه مع أرش عيب سار أي شأنه السرية وهو أكثر من أرش عيب واقف ووجه الأول المعتمد أن الغاصب غرم ما يقوم مقامها من كل وجه نعم الأوجه نظير ما يأتي أنه يحجر عليه فيه إلى أداء بدله وإنما كان المالك أحق بجلد شاة قتلها غاصبها وبزيت نجسه غاصبه، لأنه لا مالية فيهما فلم يغرم في مقابلتهما شيئا، لأنهما صارا كالتالف (وفي قول يردده مع أرش النقص) كالتعيب الذي لا يسري وخرج بجعل ما لو حدث النقص في يده من غير فعله كما لو تعفن الطعام عنده لطول مكثه >ص: 36< فيتعين أخذه مع أرشه قطعاً وسيأتي ما يعلم منه أن خلط نحو زيت بجنسه يصيره كالهالك فيملكه وله إبداله أو إعطاؤه مما خلطه بمثله أو أجود لا بأردأ إلا برضاه، وكذا الحكم فيما لو غصبه من اثنين أو خلط الدراهم بمثلها بحيث لا تتميز على المعتمد فيهما.

(ولو جنى) القن (المغصوب فتعلق برقبته مال) ابتداء أو للعفو عليه (لزم الغاصب تخليصه)، لأنه نقص حدث في يده وهو مضمون عليه (بالأقل من قيمته والمال) الواجب بالجناية، لأن الأقل إن كان القيمة فهو الذي دخل في ضمانه أو المال فلا واجب غيره (فإن تلف) الجاني (في

يده) أي الغاصب (غرمه المالك أقصى القيم) من الغصب إلى التلف كسائر الأعيان المغصوبة (وللمجني عليه تغريمه) أي الغاصب، لأن جناية المغصوب مضمونة عليه (و) له (أن يتعلق بما أخذه المالك) من الغاصب بقدر حقه، لأن حقه كان متعلقا بالرقبة فيتعلق ببدلها ومن ثم لو أخذ المجني عليه الأرش لم يتعلق به المالك (ثم) إذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة (يرجع المالك على الغاصب) بما أخذه منه المجني عليه، لأنه أخذه منه بجناية مضمونة على الغاصب وأفهم ثم أنه لا يرجع قبل أخذ المجني عليه منه لاحتمال أنه يبرئ الغاصب نعم له مطالبة الغاصب بالأداء للمجني عليه حتى لا يتعلق بما أخذه كما يطالب به الضامن الأصيل (ولو رد العبد) أي القن الجاني (إلى المالك) فبيع في الجناية رجع المالك بما أخذه المجني عليه على الغاصب، لأن الجناية حصلت حين كان مضمونا عليه و صوب البلقيني أنه إذا أخذ الثمن بجملته مثلا وكان دون أقصى القيم رجع المالك على الغاصب بالأقصى لا بما بيع به فقط وفيه نظر، وإن بسط ذلك واستشهد له، لأنه لا نظر للأقصى عند رد العين بل عند تلفها في يد الغاصب ولم يوجد ذلك هنا فهو نظير ما مر في الرخص فإن قلت بيعه بسبب وجد بيد الغاصب منزل منزلة تلفه في يده قلت ممنوع للفرق الواضح بينهما.

(ولو غصب أرضا فنقل ترابها) بكشط عن وجهها أو حفرها (أجبره المالك على رده) إن بقي وإن غرم عليه أضعاف قيمته، ولو فرض <ص: 37> أنه لا قيمة له (أو رد مثله) إن تلف لما مر أنه مثلي ولا يرد المثلي إلا بإذن المالك، لأنه في الذمة فلا بد من قبض المالك له حتى يبرأ منه (و) على (إعادة الأرض كما كانت) من ارتفاع أو ضده لإمكانه فإن تعذر بعد ذلك إلا بزيادة تراب آخر لزمه لكن إن أذن له المالك (وللناقل) للتراب (الرد) له (وإن لم يطالبه المالك به بل)، وإن منعه منه كما قال في المطلب عن الأصحاب (إن) لم يتيسر نقله لموات و (كان له فيه غرض) كأن نقله لملكه أو غيره وأراد تفرغه منه ليتسع أو ليزول الضمان عنه أو نقصت الأرض به ونقصها ينجبر برده ولم يبرئه منه وإنما لم يجز له رفو ثوب تخرق عنده، لأنه لا يعود به كما كان أما إذا تيسر نقله لنحو موات في طريقه ولم تنقص الأرض لو لم يرده أو أبرأه فلا يرده إلا

بالإذن، وكذا في غير طريقه ومسافته كمسافة أرض المالك أو أقل وللمالك منعه من بسطه، وإن كان في الأصل مبسوطا لا من طم حفر به حفرها وخشي تلف شيء فيها إلا إذا أبرأه من ضمانها نظير ما يأتي (وإلا) يكن له فيه غرض بأن نقله لموات ولم تنقص به ولا طلب المالك رده (فلا يرده إلا بإذن في الأصح)، لأنه تصرف في ملك غيره بلا حاجة فإن فعل كلفه النقل. (ويقاس بما ذكرنا حفر البئر) الذي تعدى به الغاصب (وطمها) إن أرادته فإن أمره المالك بالطم وجب، وإلا فإن كان له فيه غرض استقل به، وإن منعه منه، وإلا فلا ومن الغرض هنا ضمان الترددي فإن لم يكن له غرض غيره وقال له المالك رضيت باستدامة البئر امتنع عليه الطم <ص: 38> لاندفاع الضمان عنه بذلك وتطم بترابها إن بقي، وإلا فبمثله واستشكل بما مر أن المثل في الذمة وهو لا يملك إلا بقبض صحيح فليحمل على ما إذا أذن له المالك في رده وله نقل ما طوى به البئر وللمالك إجباره عليه، وإن سمح له به (وإذا أعاد الأرض كما كانت ولم يبق نقص فلا أرش) إذ لا موجب له (لكن عليه أجره المثل لمدة الإعادة) والحفر كما في الروضة وأصلها، لأنه وضع يده عليها مدتهدا تعديا، وإن كان أتيا بواجب (وإن بقي نقص) في الأرض بعد الإعادة (وجب أرشه معها) أي الأجرة لاختلاف سببهما.

(ولو غصب زيتا ونحوه) من الأدهان (وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته) بأن كان صاعا قيمته درهم فصار نصف صاع قيمته درهم (رده) لبقاء العين (ولزمه مثل الذاهب في الأصح)، لأن له بدلا مقدرًا وهو المثل فأوجبناه، وإن زادت القيمة بالإغلاء كما لو خصى العبد فإنه يضمن قيمته، وإن زادت أضعافها (وإن نقصت القيمة فقط) أي دون العين (لزمه الأرش) جبرا له (وإن نقصتا) أي العين والقيمة معا (غرم الذاهب ورد الباقي) مطلقا و (مع أرشه إن كان نقص القيمة أكثر) مما نقص بالعين كرطلين قيمتهما درهما صارا بالإغلاء رطلا قيمته نصف درهم فيرد الباقي ويرد معه رطلا ونصف درهم أما إذا لم يكن نقص القيمة أكثر بأن لم يحصل في الباقي نقص كما لو صارا رطلا قيمته درهم أو أكثر فيغرم الذاهب فقط ويرد الباقي، ولو غصب عصيرا وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته لم يغرم

مثل الذاهب، لأنه مائة لا قيمة لها والذاهب من الدهن
دهن متقوم

(فرع): غصب وثيقة بدين أو عين وأتلفها ضمن قيمة الكاغد
مكتوبا ملاحظا أجرة الكتابة لا أنها تجب مع ذلك >ص: 39<
كما حملوا عليه عبارة الروضة الموهمة لإيجابها الذي
لا يقوله أحد على ما قاله الزركشي، وإن محاه ضمن
قيمة ما نقص منه وإفتاء ابن الصلاح بأنه يلزمه قيمة ورقة
فيها إثبات ذلك المال فيقال كم قيمة ورقة يتوصل بها إلى
إثبات مثل هذا الملك ثم يوجب ما ينتهي إليه التقويم
الضعيف، وإن اعتمده الإسنوي وقال مقتضاه وجوب قيمة
الكاغد أبيض وأجرة الموراق قال ولا بد من اعتبار أجرة
الشهود وإن لم يكتبوا شهادتهم له وليس كما قال ثم
رأيت الأذرعى بالغ في الرد عليه فقال: وهذا كلام رديء
ساقط وأفتى أيضا بضمنان شريك غور ماء عين ملك له
ولشركائه فيبس ما كان يسقى بها من الشجر وبنحوه
أفتى الفقيه إسماعيل الحضرمي ونظر فيه بعضهم وكأنه
نظر لقولهم لو أخذ ثيابه مثلا فهلك برد لم يضمه، وإن
علم أن ذلك مهلك له لكن مر أول الباب ما يردده فتأمله.
(والأصح أن السمن) الطارئ في يد الغاصب (لا يجبر نقص
هزال قبله) فلو غصب سميئة فهزلت بالبناء للمفعول لا غير
ثم سمنت ردها وأرث السمن الأول، لأن الثاني غيره وما
نشأ عن فعل الغاصب لا قيمة له حتى لو زال هذا غرم
أرشه أيضا هذا إن رجعت قيمتها إلى ما كانت عليه، وإلا
غرم أرش النقص قطعاً وأشار بقوله نقص هزال إلى أنه
لا أثر لزوال سمن مفرط لا ينقص زواله القيمة، ولو
انعكس الحال بأن سمنت في يد معتدلة سمن مفرطاً
نقص قيمتها ردها ولا شيء عليه، لأنها لم تنقص حقيقة ولا
عرفاً كذا نقله >ص: 40< في الكفاية وأقره وفيه نظر
كما قاله الإسنوي وغيره، لأنه مخالف لقاعدة الباب في
تضمن نقص القيمة. (و) الأصح (إن تذكر صنعة) بنفسه أو
بتعليم (نسيها) عند الغاصب (يجبر النسيان)، لأن العائد هو
عين الأول بخلاف السمن ويشمل المتن تذكرها في يد
المالك فيسترد ما دفع من الأرش كما اعتمده ابن الرفعة
واستشهد له بما لو رده مريضاً ثم برئ قال الإسنوي نعم
لو تذكرها في يده بتعليم فالأوجه عدم الاسترداد وعود
الحسن كعود السمن لا كتذكر الصنعة قاله الإمام، وكذا

صوغ حلي انكسر (وتعلم صنعة لا يجبر نسيان) صنعة (أخرى قطعاً)، وإن كانت أرفع من الأولى للتغاير مع اختلاف الأغراض باختلاف الصنائع. (ولو غصب عصيراً فتخمر ثم تخلل فالأصح أن الخل للمالك)، لأنه عين ماله (وعلى الغاصب الأرش) لنقصه (إن كان الخل أنقص قيمة) من العصير لحصوله في يده ويجري ذلك فيما إذا غصب بيضاً فتفرخ أو حبا فنبت فإن لم ينقص عن قيمته عصيراً فلا شيء عليه غير الرد وخرج بتم تخلل ما لو تخمر ولم يتخلل فيلزمه مثل العصير لا إراقته، لأنها محترمة ما لم يعلم أن المالك عصرها بقصد الخمرية خلافاً لما أطال به شارح هنا وقياس ما مر في زيت نجسه أن الخمر المحترمة هنا ترد للمالك فقول هذا الشارح لم يوجبوا ردها مع غرامة المثل للمالك مبني على ما اعتمده من وجوب إراقته مطلقاً وقد تقرر أنه ضعيف ومتى تخللت ردها مع أرش النقص واسترد العصير. (ولو غصب خمراً فتخللت أو جلد ميتة فدبغه فالأصح أن الخل والجلد للمغصوب منه)، لأنهما فرعاً ملكه وليس قضيته إخراج غير المحترمة خلافاً لمن ادعاه، لأن ملكه هو العصير ولا شك أن خل المحترمة وغيرها فرع عنه ومن ثم سوى المتولي بينهما وهو أوجه من استثناء الإمام لغير المحترمة من ذلك فإن تلفاً في يده ضمنهما وخرج بغصب <ص: 41> ما لو أعرض عنهما وهو ممن يصح إعراضه فيملكه أخذه

(فصل) فيما يطراً على المغصوب من زيادة ووطء وانتقال للغير وتوابعها. (زيادة المغصوب إن كانت أثراً محضاً كقسارة) لثوب وطحن لبر وخياطة بخيط للمالك وضرب سبيكة دراهم (فلا شيء للغاصب بسببها) لتعديه بعمله في ملك غيره وبه فارق ما مر في المفلس من مشاركته للبائع، لأنه عمل في ملك نفسه (وللمالك تكليفه رده كما كان إن أمكن) ولو بعسر كرد اللبن طينا والدراهم والحلي سبائك إلحاقاً لرد الصفة برد العين لما تقرر من تعديه وشرط المتولي أن يكون له غرض خالفه فيه الإمام وإطلاق الشيخين يوافقهما فهو الأوجه، وإن قال الأذرعى إن الأول أحسن فإن لم يمكن رده كما كان كالقسارة لم يكلف ذلك بل يرد بحاله، وقد يقتضي المتن أنه لو رضي المالك ببقائه لم يعده وقيده بما إذا لم يكن له غرض،

وإلا كأن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان فله إعادته خوفاً من التعزير (وأرّش) بالرفع عطفاً على تكليفه والنصب عطفاً على رده (النقص) لقيّمته قبل الزيادة سواء حصل النقص بها من وجه آخر أم بإزالتها ويلزمه مع ذلك أجره مثله لدخوله في ضمانه لا لما زاد بصنّعه، لأن فواته بأمر المالك ومن ثم لو رده بغير أمره ولا غرض له غرم أرّشه وعلم مما مر في رد المتراب أنه لو لم يكن للغاصب غرض في الرد سوى عدم لزوم الأرّش ومنعه المالك منه <ص: 42> وأبرأه امتنع عليه وسقط عنه الأرّش (وإن كانت) الزيادة التي فعلها الغاصب (عينا كبناء وغراس كلف القلع) وأرّش النقص لخبر {ليس لعرق ظالم حق} وهو حسن غريب وفيه كلام بينته في شرح المشكاة مع بيان معناه بما ينبغي الرجوع إليه والمراد بالعرق هنا أصل الشيء وفيهما التثوين وتثوين الأول وإضافة الثاني وللغاصب قلعه وإن نقصت به الأرض أو رضي المالك بإبقائه بالأجرة أو أراد تملكه إذ لا أرّش على المالك في القلع وبه فارق ما مر في العارية ولا يلزمه قبوله لو وهبه له وكذا الصيغ فيما يأتي للمنة.

(ولو صيغ) الغاصب (الثوب بصيغه وأمكن فصله) بأن لم يتعقد الصيغ به (أجبر عليه) أي الفصل، وإن خسر خساراً بيناً، ولو نقصت قيمة الصيغ بالفصل (في الأصح) كالبناء والغراس وله الفصل قهراً على المالك، وإن نقص الثوب به، لأنه يغرم أرّش النقص <ص: 43> نظير ما مر آنفاً، ولو تراضيا على الإبقاء فهما شريكان ومحل ذلك في صيغ يحصل منه عين مال أما ما هو تمويه محض ولم يحصل به نقص فهو كالتزويق فلا يستقل الغاصب بفصله ولا يجبره المالك عليه وخرج بصيغه صيغ المالك فالزيادة كلها للمالك والنقص على الغاصب وليس له فصله بغير إذن المالك وله إجباره عليه مع أرّش النقص وصيغ مغبوب من آخر فلكل من مالكي الثوب والصيغ تكليفه فصلاً أمكن مع أرّش النقص فإن لم يمكن فهما في الزيادة والنقص كما في قوله (وإن لم يمكن) فصله لتعقده (فإن لم تزد قيمته) ولم تنقص بأن كان يساوي عشرة قبله وساواها بعده مع أن الصيغ قيمته خمسة لا لانخفاض سوق الثوب (فلا شيء للغاصب فيه) ولا عليه، لأن صيغه كالمعدوم حينئذ (وإن نقصت) قيمته بأن صار يساوي خمسة (لزمه

الأرش) وهو ما نقص من قيمته لحصول النقص بفعله (وإن زادت قيمته) بسبب الصبغ أو الصنعة (اشتركا فيه) أي الثوب بالنسبة فإذا صار يساوي خمسة عشر فهو بينهما أثلاثا، وإن كان الصبغ يساوي عشرة مثلا، لأن النقص عليه أو بسبب ارتفاع سعر أحدهما فقط فالزيادة لصاحبه ولو نقص عن الخمسة عشر قيمتهما كأن ساوى اثني عشر فإن كان النقص لانخفاض سعر الثياب فهو على الثوب أو سعر الصبغ أو بسبب الصنعة فعلى الصبغ وبهذا أعني اختصاص الزيادة بمن ارتفع سعر ملكه يعلم أنه ليس معنى اشتراكهما أنه على جهة الشيوخ بل هذا بثوبه وهذا بصبغه. <ص: 44> (ولو خلط المغصوب) أو اختلط عنده (بغيره) كبر أبيض بأسمر أو بشعير وكغزل سدى نسجه بلحمته لنفسه وشمل كلامهم خلطه أو اختلاطه باختصاص كتراب بزبل (وأمكن التمييز) للكل أو للبعض (لزمه وإن شق) عليه ليرده كما أخذه (وإن تعذر) التمييز كخلط زيت بمثله أو شيرج وبر أبيض بمثله ودرهم بمثلها (فالمذهب أنه كالتالف) على إشكالات فيه يعلم ردها مما يأتي (فله تغريمه) بدله، خلطه بمثله أو بأجود أو بأردأ، لأنه لما تعذر رده أبدا أشبه التالف فيملكه الغاصب إن قبل التملك، وإلا كتراب أرض موقوفة خلطه بزبل وجعله أجرا غرم مثله ورد الأجر للناظر ولا نظر لما فيه من الزبل، لأنه اضمحل بالنار كذا ذكره بعضهم ومع ملكه المذكور يحجر عليه فيه حتى يرد مثله لمالكه على الأوجه ويكفي كما في فتاوى المصنف أن يعزل من المخلوط أي بغير الأردأ قدر حق المغصوب <ص: 45> منه ويتصرف في الباقي كما يأتي. وبهذا يندفع كما يعلم مما يأتي أيضا ما أطال به السبكي من الرد والتشنيع على القول بملكه وإنما قلنا بالشركة في نظير ذلك من المفلس لئلا يحتاج للمضاربة بالثمن وهو إضرار به وهنا الواجب المثل فلا إضرار ومن ثم لو فرض فلس الغاصب أيضا لم يبعد كما في المطلب جعل المغصوب منه أحق بالمختلط من غيره وشمل قوله بغيره خلطه بمال آخر مغصوب أيضا فكذلك كما جزم به ابن المقري واقتضاه كلام الشيخين في غير هذا الكتاب وأصله أيضا وغيرهما. لكن قال البلقيني المعروف عند الشافعية أنه لا يملك شيئا منه ولا يكون كالهالك واعتمده بعضهم لموافقته لما أفتى به المصنف وفرق بأنه إنما ملك في

الخلط بماله تبعا لماله وهنا لا تبعية وفي فتاوى المصنف غصب من جمع دراهم مثلا وخلطها بحيث لا تتميز، ثم فرق عليهم المخلوط على قدر حقهم حل لكل أخذ قدر حصته فإن خص أحدهم بحصته لزمه أن يقسم ما أخذه عليه وعلى الباقيين بالنسبة إلى قدر أموالهم هذا كله إذا عرف المالك أو الملاك كما تقرر أما لو جهلوا فإن لم يحصل اليأس من معرفتهم وجب إعطاؤها للإمام ليمسكها أو ثمنها لوجود ملاكها وله أن يقترضها لبيت المال، وإن أيس منها أي عادة كما هو ظاهر صارت من أموال بيت المال فلمتوليه التصرف فيها بالبيع وإعطائها لمستحق شيء من بيت المال وللمستحق أخذها ظفرا ولغيره أخذها ليعطيها للمستحق كما هو ظاهر، ثم رأيت ابن جماعة وغيره صرحوا بذلك وقد قال ابن عبد السلام عقب قول الإمام وغيره لو عم الحرام قطرا بحيث ندر وجود الحلال فيه جاز أخذ المحتاج إليه، وإن لم يضطر ولا يتبسط له هذا إن توقع معرفة أهله، وإلا فهو لبيت المال كما تقرر فيصرف للمصالح وخرج بخلط أو اختلط عنده الاختلاط حيث لا تعدي <ص: 46> كأن انثال بر على مثله فيشترك مالكاهما بحسبهما فإن استويا قيمة فبقدر كيلهما فإن اختلفا قيمة بيعا وقسم الثمن بينهما بحسب قيمتهما نظير ما يأتي في اختلاط حمام البرجين ولا تجوز قسمة الحب على قدر قيمتهما للربا سيأتي لذلك مزيد قبيل الأضحية (وللغاصب أن) يفرز قدر المغصوب، ويحل له الباقي كما مر وأن (يعطيه) أي المالك، وإن أبى (من غير المخلوط)، لأن الحق قد انتقل إلى ذمته لما تقرر من أن المختلط صار كالهالك ومن المخلوط إن خلط بمثله أو أجود مطلقا أو بأردأ إن رضي.

(تنبيه) قيل ليس الغاصب بأولى من المالك بملك الكل بل المالك أولى به لعدم تعديه وجوابه منع ذلك، لأن المغصوب لما تعذر رد عينه لمالكة بسبب يقتضي شغل ذمة الغاصب به لتعديه مع تمكين المالك من أخذ بدله حالا جعل كالتالف للضرورة وذلك غير موجود في المالك إذ لا تعدي يقتضي ضمان ما للغاصب فلو ملك الكل لم يلزمه رد شيء وبفرض أنه يلزمه لا يلزمه الفور ففيه حيف أي حيف وقد يوجد الملك بدون الرضا للضرورة كأخذ مضطر طعام غيره قهرا عليه لنفسه أو لبهيمة وليس إباق القن

كالخلط حتى يملكه الغاصب، لأنه مرجو العود فيلزمه قيمته للحيلولة لعدم الضرورة المقتضية كونها للفيض، وإنما لم يرجحوا قول الشركة، لأنه صار مشاعاً <ص: 47> ففيه تملك كل حق الآخر بغير إذنه أيضاً، ومنع تصرف المالك قبل البيع أو القسمة هنا أيضاً بسبب التعدي بل فوات حقه إذ قد يتأخر ذلك فلا يجد مرجعاً بخلاف ما إذا علقنا حقه بالذمة فإنه يتصرف فيه حالاً بحوالة أو نحوها ومن ثم صوب الزركشي قول الهلاك قال ويندفع المحذور بمنع الغاصب من التصرف فيه وعدم نفوذه منه حتى يعطي البدل كما مر وإذا كان المالك لو ملكه له بعوض لم يتصرف حتى يرضى بذمته فكيف بغير رضاه قيل كيف يستبعد القول بالملك وهو موجود في المذاهب الأربعة بل اتسعت دائرته عند الحنفية <ص: 48> والمالكية. (ولو غصب خشبة) أو لبنة (وبنى عليها) ولم يخف من إخراجها تلف نحو نفس أو مال معصوم وكلامه الآتي يصلح شموله لهذه أيضاً (أخرجت) وإن تلف من مال الغاصب أضعاف قيمتها لتعديه ويلزمه أجره مثلها وأرش نقصها هذا إن بقي لها قيمة، ولو تافهة، وإلا فهي هالكة فتجب قيمتها ويرجع المشتري إن جهل الاستحقاق على بائعه بأرش نقص بنائه ومن ثم أفتى بعضهم فيمن أكرى آخر جملاً وأذن له في السفر به مع الخوف فتلف فائتته آخر له وغرمه قيمته بأنه يرجع بها على مكربه إن جهل أن الجمل لغيره (ولو) غصب خشبة و (أدرجها في سفينة فكذلك) تخرج ما لم تصر لا قيمة لها (إلا أن يخاف تلف نفس أو مال معصومين) أو اختصاص كذلك، ولو للغاصب بأن كانت في اللجة والخشبة في أسفلها فلا تنزع إلا بعد وصولها للشبط لسهولة الصبر إليه بخلاف الخشبة فيما مر، لأنه لا أمد ينتظر ثم حينئذ يأخذ المالك قيمتها <ص: 49> للحيلولة والمراد أقرب شط يمكن الوصول إليه والأمن فيه كما هو ظاهر لا شط مقصده وكان النفس نحو العضو وكل مبيع للتيمم وقول الزركشي كغيره إلا الشين أخذاً مما صرحوا به في الخيط مراده إلا الشين في حيوان غير آدمي، لأن هذا هو الذي صرحا به ثم حيث قالوا وكخوف الهلاك خوف كل محذور يبيح التيمم وفاقاً وخلافاً، ثم قالوا للحيوان غير المأكول حكم الآدمي إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين أما نفس غير معصومة كزان محصن، ولو قنا كان زنى ذمياً،

ثم حارب واسترق وتارك صلاة بشرطه وحربي ومرتد ومال غير معصوم كمال الحربي فلا يبقى لأجلهما لإهدارهما وثنى معصومين، لأن بين النفس والمال شبه تناقض، وإن صدق أحدهما على الآخر. (ولو وطئ) الغاصب (المغصوبة عالما بالتحريم) وليس أصلا للمالك (حد) وإن جهلت، لأنه زان (وإن جهل) تحريم الزنا مطلقا أو بالمغصوبة وقد عذر بقرب إسلامه ولم يكن مخالطا لنا أو مخالطنا وأمكن اشتباه ذلك عليه أو نشئه بعيدا عن العلماء (فلا حد) للشبهة (وفي الحاليين) أي حالي علمه وجهله (يجب المهر)، وإن أذن له المالك، لأنه استوفى المنفعة وهي غير زانية إذ الغرض كما يعلم مما يأتي أنها جاهلة أو مكرهة نعم يتحد وإن تعدد الموطء في حالة الجهل لاستدامة الشبهة بخلافه مع العلم بتعدد الموطآت، ولو وطئ مرة جاهلا ومرة عالما فمهران ويجب في البكر مهر ثيب مع أرش البكارة كما مر في البيع (إلا أن تطاوعه) عالمة بالتحريم >ص: 50< كما يفهمه قوله الآتي إن علمت (فلا يجب) مهر (على الصحيح)، لأنها زانية، وقد نهى عن مهرها وإنما أثر رضاها في سقوط حق السيد، لأنه إنما ينشأ عنها ومن ثم سقط بردتها قبل وطء وإرضاعها إرضاعا مفسدا ويظهر في مميزة عالمة بالتحريم أنها ككبيرة في سقوط المهر، لأن ما وجد منها صورة زنا فأعطيت حكمه ألا ترى أنه لو اشتراها، ثم بان فيها ذلك ردها به (وعليها الحد إن علمت) بالتحريم لزناها وكالزانية مرتدة ماتت على ردها (ووطء المشتري من الغاصب كوطئه) أي الغاصب (في) ما قرر فيه من (الحد والمهر) وأرش البكارة لاشتراكهما في وضع اليد على مال الغير بغير حق نعم تقبل دعواه هنا الجهل مطلقا ما لم يقل علمت الغصب فيشترط عذر مما مر (فإن غرمه) أي المالك المشتري المهر (لم يرجع به) المشتري (على الغاصب في الأظهر)، لأنه الذي انتفع به وياشر الإتلاف، وكذا أرش البكارة.

(وإن أحبل) الغاصب أو المشتري منه المغصوبة (عالما بالتحريم فالولد رقيق غير نسيب) لما مر أنه زنا فإن انفصل حيا ضمنه كل منهما أو ميتا بجناية فبدله وهو عشر قيمة أمه للسيد أو بغيرها ضمنه كل منهما بقيمته يوم الانفصال وقول الإسنوي إنهما ناقضا ما هنا رده الأذرعى بأنه اشتباه فإن هذا في عالم وذاك في جاهل أي وسيأتي

الفرق بين الرقيق وهو ما هنا والحر وهو ما هناك >ص: 51< (وإن جهل) التحريم (فحر) من أصله لا أنه انعقد قنا، ثم عتق (نسيب) للشبهة (وعليه) إذا انفصل حيا حياة مستقرة (قيمته) بتقدير رقه لتفويته رقه بظنه فإن انفصل ميتا بجناية فعلى الجاني الغرة وهي نصف عشر دية الأب وعليه عشر قيمة أمه لمالكها، لأننا نقدره قنا في حقه قال المتولي والغرة مؤجلة فلا يغرم الواطئ حتى يأخذها وتوقف فيه الإمام أو بغير جناية لم يضمنه لعدم تيقن حياته وفارق ما مر في الرقيق بأنه يدخل تحت اليد فجعل تبعاً للام في الضمان وهذا حر فلا يدخل تحت اليد وتردد الأذرع في حي حياة غير مستقرة ورجح غيره أنه كالحى كما أفهمه تعليلهم الميت بأننا لم نتيقن حياته وقد يقال بل قياس إلحاقهم لهذا بالميت في نظائره أنه هنا كذلك ومعنى التعليل أنا لم نتيقن حياته حياة يعتد بها والعبرة بقيمته (يوم الانفصال) لتعذر التقويم قبله ويلزمه أرش نقص الولادة (ويرجع بها) أي بقيمة الولد ومثله أرش قيمة الولادة (المشترى على الغاصب)، لأن غرمها ليس من قضية الشراء بل قضيته أن يسلم له الولد حراً من غير غرامة ورجح البلقيني أن المتهب كالمشترى.

(ولو تلف المغصوب عند المشتري وغرم لم يرجع به) >ص: 52< (وإن جهله، لأن المبيع بعد القبض من ضمانه وإنما يرجع عليه بالثمن)، وكذا لو تعيب عنده في الأظهر) تسوية بين الجملة والأجزاء هذا إن لم يكن بفعله، وإلا لم يرجع قطعاً (ولا يرجع بغرم منفعة استوفائها) كلبس (في الأظهر) لما مر في المهر (ويرجع بغرم ما تلفت عنده) من المنافع ونحوها كثمر ونتاج وكسب من غير استيفاء إذا غرمه المالك مقابلها، لأنه لم يتلفها ولا التزم ضمانها بالعقد وما وإن شملت العين أيضاً لكنه غير مراد، لأنه قدم حكمها وكلامه هنا إنما هو في المنفعة والفوائد من قبيل المنفعة ولدفع هذا الإيهام ألحقت في خطه تاء بعد الفاء ليعود الضمير للمنفعة صريحاً، وإن صح عوده لها مع عدم التأنيث رعاية للفظ ما (وبأرش نقص بنائه) بالمهملة (وغراسه إذا) اشترى أرضاً وبنى أو غرس فيها، ثم بانت مستحقة للغير فلم يرض ببقاء ذلك فيها حتى (نقض) بالمعجمة بناؤه أو غراسه (في الأصح) فيهما أما الأولى فلما مر وأما الثانية فلأنه غره بالبيع، وإن جهل الحال

أيضاً، لأنه مقصر بعدم بحثه حتى وقع في ذلك فرجع عليه بأرش ما حصل في ماله من النقص وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً وللمستحق تكليف المشتري نزع ما زوق به من نحو طين أو جبس ثم يرجع بأرش نقصه على البائع لذلك قال في الروضة عن البغوي وأقره والقياس أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وما أدى من خراج الأرض، لأنه شرع في الشراء على أنه يضمنها. اهـ (وكل ما لو غرمه المشتري رجع به) على الغاصب كقيمة الولد وأجرة المنافع الفاتئة تحت يده (لو غرمه الغاصب) ابتداء (لم يرجع به على المشتري)، لأن القرار على الغاصب فقط (وما لا) أي وكل ما لو غرمه المشتري لم يرجع به على الغاصب كقيمة العين والأجزاء ومنافع استوفائها (فيرجع) به الغاصب إذا غرمه ابتداء على المشتري، لأن القرار عليه فقط لتلفه في يده هذا إن لم يسبق من الغاصب اعتراف للمشتري بالملك كما مر نظيره، وإلا فهو مقر بأن المغصوب منه ظالم له والمظلوم لا يرجع إلا على ظالمه ولو زادت القيمة عند الغاصب عليها عند المشتري لم يطالب بتلك الزيادة، لأنه لم يضع يده عليها فإذا غرمها الغاصب لم يرجع بها وليس ذلك مما شمله الضابط لما تقرر أن المشتري لا يغرم الزائد ولا يطالب به (قلت وكل من انبنت) بنونين ثانية ورابعة كما بخطه (يده على يد الغاصب فكالمشتري) فيما تقرر من الرجوع وعدمه (والله أعلم) ومر أوائل الباب ذكر ذلك بأبين من هذا <ص: 53> فراجع.

(فرع) ادعى على آخر تحت يده دابة أن له فيها النصف مثلاً وأنه غصبها فأجاب بأنها إنما كانت عندي بجهة المهايأة وأقام بينة بها لم يضمنها كما استنبطه البلقيني من كلام المروزي في الشركة وقول بعضهم إنها في زمن نوبته كالمعارة عنده فليضمنها يرد بأن جعل الأكساب كلها له زمن نوبته صريح في أنه كالمالك لها حينئذ لا كالمستعير.

كتاب الشفعة

بإسكان الفاء وحكي ضمها وهي لغة من الشفع ضد الوتر فكان الشفيع يجعل نفسه أو نصيبه شفعا بضم نصيب شريكه إليه أو من الشفاعة، لأن الأخذ جاهلية كان بها أو من الزيادة والتقوية ويرجعان لما قبلهما وشرعا حق

تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك
بعوض لدفع الضرر أي ضرر مؤنة القسمة واستحداث
المرافق وغيرها كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة
الصائرة إليه وقيل ضرر سوء المشاركة ولكونها تؤخذ قهرا
جعلت أثر الغصب إشارة إلى استثنائها منه والأصل فيها
{ص: 54} الإجماع إلا من شذ والأخبار كخبر البخاري
{قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل
ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا
شفعة} وقوله لم يقسم ظاهر في أنه يقبل القسمة، لأن
الأصل في النفي بلم أن يكون في الممكن بخلافه بلا
واستعمال أحدهما محل الآخر تجوز أو إجمال قاله ابن
دقيق العيد والعفو عنها أفضل إلا أن يكون المشتري نادما
أو مغبونا وأركانها ثلاثة أخذ وماخوذ منه وماخوذ، والصيغة
إنما تجب في التملك كما يأتي.

(لا تثبت في منقول) ابتداء، وإن بيع مع أرض للخبر
المذكور ولأنه لا يدوم بخلاف العقار فيتأبد فيه ضرر
المشاركة وخرج بابتداء تهدم الدار بعد ثبوت الشفعة فإن
نقضها وإن نقل عنها يؤخذ بها كذا قيل ولا يصح، لأن
التبعية هنا في التملك لا في الثبوت الذي الكلام فيه (بل)
إنما تثبت (في أرض وما فيها من بناء) وما يتبعه من باب
ورف سمر ومفتاح غلق مثبت وكل منفصل توقف عليه
نفع متصل على ما مر في البيع (وشجر) رطب وأصل يجز
مرارا (تبعاً) للأرض لخبر مسلم {قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة}
{ص: 55} أي تأنيث ربع وهو الدار ومطلق الأرض أو
حائط أي بستان لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه
الحديث أي لا يحل له ذلك حلا مستوي الطرفين إذ لا إثم
في عدم استئذان الشريك وخرج بتبعاً ببيع بناء وشجر في
أرض محتكرة، لأنه كالمقول وشرط التبعية أن يباعا مع ما
حولهما من الأرض فلو باع شقفا من جدار وأسه لا غير
أو من أشجار ومغارسها لا غير فلا شفعة، لأن الأرض هنا
تابعة.

وصرح السبكي بأنه لا بد هنا من رؤية الأس {ص: 56}
والمغرس وفرق بينه وبين ما مر في بعثك الجدار وأساسه
بأنه ثم يدخل مع السكوت عنه بخلافه هنا فإنه عين
منفصلة لا تدخل في المبيع عند الإطلاق فاشتترط رؤيتها

وبحث أيضا أنه لو عرض الجدار بحيث لو كانت أرضه هي المقصودة ثبتت الشفعة، لأن الأرض هي المتبوعة حينئذ (، وكذا ثمر) موجود عند البيع (لم يؤبر) حينئذ ولم يشترط دخوله فيه (في الأصح)، وإن تأبر عند الأخذ لتأخره لعذر وذلك، لأنه يتبع الأصل في البيع فكذا في الأخذ هنا ولا نظر لظرو تأبره لتقدم حقه وزيادته كزيادة الشجر بل قال الماوردي يأخذه وإن قطع إما مؤبر عند البيع وما شرط دخوله فيه فلا يؤخذ كشجر غير رطب شرط دخوله وإما حادث بعد البيع فلا يأخذه إن لم يؤبر عند الأخذ وإنما تؤخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن. (ولا شفعة في حجرة) مشتركة باع أحدهما نصيبه منها وقد (بنيت على سقف غير مشترك) لكونه لثالث أو لأحدهما إذ لا قرار لها فهي كالمنقول (، وكذا مشترك في الأصح)، لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له فما عليه كذلك، ولو اشتركا في سفلى واختص أحدهما بعلوه فباع صاحب العلو علوه مع نصيبه من السفلى أخذ الشريك هذا فقط، لأن العلو لا شركة فيه ويجري ذلك في أرض مشتركة فيها شجر لأحدهما. (وكل ما لو قسم بطلت منفعة المقصودة) منه <ص: 57> بأن لا ينتفع به بعد القسمة من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها (كحمام ورحى) صغيرين لا يمكن تعددهما (لا شفعة فيه في الأصح) بخلاف الكبيرين، لأن علة ثبوتها في المقسم كما مر دفع ضرر مؤنة القسمة والحاجة إلى أفراد الحصة الصائرة إلى الشريك بالمرافق وهذا الضرر حاصل قبل البيع ومن حق الراغب فيه من الشريكين أن يخلص صاحبه منه بالبيع له فلما باعه لغيره سلطه الشرع على أخذه منه فعلم ثبوتها لكل شريك يجبر على القسمة كمالك عشر دار صغيرة باع شريكه بقيتها فتثبت له بخلاف عكسه، لأن الأول يجبر على القسمة دون الثاني كما يأتي في بابها وعبر أصله بطاحونة فعدل عنه للرحى مع ترادفهما، لأنه أخص قيل العرف إطلاق الطاحونة على المكان والرحى على الحجر وهو غير مراد هنا، لأنه منقول، وهو إنما يؤخذ تبعاً للمكان فالمراد المحل المعد للطحن وحينئذ فتعبير المحرر أولى. اهـ وليس بسديد، لأن هذا إن سلم عرف طارئ والذي تقرر ترادفهما لغة فلا إيراد. (ولا شفعة إلا لشريك) في العقار المأخوذ، ولو ذمياً ومكاتبا مع سيده وغير آدمي كمسجد له شقص

لم يوقف فباع شريكه يشفع له ناظره فلا تثبت لغير الشريك كأن مات عن دار يشركه فيها وارثه فبيعت <ص: 58> حصته في دينه فلا يشفع الوارث، لأن الدين لا يمنع الإرث وكالجار لخبر البخاري السابق وهو صريح لا يقبل تأويلا بخلاف أحاديث إثباتها للجار فإنه يمكن حمله على الشريك فتعين جمعا بين الأحاديث ولا ينقض حكم الحنفي بها، ولو لشافعي بل يحل له الأخذ بها باطنا على ما يأتي في القضاء وليس لنحو شافعي سماع الدعوى بها كما يأتي أوائل المدعاوى إلا إن قال المشتري هذا يعارضني فيما اشتريته وهو كذا بغير حق فتسمع دعواه ويمنع الجار من معارضته وحينئذ ليس للحنفي الحكم له بها ولا لموقوف عليه بناء على إطلاق امتناع قسمة الملك على الوقف وسيأتي آخر القسمة ما فيه وموصى له بالمنفعة، ولو أبدا وليست أراضي الشام موقوفة كما قطع به الجرجاني قال جمع بخلاف أراضي مصر، لأنها فتحت عنوة وقفت، وأخذ السبكي من وصية الشافعي أنه كان له بها أرض ترجيح أنها ملك وفيه تأييد للقائلين بأنها فتحت صلحا وسيأتي ما في ذلك في السير مبسوطا وقد لا تثبت للشريك لكن لعارض كولي غير أصل شريك لموليه باع شقص محجوره فلا يشفع، لأنه متهم بالمجابهة في الثمن وفارق ما لو وكل شريكه فباع فإنه يشفع بأن الموكل متأهل للاعتراض عليه لو قصر (تنبيه)

قد يشفع غير الشريك كأن يكون بينهما عرصه شركة فيدعي أجنبي نصيب أحدهما ويشهد له الآخر فتد شهادته ثم يبيع المشهود عليه نصيبه لآخر فللشاهد أن يشفعه ثم يلزمه رده للمشهود له باعترافه هذا هو المسوغ لأخذه بها مع زعمه بطلان البيع.

(ولو باع دارا وله شريك في ممرها) <ص: 59> فقط كدرب غير نافذ (فلا شفعة فيها) لانتفاء الشركة فيها (والصحيح ثبوتها في الممر) بحصته من الثمن (إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار أو أمكن) من غير مؤنة لها وقع (فتح باب إلى شارع) ونحوه أو إلى ملكه لإمكان الوصول إليها من غير ضرر (وإلا) يمكن شيء من ذلك (فلا) لما فيه من الإضرار بالمشتري والشفعة تثبت لدفع الضرر فلا يزال الضرر بالضرر ومجرى النهر كالممر فيما ذكر، ولو اشترى ذو دار لا ممر لها نصيبا في ممر تثبت

مطلقا على الأوجه، لأن الممر ليس من حقوق المدار هنا قبل البيع بخلافه ثم (وإنما تثبت فيما ملك بمعاوضة) محضة وغيرها نصا في البيع وقياسا في غيره بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر فخرج مملوك بغير معاوضة كإرث وهبة بلا ثواب ووصية (ملكا لازما متأخرا) <ص: 60> سببه (عن) سبب (ملك الشفيع) وسيدكر محترزات ذلك فالمملوك بمحضه (كمبيع و) بغيرها نحو (مهر وعوض خلع و) عوض (صلح دم) في قتل عمد (و) عوض صلح عن (نجوم و) من المملوك بمحضه أيضا نحو (أجرة ورأس مال سلم) و صلح عن مال كما مر في بابه ويصح عطف نجوم على مبيع وما قيل يتعين فيه التقدير الأول، لأن عقد الكتابة بالشقص لا يمكن، لأنه لا يتصور ثبوته في الذمة والمعين لا يملكه لعبد ممنوع بل بتسليمه يمكن عطفه على خلع أي وعوض نجوم بأن يملك شقضا ويعوضه السيد عن النجوم ثم ما ذكر فيها هنا مبني على صحة الاعتياض عنها وهو منصوص وصححه جمع لكن الذي جزما به في بابها المنع، لأنها غير مستقرة.

(ولو شرط) أو ثبت بلا شرط كخيار المجلس <ص: 61> (في البيع الخيار لهما) أو لأجنبي عنهما (أو للبايع) أو لأجنبي عنه (لم يؤخذ بالشفعة حتى ينقطع الخيار)، لأن المشتري لم يملك فيهما إذ هو في الأولى موقوف وفي الثانية ملك البائع وهذا محترز ملك كما احترز به أيضا عما جرى سبب ملكه كالجعل قبل الفراغ من العمل وعلى الضعيف أن المشتري ملك هو محترز لازما (وإن شرط للمشتري وحده) أو لأجنبي عنه (فالأظهر أنه يؤخذ) بالشفعة (إن قلنا الملك للمشتري) وهو الأصح، لأنه لا حق فيه لغيره ولا يرد هذا على لازما، لأنه لكونه يؤول إلى اللزوم مع إفادته الملك للمشتري كاللازم أو، لأنه لازم من جهة البائع فاندفع ما قيل تقييده باللزوم قيد مضر ولا يقال فيما إذا كان لهما أو للبايع أنه آيل للزوم لخروجهما بقوله ملك إذ لا ملك للمشتري فيهما على أنه قيد لا بد منه في غرضه وهو ذكر المتفق عليه أولا ثم المختلف فيه وبحث الزركشي انتقال الخيار الثابت للمشتري إلى الشفيع فيأخذ الملك بصفته، لأنه قائم مقامه كما في الوارث مع المورث، وفيه نظر والفرق بين الوارث والشفيع ظاهر (وإلا) أي وإن قلنا بالضعيف أن الملك للبايع أو موقوف

(فلا) يؤخذ لبقاء ملك البائع أو انتظار عوده. (ولو وجد المشتري بالشقص عيبا وأراد رده بالعيب وأراد الشفيع أخذه ويرضى بالعيب فالأظهر إجابة الشفيع) لسبق حقه لثبوتة بالبيع على حق المشتري لثبوتة بالاطلاع، ولو رده المشتري قبل <ص: 62> طلب الشفيع فله رد الرد ويشفع ولا يتبين بطلانه كما صححه السبكي فالزوائد من الرد إلى رده للمشتري وكالرد بالعيب رده بالإقالة. (ولو اشترى اثنان) معا (دارا أو بعضها فلا شفعة لأحدهما على الآخر) لاستوائهما في وقت حصول الملك وهذا محترز متأخر إلي آخره وحاصله كما أشرت إليه في محله أنه لا بد من تأخر سبب ملك المأخوذ منه عن سبب ملك الآخذ فلو باع أحد شريكين نصيبه بشرط الخيار له فباع الآخر نصيبه في زمن الخيار بيع بت فالشفعة للمشتري الأول إن لم يشفع بئعه لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الثاني، ولا شفعة للثاني، وإن تأخر عن ملكه ملك الأول لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الثاني، وكذا لو باعا مرتبا بشرط الخيار لهما دون المشتري سواء أجازا معا أم أحدهما قبل الآخر.

(ولو كان للمشتري شرك) بكسر الشين (في الأرض) كأن كانت بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه لأحد شريكه (فالأصح أن الشريك لا يأخذ كل المبيع بل حصته) وهي السدس في هذا المثال كما لو كان المشتري أجنيا لاستوائهما في الشركة ولا نقول: إن المشتري استحقها على نفسه بل دفع الشريك عن أخذ حصته فلو ترك المشتري حقه لم يلزم الشفيع أخذه وقيل يأخذ الكل أو يدع الكل.

(ولا يشترط في) استحقاق (التملك بالشفعة حكم حاكم) لثبوتة بالنص (ولا إحضار الثمن)، لأنه تملك بعوض كالبيع ولا ذكره (ولا حضور المشتري) ولا رضاه كما في الرد بالعيب ويتقدير الاستحقاق يندفع ما أورد أن ما هنا ينافيه ما بعده أنه لا بد من أحد هذه الأمور أو ما يلزم منه أحدها ووجه اندفاعه أن ما هنا في ثبوت <ص: 63> التملك بالشفعة واستحقاقه وما يأتي إنما هو في حصول الملك بعد ذلك الاستحقاق وتقرره فلا اتحاد ولا منافاة وهذا أوضح بل أصوب من الجواب بأن المراد هنا أن كل واحد بخصوصه على انفراده لا يشترط، وثم أنه لا بد من

وجود واحد مما يأتي على أن لنا أن لا نقدر الاستحقاق، ونقول لا منافاة، لأن التملك وهو ما هنا غير حصول الملك وهو ما يأتي إذ لا يلزم من التملك حصول الملك عقبه كالبيع بشرط الخيار. ثم رأيت الفتى أجاب بنحو ذلك لكنه فسر التملك بأخذ الشفعة فوراً أي بطلبها فوراً ثم السعي في واحد من الثلاث الآتية فهذا هو التملك لا مجرد طلبها فوراً خلاف ما يقتضيه كلامه ثم رأيت ما يصرح بذلك وهو قول بعض تلامذته وأما الجواب عن قول الشيخين ولا يكفي أن يقول لي حق الشفعة وأنا مطالب بها وقولهما في صفة الطلب أنا مطالب بها فهو بناء على الفرق بين الطلب والتملك فكلامهما أولاً في حقيقة التملك وثانياً في مجرد طلب الشفعة. اهـ وقول جمع الواجب فوراً هو الطلب لا نفس التملك فعلمنا تباينهما، لكن قولهم لا نفس التملك في إطلاقه نظر والمعتمد الذي دل عليه كلام الرافعي وصرح به البلقيني في اللعان أنه لا بد من الفور في التملك عقب الفور في الأخذ أي في سببه <ص: 64> نعم في الروضة وأصلها وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فإن انقضت ولم يحضره فسح الحاكم تملكه هكذا حكاه ابن سريج وساعده المعظم. اهـ ويوجه بأن غيبة الثمن عذر فأمهل لأجله مدة قريبة يتسامح بها غالباً وبه يندفع زعم بنائه على ضعيف وللشفيع إجبار المشتري على قبض الشقص حتى يأخذه منه، لأن أخذه من يد البائع يفضي إلى سقوط الشفعة، لأن به يفوت التسليم المستحق للمشتري فيبطل البيع وتسقط الشفعة. (ويشترط) في حصول الملك بالشفعة (لفظاً) أو نحوه كإشارة الأخرس وكالكتابة (من الشفيع كتمكنت أو أخذت بالشفعة) ونحوهما كاخترت الأخذ بها بخلاف أنا مطالب بها، وإن سلم الثمن، لأنه رغبة في التملك والملك لا يحصل بذلك (ويشترط مع ذلك) اللفظ أو نحوه كون الثمن معلوماً للشفيع كما يعلم من قوله الآتي، ولو اشترى بجزاف نعم لا يشترط علمه في الطلب ورؤية شفيع الشقص كما يذكره الآن واحد الثلاثة <ص: 65> (أما تسليم العوض إلى المشتري فإذا تسلمه أو ألزمه القاضي) لامتناعه من أخذ العوض (التسلم) بضم اللام (ملك الشفيع الشقص)، لأن المشتري وصل لحقه أو مقصر ومن ثم كفى وضعه بين يديه بحيث يتمكن من قبضه سواء الثمن المعين والذي في

الذمة وقبض الحاكم عن المشتري كاف (وأما رضا المشتري بكون العوض في ذمته) أي الشفيع إلا لمانع كأن باع دارا فيها ذهب يتحصل منه شيء بفضة أو عكسه فلا بد من التقابض الحقيقي كما علم من كلامه في الربا. (وأما قضاء القاضي له بالشفعة) أي بثبتها لا بالملك كما قاله ابن الرفعة و القمولي وغيرهما وهو المفهوم من كلام الرافعي وغيره وقال صاحب الكافي إنما يحكم بالملك، لأنها ثابتة بالنص (إذا حضر مجلسه وأثبت حقه) فيها وطلبه (فيملكه به في الأصح) لتأكد اختيار التملك بحكم الحاكم ولا يقوم مقامه الإشهاد على الطلب واختيار الشفعة كما أفهمه المتن وبحث ابن الرفعة أن محله عند وجود الحاكم وإلا قام كما في هرب الجمال ونظائره، وإنما يتجه إن غاب المشتري أو امتنع من أخذ الثمن وإذا ملك الشقص بغير تسليم العوض لم يتسلمه حتى يؤديه فإن لم يؤده أمهل ثلاثة أيام فإن مضت ولم يحضره فسخ الحاكم ملكه. (ولا يملك شقفا لم يره الشفيع) تنازعه الفعلان (على المذهب) بناء على الأظهر أن بيع الغائب باطل وليس للمشتري منع الشفيع من الرؤية.

(فرع) في الأنوار شرط دعوى الشفعة تحديد الشفيع الشقص وتقدير الثمن وطلبها واعتمده الغزي <ص: 66> وأطال فيه غافلا عما قاله هنا عن ابن الصلاح من أنه لا يلزمه بيان مقدار سهمه كذا قاله بعضهم موهما التناقض وليس كذلك بل الأول في تحديد الشقص المأخوذ فلا بد منه، لأنه المدعى به والثاني في حصة الشفيع فلا يحتاج لتحديدها، لأنه غير المدعى به، وإن توقف الأخذ على العلم به في بعض الصور وحاصل عبارة الغزي أنه يدعي بحضرة المشتري أنني أستحق أخذ ما اشتراه هذا وهو كذا من أرض كذا بثمن كذا حالا من فلان قبضه منه وأني حال علمي بذلك أشهد على أنني طالب للشفعة فيه وبادرت للمشتري وطلبت منه تسليم الشقص وقبض الثمن فإن صدقه المشتري أو أنكر الشراء فأثبتته وثمانه الشفيع سلم الثمن له وتسلم منه الشقص، وإن أنكر شركة الشفيع حلف أنه لا يعلمها وعلى الشفيع إثباتها، وإن ادعى جهل الثمن ولم يثبت علمه، ولو بينة سقطت شفيعته وتنظير الغزي فيه بأنه بمنزلة الداخل مردود بأن إقامة الداخل لها

لإثبات الملك وهو ثابت فلم يحتج إليها وهنا للدفع وهو محتاج إليه

(فصل). في بيان بدل الشقص الذي يؤخذ به والاختلاف في قدر الثمن وكيفية أخذ الشركاء إذا تعددوا أو تعدد الشقص وغير ذلك (إن اشترى بمثلي أخذه الشفيع بمثله)، لأنه أقرب إلى حقه <ص: 67> فإن قدر بالوزن كقنطار حنطة أخذه بوزنه فإن انقطع المثل وقت الأخذ أخذ بقيمته حينئذ، ولو كان دنانير أخذ بدنانير مثلها فإن تراضيا عنها بدراهم كان شراء مستجدا تبطل به الشفعة كما في الحاوي قال الزركشي وهي غريبة. اهـ والذي يتجه أنه يأتي هنا ما مر من التفصيل فيما لو صالح بمال عن الرد بالعيب بجامع أنه فوت الفورية المشترطة بإيجاد عقد آخر غير الأول فهو كما لو قال الشفيع للمشتري بعني الشقص فتسقط به شفعته إن علم به، لأن عدوله عن أخذه القهري إلى تملك اختياري تقصير مفوت للفورية أي تقصير فكذا هنا عدوله عن الأخذ بالدنانير التي هي الواجب قهرا على المشتري إلى غيرها تقصير أي تقصير فوجب الفرق بين علمه وجهله (أو ملكه) (بمتقوم بقيمته) يأخذ لا بقيمة الشقص، لأن ما يبذله الشفيع في مقابلة ما يبذله المشتري لا في مقابلة الشقص ولو ملك الشفيع الثمن بعينه ثم اطلع تعين الأخذ به، ولو مثليا كما بحثه في المطلب واعتمده الأذرعى <ص: 68> وغيره، ولو حط عن المشتري بعض الثمن قبل اللزوم انحط عن الشفيع أو كله فلا شفعة إذ لا بيع ويؤخذ من قوله ويؤخذ الممهور إلى آخره أن المراد بالقيمة هنا غيرها السابق في الغصب فحينئذ لا يرد عليه خلافا لمن زعمه ما لو صالح عن دم العمد على شقص فإنه يأخذه بقيمة الدم وهو الدية فيأخذه بقيمتها يوم الجناية وتعتبر قيمة المتقدم في غير هذا (يوم البيع) أي وقته، لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة ويصدق المشتري بيمينه في قدرها حينئذ كما في البحر لما يأتي أنه أعلم بما باشره (وقيل يوم استقراره بانقطاع الخيار) كما أن المعتبر في الثمن حالة اللزوم بناء على الأصح من لحوق الحط والزيادة في زمن الخيار ولما كان ما سبق شاملا للدين وغيره وكان الدين يشمل الحال والمؤجل بين أن المراد الحال بقوله (أو) اشترى (بمؤجل

فالأظهر أنه مخير) وإن حل الثمن بموت المشتري أو كان منجما بأوقات مختلفة (بين أن يعجل) الثمن (ويأخذ في الحال) ومحلله أخذاً من كلام الأذرعى وغيره ما لم يكن على المشتري ضرر في قبوله لنحو نهب، وإلا لم يجب الشفيع (أو) عطف بها في حيز بين لما يأتي (يصبر إلى المحل) بكسر الحاء أي حلول الكل في المنجم وليس له كلما حل نجم أن يعطيه ويأخذ بقدره لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري (ويأخذ) دفعا للضرر من الجانبين، لأن الأخذ بالمؤجل يضر بالمشتري لاختلاف الذمم وبالحال يضر بالشفيع، لأن الأجل يقابله قسط من الثمن نعم لو رضي المشتري بذمة الشفيع تعين عليه الأخذ حالا، وإلا سقط حقه <ص: 69> وإذا خير لم يلزمه إعلام المشتري بالطلب على ما في الشرحين وصحح في أصل الروضة اللزوم قيل وهو سبق قلم. (ولو بيع شقص وغيره) مما لا شفعة فيه كسيف (أخذه) أي الشقص لوجود سبب الأخذ فيه دون غيره ولا يتخير المشتري بتفريق الصفقة عليه، لأنه المورط لنفسه وهذا أولى من التعليل بأنه دخل فيها عالما بالحال، لأن قضيته أن الجاهل يتخير وهو خلاف إطلاقهم ومدركهم وبكل من التعليلين فارق هذا ما مر من امتناع أفراد المعيب بالرد (بحصته) أي بقدرها (من) الثمن باعتبار (القيمة) بأن يوزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما وقت البيع ويأخذ الشقص بحصته من الثمن فإذا ساوى مائتين، والسيف مائة والثمن خمسة عشر أخذه بثلثي الثمن وما قررت به كلامه هو مراده كما هو ظاهر وبه يندفع ما قيل: إن ذكر القيمة سبق قلم. (ويؤخذ) الشقص (الممهور بمهر مثلها) يوم النكاح (، وكذا) شقص هو (عوض خلع) فيؤخذ بمهر مثلها يوم الخلع سواء أنقص عن قيمة الشقص أم لا، لأن البضع متقوم أو قيمته مهر المثل، ولو أمهرها شقصا مجهولا وجب لها مهر المثل ولا شفعة، لأن الشقص باق على ملك الزوج ويجب في المتعة متعة مثلها لا مهر مثلها، لأنها الواجبة بالفراق والشقص عوض عنها، ولو اعتاض عن النجوم شقصا أخذ الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها بناء على ما مر.

(ولو اشترى بجزاف وتلف) أو غاب وتعذر إحضاره أو بمتقوم كقص وتعذر العلم بقيمته أو اختلط بغيره (امتنع الأخذ) لتعذر الأخذ بالمجهول <ص: 70> وهذا من الحيل

المسقطه للشفعة وهي مكروهة كذا أطلقاه كغيرهما وقيده بعضهم بما قبل البيع قال أما بعده فهي حرام وفيه نظر بل كلامهما صريح في أنه لا فرق فإنهما ذكرا من جملة الحيل كثيرا مما هو بعد البيع أما إذا بقي فيكالم مثلا ويؤخذ بقدره نعم لا يلزم البائع إحضاره ولا الإخبار به وفارق ما مر فيما لم يره بأنه لا حق له على البائع بخلاف المشتري. (فإن عين الشفيع قدرا) بأن قال اشتريته بمائة (وقال المشتري) بمائتين حلف كما يأتي بناء على ما ادعاه وألزم الشفيع الأخذ به، وإن قال (لم يكن معلوم القدر حلف على نفي العلم) بما عينه الشفيع، لأن الأصل عدم علمه به وحينئذ تسقط الشفعة كما اقتضاه المتن وجرى عليه في نكته <ص: 71> ونص عليه وقال القاضي عن النص يوقف إلى أن يتضح الحال واعتمده السبكي وليس له الحلف أنه اشتراه بثمن مجهول، لأنه قد يعلمه بعد الشراء فإن نكل حلف الشفيع على ما عينه وأخذ به (وإن ادعى علمه) بقدر وطالبه ببيانه (ولم يعين قدرا) في دعواه (لم تسمع دعواه في الأصح)، لأنها غير ملزمة وله أن يدعي قدرا ويحلفه ثم آخر ويحلفه وهكذا حتى يقر أو ينكل فيستدل بنكوله على أنه الثمن ويحلف عليه ويأخذ به لما يأتي أنه يجوز الحلف بالظن المؤكد.

(وإذا ظهر) بعد الأخذ بالشفعة (الثمن) المبدول في الشقص النقد أو غيره (مستحقا) بينة أو تصادق من البائع والمشتري والشفيع (فإن كان معينا) بأن وقع الشراء بعينه (بطل البيع)، لأنه بغير ثمن (والشفعة) لترتبها على البيع، ولو خرج بعضه بطلا فيه فقط وخرج النقد نحاسا كخروجه مستحقا فإن خرج رديئا تخير البائع بين الرضا به والاستبدال فإن رضي به لم يلزم المشتري الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع الجيد قاله البغوي ونظر فيه المصنف ورده البلقيني بأنه جار على قوله في عبد ثمن للشقص ظهر معينا ورضي به البائع أن على الشفيع قيمته سليما، لأنه الذي اقتضاه العقد وقد غلظه فيه الإمام قال وإنما عليه قيمته معينا فالتغليب بالمثلي أولى. قال والصواب في كلتا المسألتين ذكر وجهين والأصح منهما اعتبار ما ظهر <ص: 72> وبه جزم ابن المقري في المعيب فإن قلت قياس ما قالوه في حط بعض الثمن من الفرق بين ما قبل اللزوم وبعده أن يقال بنظيره هنا من أن البائع إن

رضي برديء أو معيب قبل اللزوم لزم المشتري الرضا بهما من الشفيع أو بعده فلا قلت القياس محتمل، لأن منة البائع ومسامحته موجودة فيهما إلا أن يفرق بأن الرديء والمعيب غير ما وقع به العقد بالكلية بخلاف الثمن فإنه وقع به العقد فسرى ما وقع فيه إلى الشفيع (وإلا) يعين في العقد بأن كان في الذمة (أبدل وبقياً) أي البيع والشفعة، لأن العقد لم ينعقد به (وإن دفع الشفيع مستحقاً) أو نحو نحاس (لم تبطل شفيعته إن جهل) لعذره (، وكذا إن علم في الأصح)، لأنه لم يقصر في الطلب والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه، وكذا لو لم يأخذها بمعين كتملكت بعشرة دنانير ثم نقد المستحق لم تبطل قطعاً وإذا بقي حقه فهل يتبين أنه لم يملك فيحتاج لتملك جديد أو ملك، والثمن دين عليه فالفوائد له وجهان رجح الرافعي الأول وغيره الثاني واستظهر والذي يتجه أن الأخذ إن كان بالعين تعين <ص: 73> الأول أو في الذمة تعين الثاني.

(وتصرف المشتري في الشقص كبيع ووقف)، ولو مسجداً (وإجارة صحيح)، لأنه واقع في ملكه، وإن لم يلزم فكان كتصرف الولد فيما وهب له أبوه (وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه) ابتداءً (كالوقف) والهبة والإجارة قال الماوردي وإذا أمضى الإجارة فالأجرة للمشتري (وأخذه) لسبق حقه والمراد بالنقض الأخذ لا أنه يحتاج للفظ فقوله وأخذه عطف تفسير (ويتخير فيما فيه شفعة كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني أو ينقض ويأخذ بالأول)، لأن كلا منهما صحيح وربما كان أحدهما ثمنه أقل أو جنسه أيسر عليه وأو هنا بمعنى الواو الواجبة في حيز بين لكن الفقهاء كثيراً ما يتسامحون في ذلك

(ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن) ولا بينة أو أقاما بينتين وتعارضتا (صدق المشتري) بيمينه، لأنه أعلم بما باشره من الشفيع فإن نكل حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه <ص: 74> وبحث الزركشي أنه لو كذبه الحس كأن ادعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوي ديناراً لم يصدق وفيه نظر مأخذه ما مر من أنه لا خيار في شراء زجاجة بألف وهي تساوي درهما وبه يعلم أن الحس لا يكذب ذلك، لأن الغبن بذلك قد يقع (، وكذا لو أنكر المشتري) في زعم الشفيع (الشراء)، وإن كان الشقص في يده (أو)

أنكر (كون الطالب شريكا) فيصدق بيمينه، لأن الأصل عدمهما ويحلف في الأولى أنه ما اشتراه وفي الثانية على نفي العلم بشركته فإن نكل حلف الطالب بتا وأخذ. (فإن اعترف الشريك) القديم (بالباع فالأصح ثبوت الشفعة) عملا بإقراره، وإن حضر المشتري وكذبه سواء اعترف البائع بقبض الثمن أم لا إذ الفرض أن الشقص بيده أو يد المشتري وقال إنه وديعة منه أو عارية مثلا أما لو كان في يد المشتري فادعى ملكه وأنكر الشراء فلا يصدق البائع عليه، لأن إقرار غير ذي اليد لا يسري على ذيه (وبسلم الثمن إلى البائع إن لم يعترف بقبضه)، لأنه تلقى الملك عنه فكأنه المشتري منه (وإن اعترف) البائع بقبضه (فهو يترك في يد الشفيع) إن كان معينا وذمته إن كان غير معين فالاعتراض عليه بأنه كان ينبغي التعبير بذمة الشفيع غير صحيح (أم) قيل صوابه أو، لأن أم تكون بعد الهمزة وأو بعد هل. اهـ وهذا أغلبي لا كلي كما يأتي تحريره في الوصايا فالتعبير بالصواب غير صواب (ياخذه القاضي ويحفظه) فإنه مال ضائع <ص: 75> (فيه خلاف سبق في) أوائل (الإقرار نظيره) والأصح منه الأول وذكر هنا المقابل دون التصحيح عكس ما ذكر ثم اكتفاء عن كل بنظيره واعتذر للشفيع التصرف في الشقص مع بقاء الثمن في ذمته لعذره بعدم مستحق معين له وبه يفرق بين هذا وما مر مما يعلم منه توقف تصرفه على أداء الثمن ثم رأيت شارحا فرق بأن المشتري هناك معترف بالشراء وهنا بخلافه وهو يؤول لما فرقت به. (ولو استحق الشفعة جمع) كدار مشتركة بين جمع بنحو شراء أو إرث باع أحدهم نصيبه واختلف قدر أملاكهم (أخذوا) ها (على قدر الحصص)، لأنه حق مستحق بالملك فقسط على قدره كالأجرة وكسب القن (وفي قول على الرءوس)، لأن سبب الشفعة أصل الشركة وهم مستوون فيها بدليل أن الواحد يأخذ الجميع، وإن قل نصيبه وأطال جمع في الانتصار له ورد الأول مع أن عليه الأكثرين وردته عليهم في شرح الإرشاد الكبير في الصوم وتفريق الصفقة وهنا. (ولو باع أحد شريكين نصف حصته) أو ربعها مثلا (لرجل ثم باقياها لآخر) قبل أخذ الشريك القديم ما بيع أولا (فالشفعة في النصف الأول للشريك القديم)، لأنه ليس معه حال البيع شريك غير البائع وهو لا يشفع فيما باعه (والأصح أنه إن عفا) الشريك

القديم (عن النصف الأول) <ص: 76> بعد البيع الثاني (شاركه المشتري الأول في النصف الثاني)، لأن ملكه سبق البيع الثاني واستقر بعفو الشريك القديم عنه فشاركه (وإلا) يعف عنه بل أخذه منه (فلا يشارك) ه لزوال ملكه أما لو عفا عنه قبل البيع الثاني فيشاركه جزماً وخرج بتم ما لو وقعا معا فالشفعة فيهما معا للأول وحده. (والأصح أنه لو عفا أحد شفيعين) عن حقه أو بعضه (سقط حقه) كسائر الحقوق المالية (وتخير الآخر بين أخذ الجميع وتركه) كالمنفرد (وليس له الاقتصار على حصته) لئلا تتبعض الصفقة على المشتري (و) الأصح (أن الواحد إذا أسقط بعض حقه سقط) حقه (كله) كالقود.

(ولو حضر أحد شفيعين فله أخذ الجميع في الحال) لا البعض لتيقن استحقاؤه ورغبته والشك فيهما بالنسبة للغائب فإن قال لا أخذ إلا قدر حصتي بطل حقه مطلقاً لتقصيره، ولو رضي المشتري بأخذه من حصته فقط لم يجز كما اعتمده السبكي كابن الرفعة <ص: 77> كما لو أراد الشفيع الواحد أن يأخذ بعض حقه وإذا أخذ الكل استمر الملك والفوائد له ما لم يحضر الغائب ويأخذ (فإذا حضر الغائب شاركه) لثبوت حقه فإذا كانوا ثلاثة فحضر واحد وأخذ الكل ثم حضر الآخر أخذ منه النصف بنصف الثمن فإذا حضر الثالث أخذ من كل أو من أحدهما ثلث ما بيده ولا يشاركه الغائب في ريع حدث قبل تملكه (والأصح أن له تأخير الأخذ إلى قدوم الغائب) لظهور غرضه في تركه أخذ ما يؤخذ منه ولا يلزمه الإعلام بالطلب على ما مر. (ولو اشترى شقفاً فللشفيع أخذ نصيبهما) وهو ظاهر (ونصيب أحدهما)، لأنه لم يفرق عليه ملكه (ولو اشترى واحد من اثنين) أو وكيلهما المتحد إذ العبرة في التعدد وعدمه هنا بالمعقود له لا العاقد كما حررته في شرح الإرشاد (فله أخذ حصة أحد البائعين في الأصح)، لأن الصفقة تعددت بتعدد البائعين ولوجود التفريق هنا جرى الخلاف دون ما قبله وبهذا فارق ما مر في البيع من عكس ذلك وهو تعددها بتعدد البائع قطعاً والمشتري على الأصح <ص: 78> وتتعدد هنا بتعدد المحل أيضاً فلو باع شقطين من دارين صفقة وشفيعهما واحد فله أخذ أحدهما فقط. (والأظهر أن الشفعة) أي طلبها (على الفور) وإن تأخر التملك لخبر ضعيف فيه وكأنه اعتضد عندهم بما صيره

حسنا بغيره ولأنه خيار ثبت بنفسه لدفع الضرر فكان خيار الرد بالعيب وقد لا يجب في صور علم أكثرها من كلامه كالبيع بمؤجل أو وأحد الشريكين غائب وكان أخبر بنحو زيادة فترك، ثم بان خلافه وكالتأخير لانتظار إدراك زرع وحصاده أو ليعلم قدر الثمن أو ليخلص نصيبه المغصوب كما نص عليه أو لجهله بأن له الشفعة أو بأنها على الفور وهو ممن يخفي عليه ذلك وكمدة خيار شرط لغير مشتر وكأخير الولي أو عفوه فإنه لا يسقط حق المولى (فإذا علم الشفيع بالبيع فليبادر) عقب علمه من غير فاصل (على العادة) فلا يكلف البدار بعدو أو نحوه مما يعد العرف تركه تقصيرا وتوانيا وضابط ما هنا كما مر في الرد بالعيب وذكر كغيره بعض ذلك ثم وبعضه هنا ليعلم اتحاد البابين كما تقرر أي غالبا لما يأتي أما إذا لم يعلم فهو على شفيعته، وإن مضى سنون نعم يأتي في خيار أمة عتقت أنه لا يقبل دعواها <ص: 79> الجهل به إذا كذبتها العادة بأن كانت معه في داره وشاع عتقها فيظهر أن يقال بمثله هنا (فإن كان مريضا) أو محبوسا ظلما أو بحق وعجز عن الطلب بنفسه (أو غائبا عن بلد المشتري) بحيث تعد غيبته حائلة بينه وبين مباشرة الطلب كما جزم به السبكي كابن الصلاح (أو خائفا من عدو) أو إفراط حر أو برد (فليوكل) في الطلب (إن قدر)، لأنه الممكن (وإلا) يقدر (فليشهد) رجلين أو رجلا وامرأتين بل أو واحدا ليحلف معه كما مر في البيع (على الطلب)، ولو قال أشهدت فلانا وفلانا فأنكرا لم يسقط حقه (فإن ترك المقدور عليه منهما) أي التوكيل والإشهاد المذكورين (بطل حقه في الأظهر) لتقصيره المشعر بالرضا نعم الغائب يخير بين التوكيل والرفع للحاكم كما أخذ السبكي من كلام البغوي. قال وكذا إذا حضر الشفيع وغاب المشتري وللقادر أيضا أن يوكل ففرضهم التوكيل عند العجز إنما هو لتعيينه حينئذ طريقا، ولو سار بنفسه عقب العلم أو وكل لم يلزمه الإشهاد حينئذ على الطلب بخلاف ما مر في نظيره من الرد بالعيب، لأن تسلط الشفيع على الأخذ بالشفعة أقوى من تسلط المشتري على الرد بالعيب إذ له نقض تصرف المشتري وليس لذاك ذلك ولأن الإشهاد ثم على المقصود وهو الفسخ وهنا على الطلب وهو وسيلة وهي يغتفر فيها ما لا يغتفر في المقصود وإذا كان الفور بالعادة (فإذا كان

في صلاة أو حمام أو طعام فله الإتمام) كالعادة ولا يلزمه
الاقتصار على أقل مجزئ بل له الأكمل بحيث لا يعد
متوانيا ويؤخذ منه أن له ذلك في النافلة المطلقة بهذا
القيد وكذا إن دخل الوقت، وإن لم يشرع فله الشروع وله
التأخير ليلا حتى يصبح ما لم يأمن في الذهاب إليه ليلا،
ولو ادعى تأخير العذر فإن علم قيام أصل العذر به <ص: 80>
صدق، وإلا صدق المشتري.

(ولو أصر الطلب وقال لم أصدق المخبر لم يعذر إن أخبره
عدلان) أو رجل وامرأتان بصفة العدالة، لأنه كان من حقه
أن يعتمد ذلك نعم الأوجه تصديقه في الجهل بعدالتهما إن
أمكن خفاء ذلك عليه، ولو كانا عدلين عنده لا عند الحاكم
عذر على ما قاله السبكي لكن نظر فيه غيره، ولو أخبره
مستوران عذر كما بحثه شارح (كذا ثقة في الأصح)، ولو
أمة، لأنه إخبار (ويعذر إن أخبره من لا يقبل خبره) لعذره
بخلاف من يقبل كعدد التواتر ولو كفارا، لأنهم أولى من
العدلين لإفادة خبرهم العلم هذا كله ظاهرا أما باطنا
فالعبرة في غير العدل عنده بمن يقع في نفسه صدقه
وكذبه. (ولو أخبر بالبيع بألف) أو جنس أو نوع أو وصف أو
أن المبيع قدره كذا أو أن البيع من فلان أو أن البائع
اثنان أو واحد (فترك) الأخذ (فبان بخمسائة) أو بغير
الجنس أو النوع أو الوصف أو القدر الذي أخبر به أو أن
البيع من غير فلان أو أن البائع أكثر أو أقل مما أخبر به
(بقي حقه)، لأنه إنما تركه لغرض بان خلافه ولم يتركه
رغبة عنه (وإن بان بأكثر) من ألف (بطل) حقه، لأنه إذا لم
يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى وكذا لو أخبر بمؤجل فعفا
فبان حالا، لأن عفوه يدل على عدم رغبته لما مر أن له
التأخير إلى الحلول. (ولو لقي المشتري فسلم عليه أو)
<ص: 81> هي بمعنى الواو إذ لا يضر الجمع بينهما (قال)
له (بارك الله في صفقتك لم يبطل) حقه أو شفيعته، لأن
السلام قبل الكلام سنة أي أصالة فلا يرد كونه لا يسن
السلام عليه لنحو فسقه وبدعته ولأن له غرضا صحيحا في
الدعاء بذلك ليأخذ صفقة مباركة (وفي الدعاء وجه) أن
الشفعة تبطل به لإشعاره بتقرير الشقص في يده ومحل
هذا الوجه إن زاد لك كما قاله الإسنوي. (ولو باع الشفيع
حصته) كلها (جاهلا بالشفعة فالأصح بطلانها) لزوال سببها
بخلاف بيع البعض أما إذا علم فتبطل جزما، وإن كان إنما

باع بعض حصته كما لو عفا عن البعض، وكذا لو باع بشرط الخيار حيث انتقل الملك عنه، لأن ملكه العائد متأخر عن ملك المشتري.

كتاب القراض

من القرض أي القطع، لأن المالك قطع له قطعة من ماله ليتصرف فيها ومن الربح. والأصل فيه الإجماع وروى أبو نعيم وغيره {أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضي الله عنها قبل أن يتزوجها بنحو شهرين وسنه إذ ذاك نحو خمس وعشرين سنة بمالها إلى بصرى الشام وأنفذت معه <ص: 82> عبدها ميسرة وهو قبل النبوة} فكان وجه الدليل فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكاه مقررا له بعدها وهو قياس المساقاة بجامع أن في كل العمل في شيء ببعض نمائه مع جهالة العوض ولذا اتحدا في أكثر الأحكام وكان قضية ذلك تقديمها عليه وكان عكسهم لذلك إنما هو، لأنه أكثر وأشهر وأيضا فهي تشبه الإجارة أيضا في اللزوم والتأقيت فتوسطت بينهما إشعارا بما فيها من الشبهين وهو رخصة لخروجه عن قياس الإجازات كما أنها كذلك لخروجها عن بيع ما لم يخلق (القراض) وهو لغة أهل الحجاز (والمضاربة) وهو لغة أهل العراق، لأن كلا يضرب بسهم من الربح ولأن فيه سفرا وهو يسمى ضربا أي موضوعهما الشرعي هو العقد المشتمل على توكيل المالك الآخر وعلى (أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك) بينهما فخرج ليدفع مقارضته على دين عليه أو على غيره وقوله بع هذا وقارضتك على ثمنه واشترت شبكة واصطد بها فلا يصح نعم يصح البيع وله أجره المثل، وكذا العمل إن عمل والصيد في الأخيرة للعامل وعليه أجره الشبكة التي لم يملكها كالمغصوبة ويذكر الربح الوكيل والعبد المأذون وأركانه ستة عاقدان وعمل وربح ومال وصيغة وستعلم كلها كأكثر شروطها من كلامه.

(ويشترط لصحته كون المال دراهم أو) هي مانعة خلو لا جمع (دنابير خالصة) بإجماع الصحابة ولأنه عقد غرر لعدم انضباط العمل <ص: 83> والوثوق بالربح جوز للحاجة فاختص بما يروج غالبا وهو النقد المضروب، لأنه ثمن الأشياء ويجوز عليه، وإن أبطله السلطان كما بحثه ابن

الرفعة ونظر فيه الأذرعى إذا عز وجوده أو خيف عزته عند المعاملة ويجب أن الغالب مع ذلك تيسر الاستبدال به (فلا يجوز على تبر) وهو ذهب أو فضة لم يضرب سواء القراضة وغيرها وتسمية الفضة تبراً تغليب (وحلي) وسبائك لاختلاف قيمتها (ومغشوش)، وإن راج وعلم قدر غشه واستهلك وجاز التعامل به وقيل يجوز عليه إن استهلك غشه وجزم به الجرجاني وقيل: إن راج واقتضى كلامهما في الشركة تصحيحه واختاره السبكي وغيره (وعروض) مثلية أو متقومة لما مر. (و) كونه (معلوما) قدره وجنسه وصفته فلا يجوز على نقد مجهول القدر، وإن أمكن علمه حالا ولا على ألف، ولو علم جنسه أو قدره أو صفته في المجلس <ص: 84> ولو قارضه على ألف من نقد كذا ثم عينها في المجلس صح فإذا قلت ظاهر قولهم عن الشرح الصغير وغيره لو قارضه على دراهم غير معينة ثم عينها في المجلس صح خلافا للبغي أنه لا يحتاج لقوله من نقد كذا قلت بل لا بد منه بدليل تعليلهم للصحة بالقياس على ما في الصرف والسلم والذي فيهما أن الألف معلومة القدر والصفة، ولو قارضه على صرة معينة بالوصف غائبة عن المجلس صح على ما رجحه السبكي أنه لا يشترط هنا الرؤية، لأنه توكيل وهو متجه.

وإطلاق الماوردي منعه في الغائب يحمل على غائب مجهول بعض صفاته على أن مما يضعفه أنه جعل ذلك علة للمنع في الدين وقد صرحوا بصحته في الدين على العامل كما يأتي (معينا) فيمتنع على منفعة ودين له في ذمة الغير وعلى إحدى الصرتين نعم لو قارضه على ألف درهم مثلا في ذمته ثم عينها في المجلس وقبضها المالك جاز خلافا لجمع كالصرف والسلم بخلاف ما في ذمة الغير فإنه لا يصح مطلقا كما هو ظاهر كلامهم، لأنه غير قادر عليه حالة العقد ف وقعت الصيغة باطلة من أصلها ولم ينظر لتعيينه في المجلس ولا ينافيه قول شيخنا يصح القراض <ص: 85> مع غير الوديع والغاصب بشرطه كما هو ظاهر. ا هـ، لأن القدرة على العين أقوى منها على الدين ولو خلط ألفين له بألف لغيره ثم قال له قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر جاز، وإن لم تتعين ألف القراض وينفرد العامل بالتصرف فيه ويشتركان في التصرف في الباقي، ولو قارضه على ألفين على أن له

من أحدهما نصف الربح ومن الآخر ثلثه صح إن عين كلا منهما، وإلا فلا وفي الجواهر في ذلك كلام كالمتناقض فليحمل علي هذا التفصيل قيل هنا لو أعطاه ألفا وقال اضمم إليه ألفا من عندك والربح بيننا سواء صح. اهـ وظاهره صحة ذلك قراضا وليس مرادا بل إذا خلطه بألفه صار مشتركا فيأتي فيه أحكام الشركة كما هو واضح (وقيل يجوز على إحدى الصرتين) إن علم ما فيهما وتساويا جنسا وقدرا وصفة فيتصرف العامل في أيهما شاء فيتعين للقراض، والأصح المنع لعدم التعيين كالبيع نعم إن عين إحداها في المجلس صح بشرط علم عين ما فيها كما هو ظاهر ويفرق بين هذا وما مر في العلم بنحو القدر في المجلس بأن الإبهام هنا أخف لتعيين الصرتين وإنما الإبهام في المرادة منهما بخلافه فيما مر وقضية ما ذكر في تعيين إحدى الصرتين صحته فيما لو أعطاه ألفين وقال قارضتك على أحدهما ثم عينه في المجلس وهو ما اعتمده ابن المقري في بعض كتبه ومال شيخنا في شرح الروض إلى فساده قال لفساد الصيغة ويرده ما في نسخ شرح المنهج المعتمدة أنه لو علم في المجلس عين إحدى الصرتين صح ولا فرق بين أحد الألفين وإحدى الصرتين فالأوجه ما قاله ابن المقري وضبط بخطه الصرتين بتشديد الراء. (و) كونه (مسلمًا إلى العامل) بحيث يستقل باليد عليه وليس المراد تسليمه حالة العقد ولا في المجلس بل أن لا يشترط عدم تسليمه كما أفاده قوله (فلا يجوز بشرط كون المال في يد المالك) ولا غيره، لأنه قد لا يجده عند الحاجة.

(و) يشترط أيضا استقلال العامل بالتصرف فحينئذ (لا) يجوز شرط (عمله) أي المالك ومثله غيره (معه)، لأنه ينافي مقتضاه من استقلال العامل بالعمل <ص: 86> (ويجوز شرط عمل غلام المالك) أي قنه أو المملوكة منفعته له المعلوم بالمشاهدة أو الوصف (معه) سواء أكان الشارط العامل أم المالك ولم يجعل له يدا ولا تصرفا (على الصحيح) كالمساقاة، لأنها من جملة ماله فجاز استتباع بقية المال لعلمه ومن ثم لو شرط عليه الحجر للغلام أو كون بعض المال في يده فسد قطعا ويجوز شرط نفقته عليه ولا يشترط تقديرها اكتفاء بالعرف في ذلك أخذا مما ذكره في عامل المساقاة. (ووظيفة العامل التجارة) وهي

هنا الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرفة كالطحن والخبز فإن فاعلها يسمى محترفا لا تاجرا وفي الجواهر عن الروياني في خذ هذه الدراهم وابتع بها والربح بيننا نصفين أنه لا يصح بخلاف خذها واعمل فيها لاقتضاء العمل المبيع ولا عكس. اهـ واعترض بما فيها أيضا أنه لو تعرض في الإيجاب للشراء دون البيع صح وهو ظاهر (وتوابعها كنشر الثياب وطبها) وذرعها وجعلها في الوعاء ووزن الخفيف وقبض الثمن وحمله لقتضاء العرف بذلك (فلو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز أو غزلا ينسجه ويبيعه) أي كلا <ص: 87> منها (فسد القراض)، لأنه شرع رخصة للحاجة وهذه مضبوطة بتيسر الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة نعم بحث ابن الرفعة جواز شرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك من مال القراض ويكون حظه التصرف فقط ونازع فيه الأذرعي بقول القاضي لو قارضه على أن يشتري الحنطة ويخزنها إلى ارتفاع السعر فيبيعها لم يصح، لأن الربح ليس حاصلًا من جهة التصرف.

(ولا يجوز أن يشترط عليه شراء متاع معين) كهذه السلعة (أو نوع يندر وجوده) كالياقوت الأحمر (أو معاملة شخص) كالبيع من زيد والشراء منه، لأن في ذلك تضيقا لمظان الربح ويظهر في الأشخاص المعينين أنهم إن كانوا بحيث تقضي العادة بالربح معهم لم يضر، وإلا ضرر وفي الحاوي يضر تعيين حانوت كعرض معين لا سوق كنوع عام ولا يضر تعيين غير نادر لم يدم كفاكهة رطبة. (ولا يشترط بيان نوع هنا وفارق ما مر في الوكيل بأن للعامل حظًا يحمله على بذل الجهد بخلاف الوكيل ولا بيان (مدة القراض)، لأن الربح ليس له وقت معلوم وبه فارق وجوب تعيينها في المساقاة (فلو ذكر) له (مدة) على جهة تأقيته بها كسنة فسد مطلقا سواء أسكت أم منعه التصرف بعدها أم البيع أم الشراء، لأن تلك المدة قد لا يروج فيها شيء، وإن ذكرها لا على جهة التأقيت (ومنعه التصرف بعدها) كقوله قارضتك على كذا ولا تتصرف بعد سنة (فسد) <ص: 88> لأنه قد لا يجد لها راغبا في شراء ما عنده من العرض (وإن منعه الشراء بعدها) دون البيع بأن صرح له بجوازه (فلا) يفسد (في الأصح) لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعدها بخلاف المنع من البيع ويشترط اتساع تلك المدة لشراء مربح عادة لا كساعة أما إذا

سكت عن البيع فقضية كلام الروضة وأصلها الجزم بالفساد وجرى عليه في الكفاية لكن اختار في المطلب الصحة وهي مفهوم المتن وأصله وغيرهما والذي يتجه الأول، لأن تعيين المدة يقتضي منع البيع بعدها فاحتاج للنص على فعله، ولم يكتف في ذلك بأن المفهوم من منع الشراء عدم المنع من البيع وكما لا يجوز تأقيته لا يجوز تعليقه ولا تنجيزه وتعليق التصرف لمنافاته غرض الربح وبه فارق نظيره في الوكالة.

(ويشترط اختصاصهما بالربح) فيمتنع شرط بعضه لثالث إلا أن يشترط عليه العمل معه فيكون قراضا بين اثنين نعم شرطه لقن أحدهما كشرطه لسيدته (واشتراكهما فيه) ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله قيل لا حاجة لهذا، لأنه يلزم من اختصاصهما به أنه ويرد بمنع اللزوم لاحتمال أن يراد باختصاصهما به أن لا يخرج عنهما، وإن استأثر به أحدهما فتعين ذكر الاشتراك لزوال ذلك الإيهام. (فلو قال قارضتك على أن كل الربح لك فقراض فاسد)، لأنه خلاف مقتضى العقد وله أجره المثل، لأنه عمل طامعا ومن ثم اتجه أنه لو علم الفساد وأن لا شيء له لم يستحق شيئا، لأنه غير طامع حينئذ <ص: 89> (وقيل) هو (قراض صحيح) نظرا للمعنى (وإن قال كله لي فقراض فاسد) لما ذكر ولا أجره له، وإن علم الفساد أي وأنه لا أجره له فيما يظهر، لأنه لم يطمع في شيء (وقيل) هو (إبضاع) نظرا للمعنى أيضا والإبضاع بعث المال مع من يتجر له به تبرعا والبضاعة المال المبعوث وعلم من إثباتهم أجره المثل تارة ونفيها أخرى صحة تصرفه وهو نظير ما مر في الوكالة الفاسدة لعموم الإذن (وكونه معلوما بالجزئية فلو) لم يعلم أصلا كأن (قال) قارضتك (على أن لك فيه شركة أو نصيبا فسد) لما فيه من الغرر (أو) على أن الربح (بيننا فالأصح الصحة ويكون نصفين) كما لو قال هذا بيني وبين فلان إذ المتبادر من ذلك عرفا المناصفة (ولو قال لي النصف) وسكت عما للعامل (فسد في الأصح) لانصراف الربح للمالك أصالة، لأنه نماء ماله دون العامل فصار كله مختصا بالمالك (وإن قال لك النصف) وسكت عن جانبه (صح على الصحيح) لانصراف ما لم يشترط للمالك بمقتضى الأصل المذكور وإسناد كل ما ذكر للمالك مثال فلو صدر من العامل شرط مشتمل على شيء مما ذكر فكذلك كما هو ظاهر (ولو) علم لكن

لا بالجزئية كأن (شرط لأحدهما عشرة) بفتح أوليه (أو ربح صنف) كالرقيق أو ربح نصف المال أو ربح أحد الألفين تميز أم لا (فسد) القرض سواء أجعل الباقي للآخر أم بينهما، لأن الربح قد ينحصر في العشرة أو ذلك الصنف مثلا فيختص به أحدهما وهو مفسد

(فصل). في بيان الصيغة وما يشترط في العاقدين وذكر بعض أحكام القراض (يشترط) لصحة القراض أيضا (إيجاب) كقارضتك وضارتك وعاملتك وخذ هذه الدراهم واتجر فيها أو بع واشتر على أن الربح بيننا فإن اقتصر على بع أو اشتر فسد ولا شيء له <ص: 90> لأنه لم يذكر له مطمعا (وقبول) بلفظ متصل كالبيع وأراد بالشرط ما لا بد منه، لأن هذين ركنان (وقيل يكفي) في صيغة الأمر كخذ هذه واتجر فيها (القبول بالفعل) كما في الوكالة والجعالة، ورد بأنه عقد معاوضة يختص بمعين فلا يشبه ذينك (وشرطهما) أي المالك والعامل (كوكيل وموكل)، لأن المالك كالموكل والعامل كالوكيل فلا يصح إذا كان أحدهما محجورا أو عبدا أذن له في التجارة أو المالك مفلسا أو العامل أعمى ويصح من ولي في مال محجور لمن يجوز إيداعه عنده وله أن يشترط له أكثر من أجره المثل إن لم يجد كافيا غيره. (ولو قارض العامل آخر بإذن المالك ليشركه في العمل والربح لم يجز) أي لم يحل ولم يصح (في الأصح)، لأنه خلاف موضوع القراض الخارج عن القياس، لأن أحدهما مالك لا عمل له والآخر عامل لا مال له فلا يعدل إلى أن يعقده عاملان أي ولا نظر إلى أن العامل الأول وكيل عن المالك فهو العاقد حقيقة، لأن ذلك لا يتم مع بقاء ولاية العامل، غاية الأمر أن الثاني يصير كالنائب عنهما وهو خلاف موضوع العقد كما تقرر بل مع خروجه من البين لتمحض فعله حينئذ لوقوعه عن جهة الوكالة ومن ثم احترزوا بيشركه عما إذا أذن له في ذلك لينسخ من البين ويكون وكيفا فيه فيصح. قال ابن الرفعة: بشرط أن يكون المال نقدا خالصا حينئذ أي، لأنه ابتداء قراض وإذن المالك له في ذلك يتضمن عزله، وإن لم يفعل ما أذن له فيه على الأوجه (و) مقارضته آخر (بغير إذنه) أي المالك تصرف <ص: 91> (فاسد) لما فيه من الافتيات وعبر ثم بلم يجز وهنا بفاسد تفتنا ولا يؤثر فيه

إفادة الأول حكمين الحرمة والفساد والثاني الثاني فقط لما هو مشهور أن تعاطي العقد الفاسد حرام ولا تميز الفساد ثم بحكاية الخلاف فيه، لأن هذا أمر خارج عن اللفظ الذي هو محل التفنن لا غير فاستويا حينئذ (فإن تصرف الثاني) في المسألة الأولى صح تصرفه مطلقا فيما يظهر لعموم الإذن والفساد إنما هو خصوصه فهو نظير ما مر في الوكالة الفاسدة ولا شيء له في الربح بل إن طمعه المالك لزمه أجره مثله، وإلا فلا ولا شيء له على العامل فيما يظهر أيضا أو في المسألة الثانية (فتصرف غاصب)، لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل (فإن اشترى في الذمة) للأول ونقد الثمن من مال القراض وبيع (وقلنا بالجديد) المقرر في المذهب الظاهر عند من له أدنى إمام به وهو أن الربح لغاصب اشترى في الذمة ونقد من المغصوب لصحة شرائه وإنما الفساد تسليمه فيضمن ما سلمه وبما قرره اندفع ما قيل لم يتقدم لهذا الجديد ذكر في الكتاب فلا تحسن الإحالة عليه (فالربح) كله (للعامل الأول في الأصح)، لأن الثاني تصرف له بإذنه فأشبه الوكيل (وعليه للثاني أجرته)، لأنه لم يعمل مجانا. (وقيل هو للثاني) جميعه <ص: 92> واختير، لأنه لم يتصرف بإذن المالك فأشبه الغاصب أما لو اشترى في الذمة لنفسه فيقع لنفسه (وإن اشترى بعين مال القراض فباطل) شراؤه، لأنه شراء فضولي (ويجوز أن يقارض) المالك (الواحد اثنين متفاضلا) حظهما من الربح ويجب تعيين أكثرهما (ومتساويا)، لأن عقده معهما كعقدين، وإن شرط على كل مراجعة الآخر لم يضر خلافا فلما أطال به البلقيني، لأنها بمثابة عامل واحد فلم يناف ما مر من اشتراط استقلال العامل ولا قولهم لو شرط عليه مشرفا لم يصح. (و) يجوز أن يقارض (الاثنان واحدا)، لأنه كعقدين ويشترط فيما إذا تفاوتتا فيما شرط له أن يعين من له الأكثر (والربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال)، وإلا فسد لما فيه من شرط بعض الربح لمن ليس بمالك ولا عامل.

(وإذا فسد القراض) وبقي الإذن لنحو فوات شرط ككونه غير نقد والمقارض مالك (نفذ تصرف العامل) نظرا لبقاء الإذن كما في الوكالة الفاسدة أما إذا فسد لعدم أهلية العاقد أو والمقارض ولي أو وكيل فلا ينفذ تصرفه (والربح)

كله (للمالك)، لأنه نماء ملكه وعليه الخسران أيضا (وعليه للعامل أجره مثل عمله)، وإن لم يحصل ربح، لأنه عمل طامعا في المسمى ولم يسلم له نعم إن علم الفساد وأنه لا أجره له فلا شيء له كما هو ظاهر نظير ما مر، وكذا إذا اشترى في الذمة ونوى نفسه، لأن الربح يقع له فلم يستحق على المالك شيئا (إلا إذا قال قارضتك وجميع الربح لي فلا شيء له في الأصح)، لأنه لم يطمع في شيء نعم إن جهل ذلك بأن ظن أن هذا لا يقطع حقه من الربح أو الأجرة وشهد حاله بجهله بذلك استحق أجره المثل فيما يظهر (ويتصرف العامل محتاطا <ص: 93> لا بغبن) فاحش في نحو بيع أو شراء (ولا نسيئة في ذلك للغرر ولأنه قد يتلف رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك (بلا إذن) بخلاف ما إذا أذن كالوكيل ومن ثم جرى هنا في قدر النسيئة وإطلاقها في البيع ما مر ثم نعم منع الماوردي البيع والشراء سلما، لأنه أكثر غررا قال فإن أذن له في البيع سلما جاز أو البيع سلما لم يجز، لأن الشراء أحظ. اه وفيه نظر ظاهر ويجب الإشهاد، وإلا ضمن بخلاف الحال، لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ومتى أذن في التسليم قبل قبض الثمن لم يجب إشهاد. والمراد بالإشهاد الواجب كما رجحه ابن الرفعة أن لا يسلم المبيع حتى يشهد شاهدين على إقراره بالعقد قال الإسنوي أو واحدا ثقة. اه وقضية كلام ابن الرفعة أنه لا يلزمه الإشهاد على العقد وقد يوجه بأنه قد يتيسر له البيع بربح بدون شاهدين، ولو أقر إليهما فات ذلك فجاز له العقد بدونها ولزمه الإشهاد عند التسليم. (وله البيع)، وكذا الشراء كما قال جمع متقدمون (بعرض)، ولو بلا إذن، لأن الغرض الربح وقد يكون فيه وبه فارق الوكيل وقضيته أن له البيع بنقد غير نقد البلد لكن منعه العراقيون وبه جزما في الشركة وفرق السبكي بأن نقد غير البلد <ص: 94> لا يروج فيها بخلاف العرض. (وله) قال الإسنوي بل عليه (الرد بعيب) حال كون الرد بناء على مذهب سيبويه وليس ضعيفا خلافا لمن زعمه ويصح كونه حالا من ضمير الظرف وزعم أنه إذا تقدم لا يتحمل ضميرا - مردود (تقتضيه) ويصح كونه صفة للرد إذ تعريفه للجنس وهو كالنكرة نحو {وآية لهم الليل نسلخ منه النهار} (مصلحة)، وإن رضي به المالك، لأن له حقا في المال بخلاف الوكيل (فإن اقتضت)

المصلحة (الإمساك فلا) يردده (في الأصح) لإخلاله بمقصود العقد فإن استويا جاز له الرد قطعا (وللمالك الرد) حيث يجوز للعامل وأولى، لأنه مالك الأصل ثم إن كان الشراء بالعين رده على البائع ونقض البيع أو في الذمة صرفه للعامل وفي وقوعه له التفصيل السابق في الوكيل بين أن يسميه في العقد ويصدقه البائع وأن لا (فإن اختلفا) أي المالك والعامل في الرد والإمساك أي لاختلافهما في المصلحة (عمل) من جهة الحاكم أو المحكم (بالمصلحة) الثابتة عنده، لأن كلا منهما له حق فإن استوى الإمساك والرد فيها رجع لاختيار العامل كما بحثه ابن الرفعة لتمكنه من شراء المعيب بقيمته أي فكان جانبه هنا أقوى.

(ولا يعامل المالك) بمال القراض أي لا يبيعه إياه، لأنه يؤدي إلى بيع ماله بماله بخلاف شرائه له منه بعين أو دين فإنه لا محذور فيه لتضمنه فسخ القراض ومن ثم لو اشتراه منه بشرط بقاء القراض بطل خلافا لمن أوهم الصحة مطلقا، ولو كان له عاملان مستقلان فهل لأحدهما معاملة الآخر وجهان <ص: 95> وقضية المتن الجواز لكن رجع بعضهم عدمه ووجهه ظاهر. (ولا يشتري للقراض) بغير جنس رأس ماله فإن كان ذهباً ووجد سلعة تباع بدراهم باع الذهب بدراهم ثم اشترى بها السلعة ولا ثمن المثل ما لا يرجو ربحه أي أبداً أو مدة طويلة عرفاً بحيث يشق بقاءه إليها فيما يظهر ولا (بأكثر من رأس المال) والربح بغير إذن المال إذ ظاهر المتن عود بغير إذنه إلى هذه أيضاً وهو متجه، وإن قال الأذرعى: لم أره نصاً وذلك، لأن المالك <ص: 96> لم يرض به فإن فعل فسيأتي (ولا من يعتق على المالك) لكونه بعضه أو أقر أو شهد ولم يقبل بحريته أو مستولده وبيعت لنحو رهن (بغير إذنه)، لأن القصد الربح وهذا خسران فإن أذن صح ثم إن لم يكن في المال ربح عتق على المال، وكذا إن كان في ربح فيعتق على المالك ويغرم نصيب العامل من الربح، ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض فكذلك (، وكذا زوجه) أي المالك الذكر أو الأنثى لا يشتريه بغير إذنه (في الأصح) لإضرار المالك بانفساخ نكاحه أما لو اشترى العامل من يعتق عليه وزوجه فإن كان بالعين ولا ربح لم يعتق عليه ولم يفسخ النكاح، وكذا إن كان في الذمة واشترى للقراض (ولو فعل) ما منع منه من نحو الشراء بأكثر من

رأس المال وشراء نحو بعض المالك وزوجه (لم يقع للمالك ويقع للعامل إن اشترى في الذمة) وإن صرح بالسفارة لما مر في الوكالة أما إذا اشترى بالعين فيبطل التصرف من أصله. (ولا يسافر بالمال بلا إذن) <ص: 97> وإن قرب السفر وانتفى الخوف والمؤنة، لأن السفر مظنة الخطر فيضمن به ويأثم ومع ذلك القراض باق بحاله سواء أسافر بعين المال أو العروض التي اشتراها به خلافا للماوردي وقد قال الإمام لو خلط مال القراض بماله ضمن ولم يعزل ثم إذا باع فيما سافر إليه وهو أكثر قيمة مما سافر منه أو استويا صح البيع للقراض أو أقل قيمة بما لا يتغابن به لم يصح أما بالإذن فيجوز نعم لا يستفيد ركوب البحر إلا بالنص عليه أو الإذن في بلد لا يسلك إليها إلا فيه وألحق به الأذرعى الأنهار إذا زاد خطرهما على خطر البر ثم إن عين له بلدا فلذاك، وإلا تعين ما اعتاد أهل بلد القراض السفر إليه منه. (ولا ينفق) العامل وأراد بالنفقة ما يعم سائر المؤن (منه) أي من مال القراض (على نفسه حضرا) عملا بالعرف فإن شرط ذلك في العقد فسد (، وكذا سفرا) في الأظهر، لأن النفقة قد تستغرق الربح وزيادة (وعليه فعل ما يعتاد) عند التجار فعل التاجر له بنفسه (كطي الثوب ووزن الخفيف)، وإن لم يعتد فرفعه متعين (كذهب ومسك) لقضاء العرف به (لا الأمتعة الثقيلة) فليس عليه وزنها (ونحوه) بالرفع بضبطه أي نحو وزنها كمنقلها من الخان إلى الدكان لتعارف الاستتجار لذلك ويصح جر ما بعد " لا " عطفا على الخفيف وعلى هذا رفع نحوه أولى أيضا، وإلا أوهم عطفه على الأمتعة الثقيلة وهو فاسد إذ لا نحو لها. (وما لا يلزمه) من العمل (له الاستتجار عليه) من مال القراض، لأنه من تنمة التجارة ومصالحها، ولو تولاه بنفسه <ص: 98> فلا أجره له وما يلزمه عمله إن استؤجر عليه تكون الأجرة من ماله وما يأخذه الرصدي والمكاس يحسب من مال القراض كما قاله الماوردي

(تنبيه) قد يقال في كلامه تكرر فإن ما أفاده قوله وعليه إلخ يفيد قوله السابق وتوابعها كنشر الثياب وطبها وقد يجاب بأنه ذكره هنا للتصريح باللزوم ولبیان أنه لا يستأجر عليه من مال القراض المعلوم منه أنه لا أجره له في مقابلته وهذا لا يستفاد من ذاك لجواز أخذ الأجرة في

مقابلة الواجب، وإن تعين كتعليم الفاتحة وأيضا بين بهذا أن التوابع منها ما يعتاد وغيره وأن كليهما إذا خف عليه ففيه فائدة لا تعرف من ذاك لإيهامه أن التوابع هي المعتادة فقط.

(والأظهر أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور) إذ لو ملك به لشارك في المال فيكون النقص الحادث بعد ذلك محسوبا عليهما وليس كذلك بل الربح وقاية لرأس المال وبه فارق ملك عامل المساقاة حصته من الثمر بالظهور لتعيينه خارجا فلم يجبر به نقص النخل وعلى الأول له بالظهور فيه حق مؤكد فيورث عنه ويتقدم به على الغرماء ويصح إعراضه عنه ويغرمه المالك بإتلافه للمال أو استرداده ومع ملكه بالقسمة لا يستقر ملكه إلا إذا وقعت بعد الفسخ والنضوض الآتي وإلا جبر به خسران حدث بعدها ويستقر نصيبه أيضا بنضوض المال مع ارتفاع العقد من غير قسمة ولا ترد هذه على المتن خلافا لمن زعمه، لأن كلامه في مجرد الملك الذي وقع الخلاف في حصوله بماذا ومر آخر زكاة التجارة حكم زكاة مال القراض.

(وثمار الشجر والنتاج وكسب الرقيق والمهر) على من وطئ أمة للقراض بشبهة منها <ص: 99> ولو العامل وسائر الزوائد العينية (الحاصلة) بالرفع (من مال القراض) بغير تصرف العامل (يفوز بها المالك)، لأنها ليست من فوائد التجارة وخرج بالحاصلة من ذلك الظاهر في حدوثها منه ما لو اشترى حيوانا حاملا أو شجرا عليه ثمر لم يؤبر فإن الأوجه أن الثمرة والولد مال قراض (وقيل) كل ما حصل من هذه الفوائد (مال قراض)، لأنها بسبب شراء العامل لأصلها ولا يؤيده ما مر في زكاة التجارة أن الثمرة والنتاج مال تجارة، لأن المعتبر فيما يزكى كونه من عين النصاب وهذان كذلك وهنا كونه بحذق العامل وهذان ونحوهما ليست كذلك

(والنقص الحاصل بالرخص) أو بعيب كمرض حادث (محسوب من الربح ما أمكن ومجبور به)، لأنه المتعارف (، وكذا لو تلف بعضه بأفة) سماوية (أو غصب أو سرقة) وتعذر أخذ بدله (بعد تصرف العامل في الأصح)، لأنه نقص حصل فأشبهه نقص العيب والمرض أما لو أخذ بدل المغصوب أو المسروق فيستمر القراض فيه وله المخاصمة

فيه إن ظهر في المال ربح وخرج ببعضه نحو تلف كله فإن القراض يرتفع ما لم يتلفه أجنبي ويؤخذ بدله أو العامل ويقبض المالك منه بدله ثم يرد إليه كما بحثاه وسبقهما إليه المتولي وقال الإمام يرتفع مطلقا >ص: 100< وعليه ففارق الأجنبي بأن للعامل الفسخ فجعل إتلافه فسحا كالمالك بخلاف الأجنبي وفيما إذا أتلفه المالك يفسخ مطلقا ويستقر عليه نصيب العامل (وإن تلف) بعض المال (قبل تصرفه) فيه (ف) يحسب (من رأس المال في الأصح) ولا يجبر به، لأن العقد لم يتأكد بالعمل

(فصل). في بيان أن القراض جائز من الطرفين. والاستيفاء والاسترداد وحكم اختلافهما وما يقبل فيه قول العامل (لكل) من المالك والعامل (فسخه) متى شاء، ولو في غيبة الآخر، لأنه وكالة ابتداء وشركة وجعالة انتهاء ويحصل بقول المالك فسخته أو لا تتصرف أي حيث لا غرض فيما يظهر أخذا مما يأتي في الإنكار وباسترجاعه المال فإن استرجع بعضه ففيما استرجعه وبإنكاره له حيث لا غرض، وإلا فلا كالوكالة، وعليه يحمل تخالف الروضة وأصلها (ولو مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه انفسخ) نظير ما مر في الشركة وللعامل >ص: 101< البيع والاستيفاء بعد موت المالك من غير إذن وارثه وليس لوارث عامل مات إلا بإذن المالك وكان الفرق أن بيع العامل واستيفاءه من لوازم عقده فلم يمنعها موت المالك بخلاف وارثه نعم يظهر تقييد جواز بيعه بما إذا رجي فيه ظهور ربح أخذا مما يأتي. (ويلزم العامل)، وإن لم يكن ربح (الاستيفاء) لديون التجارة أي لرأس المال منها فقط كما اعتمده الإسنوي وغيره لتصريحهم في العروض بأنه لا يلزمه إلا تنضيض رأس المال فقط مع قياسهم مسألة الدين عليها لكن اعتمد ابن الرفعة ما اقتضاه المتن كالروضة وأصلها أنه يلزمه استيفاء الربح أيضا وتبعه السبكي وفرق بين هذا والتنضيض بأن القراض مستلزم لشراء العروض والمالية فيه محققة لكونه حاصلًا بيده فاكتفى بتنضيض قدر رأس المال فقط (إذا فسخ أحدهما) أو انفسخ، لأن الدين ناقص وقد أخذ منه ملكا تاما فليرد كما أخذ (وتنضيض رأس المال إن كان) ما بيده عند الفسخ (عرضا) أو نقدا غير صفة رأس المال أي بيعه بالناض وهو

نقد البلد الموافق لرأس المال وإن أبطله السلطان، وإلا باع بالأغبط منه ومن جنس رأس المال فإن باع بغير جنسه حصل به جنسه وإنما يلزمه استيفاء ما ذكر وتنضيضه إن طلبه المالك أو كان لمحجور عليه وحظه في ذلك ولا يمتنع بمنع المالك إن توقع ربها بظهور راغب ما لم يقل له نقتسم بتقويم عدلين أو أعطيك نصيبك من الربح ناضاً <ص: 102> ولم يزد راغب وخرج برأس المال الربح، لأنه مشترك بينهما فلا يكلف أحدهما بيعه نعم إن توقف تنضيض رأس المال عليه بأن كان بيع بعضه ينقص قيمته كعبد وجب بيع الكل كما بحثه في المطلب (وقيل لا يلزمه التنضيض إن لم يكن ربح)، لأنه لا يحسن تكليفه العمل إلا لفائدة له ويرد بأنه وطن نفسه على ذلك مطلقاً. (ولو استرد المالك بعضه) أي مال القراض (قبل ظهور ربح وخسران رجع رأس المال إلى الباقي)، لأنه لم يترك في يده غيره (وإن استرد) المالك بعضه بغير رضا العامل أو برضاه وصرحاً بالإشاعة أو أطلقاً (بعد الربح فالمسترد شائع ربحاً ورأس مال) على النسبة الحاصلة من مجموع الربح والأصل، لأنه غير متميز ويستقر ملك العامل على ما خصه من الربح فلا ينفذ تصرف المالك فيه ولا يسقط بخسر وقع بعده (مثاله رأس المال مائة والربح عشرون واسترد عشرين فالربح سدس المال) وهو مشترك بينهما (فيكون المسترد سدسه من الربح) وهو ثلاثة وثلاث (فيستقر للعامل المشروط) له (منه) وهو واحد وثلثان إن شرط له نصف الربح (وباقية من رأس المال) فلو عاد ما في يده إلى ثمانين لم يسقط نصيب العامل بل يأخذ منها واحداً وثلثين ويرد الباقي. واستشكل الإسنوي كابن الرفعة استقلاله بأخذ ذلك بأنه يلزم من شيوع المسترد بقاء نصيبه فيه إن بقي وإلا ففي ذمة المالك فلا يتعلق بالمال إلا بنحو رهن ولم يوجد حتى لو أفلس المالك لم يتقدم به العامل بل يضارب وقد يجاب بأن المالك لما تسلط باسترداد ما علم للعامل فيه جزء مكن العامل من الاستقلال بأخذ مثله ليتكافأ على أن ما في يده لما كان في تصرفه كان له به نوع تعلق يشبه الرهن فتمكن من أخذه حقه منه وخرج بقولي بغير رضا العامل إلى آخره ما لو استرد برضاه فإن قصد الأخذ من رأس المال اختص به أو من الربح اختص به وحينئذ يملك العامل مما في يده

قدر حصته على الإشاعة فإن لم يقصد أحد ذينك حمل على الإشاعة <ص: 103> كما علم مما مر ورجح في المطلب أن نصيب العامل حينئذ قرض للمالك لا هبة (وإن استرد بعد الخسران فالخسران موزع على المسترد والباقي فلا يلزم جبر حصة المسترد لو ربح بعد ذلك، مثاله المال مائة والخسران عشرون ثم استرد عشرين فربح العشرين حصة المسترد ويعود رأس المال إلى خمسة وسبعين)، لأن الخسران إذا وزع على الثمانين خص كل عشرين خمسة فالعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقى ما ذكر فلو ربح بعد قسم بينهما على ما شرطاه. (ويصدق العامل بيمينه في قوله لم أربح) شيئاً أصلاً (أو لم أربح إلا كذا) عملاً بالأصل فيهما، ولو قال ربحت كذا ثم قال غلطت في الحساب أو كذبت لم يقبل، لأنه أقر بحق لغيره فلم يقبل رجوعه عنه نعم له تحليف المالك، وإن لم يذكر شبهة ويقبل قوله بعد خسرت إن احتمل كأن عرض كساد (أو اشتريت هذا للقراض أو لي) والعقد في الذمة، لأنه أعلم بقصده أما لو كان الشراء بعين مال القراض فإنه يقع للقراض، وإن نوى نفسه كما قاله الإمام وجزم به في المطلب، وعليه فتسمع بينة المالك أنه اشتراه بمال القراض لما تقرر أنه مع الشراء بالعين لا ينظر إلى قصده وهو أحد وجهين في الرافي في غير ترجيح ورجح جمع متقدمون مقابله، لأنه قد يشتري به لنفسه متعدياً فلا يصح البيع، وقد يجمع بحمل ما قاله الإمام على ما إذا نوى نفسه ولم يفسخ القراض ومقابله على ما إذا فسخ وحينئذ فالذي يتجه سماع بينة المالك ثم يسأل العامل فإن قال فسخت حكم بفساد الشراء، وإلا فلا (أو لم تنتهي عن شراء كذا) سواء أطلق الإذن له ثم ادعى النهي مطلقاً أو عن شيء مخصوص أم أذن له في شيء معين ثم ادعى أنه نهاه عنه وتصويره بالثاني قاصر بل ظاهر كلامهم أنهما لو اختلفا في عقد القراض هل اشتمل على النهي عن كذا مما لا يفسد شرطه صدق العامل أيضاً <ص: 104> ويشهد له تعليلهم بأن الأصل عدم النهي. (و) يصدق العامل بيمينه أيضاً (في) جنس أو (قدر رأس المال)، وإن كان هناك ربح، لأن الأصل عدم دفع زيادة إليه (و) في (دعوى التلف) على التفصيل الآتي في الوديع، لأنه أمين مثله ومن ثم ضمن بما يضمن به كان خلط مال القراض بما لا

يتميز به ومع ضمانه لا ينعزل كما مر فيقسم الربح على قدر المالكين نعم نص في البويطي واعتمده جمع متقدمون أنه لو أخذ مالا يمكنه القيام به فتلف بعضه ضمنه، لأنه فرط بأخذه وطرد في الوكيل والوديع والوصي. ولو ادعى المالك بعد التلف أنه قرض والعامل أنه قراض حلف العامل كما أفتى به ابن الصلاح كالبغيوي، لأن الأصل عدم الضمان <ص: 105> وخالفهما الزركشي فرجح تصديق المالك وتبعه غير واحد وجمع بعضهم بحمل الأول على ما إذا كان التلف قبل التصرف، لأنهما حينئذ اتفقا على الإذن واختلفا في شغل الذمة والأصل براءتها وحمل الثاني على ما إذا كان بعد التصرف، لأن الأصل في التصرف في مال الغير أنه يضمن ما لم يتحقق خلافه والأصل عدمه أما قبل التلف فيصدق المالك، لأن العامل يدعي عليه الإذن في التصرف وحصته من الربح والأصل عدمهما ولا ينافي ما هنا ما مر آخر العارية من تصديق المالك في الإجارة دون الآخذ في العارية لاتفاقهما ثم على بقاء ملك المالك وإنما اختلفا في أن انتفاعه مضمون والأصل في الانتفاع بملك الغير الضمان ولو أقاما في مسألة القرض والقراض بينتين قدمت بينة المالك على أحد وجهين رجحه أبو زرعة وغيره، لأن معها زيادة علم بانتقال الملك إلى الآخذ وقال بعضهم الحق التعارض أي فيأتي ما مر عند عدم البينة، ولو قال المالك قراضا والآخذ قرضا صدق الآخذ كما جزم به بعضهم وترتبت عليه أحكام القرض وخالفه غيره فقال لو اختلفا في القرض والقراض أو الغصب والأمانة صدق المالك قال البغيوي، ولو ادعى المالك القرض والآخذ الوديعة صدق الآخذ، لأن الأصل عدم الضمان وخالفه في الأنوار فقال في الدعاوى فيما لو أبدله الوديعة بالوكالة صدق المالك <ص: 106> والوكالة والوديعة متحدان، لأن الإيداع توكيل والأوجه ما قاله البغيوي ثم رأيت أبا زرعة بحثه وكأنه لم يطلع عليه وعلاؤه بأن الأصل براءة ذمته والأصل عدم انتقال الملك عن الدافع وعدم الصيغة من الجانبين المشتركة في القرض دون الوديعة ثم استدل بما مر أول القرض أنهما لو اختلفا في ذكر البديل صدق الآخذ ويقول الروضة لو بعث لبيت من لا دين له عليه شيئا ثم قال بعثته بعوض صدق المبعوث إليه وما نحن فيه أولى وإنما صدق مطعم مضطر في أنه بعوض حملا للناس على

هذه المكرمة العظيمة وإبقاء النفوس وأيضا الأصل هنا عدم انتقال الملك بخلافه ثم (، وكذا) يصدق في (دعوى الرد في الأصح) كالوكيل بجعل، لأنه أخذ العين لمنفعة المالك، وانتفاعه هو ليس بها بل بالعمل فيها وبه فارق المرتهن والمستأجر، ولو ادعى تلفا أو ردا ثم أكذب نفسه ثم ادعى أحدهما وأمكن قبل كما لو ادعى الربح ثم أكذب نفسه ثم قال خسرت وأمكن. (ولو اختلفا في المشروط) له أهو النصف أو الثلث مثلا (تحالفا) لاختلافهما في عوض العقد مع اتفاقهما على صحته فأشبهها اختلاف المتبايعين (وله أجره المثل) لتعذر رجوع عمله إليه فوجب له قيمته وهو أجره مثله وللمالك الربح كله ولا يفسخ العقد هنا بالتحالف نظير ما مر في البيع.

كتاب المساقاة

هي معاملة على تعهد شجر بجزء من ثمرته من السقي الذي هو أهم أعمالها. والأصل فيها قبل الإجماع {معاملته صلى الله عليه وسلم يهود خيبر على نخلها وأرضها بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع} رواه الشيخان والحاجة ماسة إليها <ص: 107> والإجارة فيها ضرر بتغريم المالك حالا مع أنه قد لا يطلع شيء، وقد يتهاون الأجير في العمل لأخذه الأجرة وبالغ ابن المنذر في رد مخالفة أبي حنيفة رضي الله عنه فيها ومن ثم خالفه أصحابه وزعم أن المعاملة مع الكفار تحتل الجهالات مردود بأن أهل خيبر كانوا مستأمنين وأركانها ستة عاقدان ومورد وعمل وثمر وصيغة وكلها مع شروطها تعلم من كلامه (تصح من) مالك وعامل (جائز التصرف) وهو الرشيد المختار دون غيره كالقراض (و) تصح (لصبي ومجنون) وسفيه من وليهم (بالولاية) عليهم عند المصلحة للاحتياج إلى ذلك وليت المال من الإمام وللوقف من ناظره، وأفتى ابن الصلاح بصحة إيجار المولى لبياض أرض موليه بأجرة هي مقدار منفعة الأرض وقيمة الثمر ثم مساقاة المستأجر بسهم للمولى من ألف سهم بشرط أن لا يعد ذلك عرفا غبا فاحشا في عقد المساقاة بسبب انضمامه لعقد الإجارة وكونه نقصا مجبور بزيادة الأجرة الموثوق بها ورده البلقيني بما حاصله أنهما صفتان متباينتان فلا تنجبر إحداهما بالأخرى وبه يندفع استشهاد الزركشي له بأن

الولي إذا وجد ما اشتراه للمولي معيبا والغبطة في إبقائه أبقاه، ولو بلا أرش لكن انتصر له أبو زرعة بعد اعتماده له بأنه ما زال يرى عدول النظار والقضاة الفقهاء يفعلون ذلك ويحكمون به وبأنهم اغتفروا الغبن في أحد العقدين لاستدراكه في الآخر لتعين المصلحة فيه المترتب على تركها ضياع الشجر والثمر.

(وموردها النخل والعنب) للنص في النخل وألحق به العنب بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص وتجويز صاحب الخصال لها على فحول النخل مقصودة منظر فيه بأنه ليس في معنى المنصوص عليه وبأنه بناه على اختياره للقديم في قوله (وجوزها القديم في سائر الأشجار المثمرة) <ص: 108> لقوله في الخبر السابق من ثمر أو زرع ولعموم الحاجة واختير والجديد المنع، لأنها رخصة فتختص بموردها وعليه يمتنع في المقل كما صححه المصنف وتصح على أشجار مثمرة تبعا للنخل والعنب إذا كانت بينهما وإن كثرت وشرط بعضهم تعذر أفرادها بالسقي نظير المزارعة وعليه فيأتي هنا جميع ما يأتي ثم من اتحاد العامل وما بعده ويشترط رؤية المساقى عليه وتعيينه فلا يصح على غير مرئي ولا على مبهم كأحد الحديقتين ولا يأتي فيه خلاف إحدى الصورتين السابق للزوم المساقاة. (ولا تصح المخابرة) قيل باتفاق المذاهب الأربعة (وهي عمل الأرض) أي المعاملة عليها كما بأصله وعبر به في الروضة وأشار إليه هنا بقوله وهي هذه المعاملة (ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل ولا المزارعة وهي هذه المعاملة والبذر من المالك) للنهي الصحيح عنهما ولسهولة تحصيل منفعة الأرض بالإجارة واختار جمع جوازهما وتأولوا الأحاديث على ما إذا شرط لواحد زرع قطعة معينة ولآخر أخرى واستدلوا بعمل عمر رضي الله عنه وأهل المدينة ويرد بأنها <ص: 109> وقائع فعلية محتملة في المزارعة لكونها تبعا وفيها وفي المخابرة لكونها بإحدى الطرق الآتية ومن زارع على أرض بجزء من الغلة فعطل بعضها لزمه أجرته على ما أفتى به المصنف، لكن غلظه إلتاج الفزاري وليس كما زعم ففي البحر التصريح بما أفتى به لكن في المخابرة فيحمل كلامه عليه. وصرح السبكي بأن الفلاح لو ترك السقي مع صحة المعاملة حتى فسد الزرع ضمنه، لأنه في يده وعليه حفظه

(فلو كان بين النخل) أو العنب (بياض) أي أرض لا زرع فيها ولا شجر (صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل) أو العنب تبعاً للمساقاة لعسر الأفراد وعليه حمل ما مر من معاملة أهل خيبر على شطر الثمر والزرع (بشرط اتحاد العامل) أي أن لا يكون من ساقاه غير من زارعه وإن تعدد، لأن أفرادها بعامل يخرجها عن التبعية (وعسر) هو على بابه على الأوجه خلافاً لجمع بل قولهم الآتي وإن كثير البياض صريح فيه فتعين حمل التعذر في عبارة الروضة وأصلها عليه وكذا تعبير آخرين بعدم الإمكان (أفراد النخل بالسقي و) أفراد (البياض بالعمارة) أي الزراعة، لأن التبعية إنما تتحقق حينئذ بخلاف عسر أحدهما (والأصح أنه يشترط أن لا يفصل بينهما) أي المساقاة والمزارعة التابعة بل يأتي بهما على الاتصال لتحصل التبعية وأنه يشترط اتحاد العقد فلو قال ساقيتك على النصف فقبل ثم زارعه على البياض لم تصح المزارعة، لأن تعدد العقد يزيل التبعية (و) الأصح أنه يشترط (أن لا يقدم المزارعة) على المساقاة بأن يأتي بها عقبها، لأن التابع لا يتقدم على متبوعه <ص: 110> واشترط الدارمي بيان ما يزرع، لأنه شريك وبه فارق عدم اشتراط بيانه في الإجارة (و) الأصح (أن كثير البياض) بأن اتسع ما بين مغارس الشجر (كقليله) لأن الفرض عسر الأفراد والحاجة لا تختلف (و) الأصح (أنه لا يشترط تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع) فيجوز شرط نصف الزرع وربيع الثمر مثلاً للعامل، لأن الزراعة وإن كانت تابعة هي في حكم عقد مستقل وكون التفاضل يزيل التبعية من أصلها ممنوع ويفرق بين هذه وإزالته لها في بعثك الشجرة بعشرة والثمرة بخمسة حتى يحتاج قبل بدو الصلاح لشرط القطع على ما مر بأن الثمرة قبل بدوه غير صالحة اتفاقاً لا يراد العقد عليها وحدها من غير شرط قطع فاحتاجت لمتبوع قوي ولا كذلك البياض هنا لما مر من جواز المزارعة مستقلة عند كثيرين وقضية كلامهما أنه يلحق بالبياض فيما مر زرع لم يبد صلاحه. (و) الأصح (أنه لا يجوز أن يخبر تبعاً للمساقاة) بل يشترط أن يكون البذر من رب النخل، لأن الخبر ورد في المزارعة تبعاً في قصة خيبر وهي في معنى المساقاة من حيث إنه ليس على العامل فيهما إلا العمل بخلاف المخابرة فإنه يكون عليه العمل والبذر واعترض السبكي هذا التعليل بأن الوارد

في طرق الخبر ظاهره أن البذر منهم فتكون هي المخابرة (فإن أفردت أرض بالزراعة فالمغل للمالك) لأنه نماء ملكه (وعليه للعامل أجره عمله ودوابه وآلاته) إن كانت له وسلم الزرع لبطلان العقد وعمله لا يحبط مجاناً أما إذا لم يسلم فلا شيء للعامل على ما أخذ من تصويب المصنف لكلام المتولي في نظيره من الشركة الفاسدة فيما إذا تلف الزرع أنه لا شيء للعامل، لأنه لم يحصل للمالك شيء ورد بأن قياسه على القراض الفاسد أوجه لاتحاد المساقاة والقراض في أكثر الأحكام فالعامل هنا أشبه به في القراض من الشريك وكان الفرق بين الشريك والعامل أن الشريك يعمل في ملك نفسه فاحتيج في وجوب أجرته لوجود نفع شريكه بخلاف العامل في القراض والمساقاة أو أفردت بالمخابرة فالمغل للعامل، لأن الزرع يتبع البذر وعليه لمالك الأرض أجره مثلها، ولو كان البذر لهما فالغلة لهم ولكل على الآخر أجره ما أصرف من منفعه على حصة صاحبه. (وطريق جعل الغلة لهما ولا أجره) في أفراد المزارعة (أن يستأجره) أي المالك العامل (بنصف البذر) شائعاً (ليزرع له النصف الآخر) من البذر في نصف الأرض مشاعاً (وبعيره نصف الأرض) مشاعاً وبهذا علم جواز إعاره المشاع (أو يستأجره بنصف <ص: 111> البذر ونصف منفعة الأرض) شائعين (ليزرع له النصف الآخر) من البذر (في النصف الآخر من الأرض) فيشتركان في الغلة مناصفة ولا أجره لأحدهما على الآخر، لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع والمالك يستحق من منفعة العامل بقدر نصيبه من الزرع وتفارق الأولى هذه بأن الأجره ثم عين وهنا عين ومنفعة وثم يتمكن من الرجوع بعد الزراعة في نصف الأرض ويأخذ الأجره وهنا لا يتمكن، ولو فسد منبت الأرض في المدة لزمه قيمة نصفها ثم لا هنا، لأن العارية مضمونة ومن الطرق أيضاً أن يقرضه نصف البذر ويؤجره نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آتته فإن كان البذر من العامل فمن طريقه أن يستأجر العامل نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ونصف منافع آتته أو منهما فمن طريقه أن يؤجره نصف الأرض بنصف منافع عمله وآلاته ويشترط في هذه الإجراءات وجود جميع شروطها الآتية.

(فرع) أذن لغيره في زرع أرضه فحراثها وهياها للزراعة فزادت قيمتها بذلك فأراد رهنها أو بيعها مثلا من غير إذن العامل لم يصح لتعذر الانتفاع بها بدون ذلك العمل المحترم فيها ولأنها صارت مرهونة في ذلك العمل الزائد به قيمتها، وقد صرحوا بأن لنحو القصار حبس الثوب لرهنها بأجرته حتى يستوفيا وللغاصب إذا غرم قيمة الحيلولة ثم وجد المغصوب حبسه حتى يرد له ما غرمه على ما مر.

(فصل) في بيان الأركان الثلاثة الأخيرة ولزوم المساقاة وهرب العامل (يشترط تخصيص الثمر بهما) فلو شرط بعضه لثالث فكما مر في القراض بتفصيله ووقع لشارح الفرق بينهما في بعض ذلك وليس بصحيح على أن فرقه في نفسه غير صحيح أيضا كما يعرف بتأمله مع كلامهم، قيل صواب العبارة اختصاصهما بالثمر ا هـ، ويرده ما مر ويأتي أن الباء تدخل على المقصور والمقصور عليه (واشتركاكهما فيه) بالجزئية نظير ما مر في القراض ففيه على أن الثمرة كلها لك أو لي تفسد ولا أجرة له في الثانية <ص: 112> إن علم الفساد وأنه لا شيء له نظير ما مر وتفسد أيضا إن شرط الثمر لواحد والعنب للآخر واحتياج لهذا مع فهمه مما قبله، لأنه قد يفهم منه أيضا أن القصد به إخراج شرطه لثالث فيصدق بكونه لأحدهما ولما بعده، لأنه مع الاختصاص والشركة يصدق بكونه لهما على الإبهام، ولو ساقاه على ذمته ساق غيره أو عينه فلا فإن فعل ومضت المدة انفسخ العقد والثمر للمالك ولا شيء للأول مطلقا ولا للثاني إن علم فساد العقد وإلا فله أجرة مثله على الأول وكذا حيث فسدت نظير ما مر في القراض (والعلم) منهما (بالنصيبين بالجزئية) ومنها بيننا لحملة على المناصفة (كالقراض) في جميع ما مر فيه، ولو فاوت بين الشئيين في الجزء المشروط لم يصح على ما في الروضة واعترض وخرج بالثمر ومثله القنو وشماريخه الجريد وأصله وكذا العرجون على أحد وجهين يتجه ترجيحه إن أريد به أصل القنو كما هو أحد مدلولاته المذكورة في القاموس والليف يختص به المالك فإن شرطت الشركة فيه فوجهان أوجههما فسادها، لأنه خلاف قضيتها ثم رأيت شيخنا قال إن الصحة أوجه أو شرط للعامل بطل قطعاً

ومر أن العامل يملك حصته بظهور الثمر ومحلّه إن عقد قبل ظهوره وإلا ملك بالعقد. (والأظهر صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة) كما قبل ظهورها بل أولى، لأنه أبعد عن الغرر ولوقوع الآفة فيه كثيرا نزل منزلة المعدوم فليس اشتراط جزء منه كاشتراط جزء من النخل (لكن) لا مطلقا بل (قبل بدو الصلاح) لبقاء معظم العمل بخلافه بعده، ولو في البعض كالبيع فيمتنع قطعاً بل قيل إجماعاً. (ولو ساقاه على ودي) غير مغروس بفتح فكسر للمهملة فتحية مشددة وهو صغار النخل (ليغرسه ويكون الشجر) أو ثمرته إذا أثمر (لهما <ص: 113> لم يجر) لأنها رخصة ولم ترد في مثل ذلك وحكى السبكي عن قضية المذاهب الأربعة منعها معترضا به على حكم قضاة الحنابلة بها ونقل غيره إجماع الأمة على ذلك لكنه معترض بأن قضية كلام جمع من السلف جوازها والشجر لمالكة وعليه لذي الأرض أجره مثلها كما أن على ذي الأرض والشجر أجره العمل والآلات ويأتي في القلع والإبقاء هنا ما مر آخر العارية (ولو كان) الودي (مغروسا وشرط له) معاملة فقبل أو عكسه (جزءاً من الثمر على العمل فإن قدر له مدة يثمر فيها غالبا صح) وإن كان أكثرها ثمرة فيه، لأنها حينئذ بمثابة الشهور من السنة الواحدة فإن لم تثمر فلا شيء له وفي هذه الحالة لا يصح بيع الشجر، لأن للعامل حقا في الثمرة المتوقعة فكان البائع استثنى بعضها (وإلا) يثمر فيها غالبا (فلا) يصح لخلوها عن العوض سواء أعلم العدم أم غلب أم استويا أم جهل الحال نعم له الأجرة في الأخيرتين، لأنه طامع (وقيل إن تعارض الاحتمالان) للإثمار وعدمه على السواء (صح) كالقراض <ص: 114> ورد بأن الظاهر وجود الربح بخلاف هذا. (وله مساقاة شريكه) في الشجر إذا شرط له (زيادة) معينة (على حصته) كما إذا كان بينهما نصفين وشرط له ثلثي الثمرة فإن شرط قدر حصته لم يصح لعدم العوض وكذا لا أجره له بخلاف ما إذا شرط له الكل كما مر واستشكل هذا بأن عمل الأجير يجب كونه في خالص ملك المستأجر وأجاب السبكي بأن صورة المسألة أن يقول ساقيتك على نصيبي وبهذا صور أبو الطيب كالمزني، قال لكن ظاهر كلام غيرهما كالمتمن أنه لا فرق بين ذلك وقوله على جميع هذه الحديقة أي وعليه فقد يجاب بأنه يغتفر في المساقاة ما لا يغتفر في

الإجارة. (ويشترط) لصحة المساقاة (أن لا يشترط على العامل ما ليس من جنس أعمالها) التي سنذكر قريبا أنها عليه فلا اعتراض عليه خلافا لمن زعمه ويوجه كونه في القراض قدم ما عليه ثم ذكر حكم ما لو شرط عليه ما ليس عليه وعكس هنا بأن الأعمال ثم قليلة وليس فيها كبير تفصيل ولا خلاف فقدمت، ثم ذكر حكمها وهنا بالعكس فقدم حكمها ثم أخرت لطول الكلام عليها فإذا شرط عليه ذلك كبناء جدار الحديقة لم يصح العقد، لأنه استتجار بلا عوض وكذا شرطهما على العامل على المالك كالسقي ونص البويطي أنه لا يضر شرطه على المالك وبه جزم الدارمي ضعيف (وأن ينفرد) العامل (بالعمل) نعم لا يضر شرط عمل عبد المالك معه نظير ما مر في القراض بل أولى، لأن بعض أعمال المساقاة على المالك فيأتي هنا جميع ما مر ثم (واليد في الحديقة) ليعمل متى شاء فشرط كونها بيد المالك أو عبده <ص: 115> مثلا ولو مع يد العامل يفسدها (ومعرفة العمل) جملة لا تفصيلا (بتقدير المدة كسنة) أو أقل إذ أقل مدتها ما يطلع فيه الثمر ويستغني عن العمل (أو أكثر) إلى مدة تبقى فيها العين غالبا للاستغلال فلا تصح مطلقة ولا مؤبدة، لأنها عقد لازم فكانت كالإجارة، وهذا مما خالفت فيه القراض والسنة المطلقة عربية ويصح شرط غيرها إن علماه، ولو أدركت الثمرة قبل انقضاء المدة عمل بقيتها بلا أجرة وإن انقضت وهو طلع أو بلح فله حصته منه وعلى المالك التبقية والتعهد إلى الجذاذ ويفرق بين هذا والشريكين بأن شركة العامل هنا وقعت تابعة غير مقصودة منه فلم يلزمه بسببها شيء ولا حق للعامل فيما حدث بعدها. (ولا يجوز التوقيت بإدراك الثمر) أي جذاذه كما قاله السبكي (في الأصح) للجهل به فإنه قد يتقدم وقد يتأخر (وصيغتها) صريحة وكناية فمن صرائحها (ساقيتك على هذا النخل) أو العنب (بكذا) من الثمرة <ص: 116> لأنه الموضوع لها (أو سلمته إليك لتعهده) أو اعمل عليه أو تعهده بكذا لأداء كل من هذه الثلاثة معنى الأول ومن ثم اعتمد ابن الرفعة صراحتها، لكن الذي اعتمده السبكي والأزرعي أنها كناية (ويشترط القبول) لفظا متصلا نظير ما مر في البيع ومن ثم اشترط في الصيغة هنا ما مر فيها ثم إلا عدم التأقيت (وتصح بإشارة أخرس وبكتابة مع النية ولو من ناطق دون

تفصيل الأعمال) فلا يشترط التعرض له في العقد، ولو بغير لفظ المساقاة على الأوجه، لأن المحكم فيها العرف كما قال (ويحتمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب) لأنه يحكم في مثل ذلك هذا إن كان عرف غالب وعرفاه وإلا وجب التفصيل جزماً. (وعلى العامل) بنفسه أو نائبه عمل (ما يحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته مما يتكرر كل سنة كسقي) إن لم يشرب بعروقه وتوابعه كإصلاح طرق الماء وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية أي القناة وسدها عند السقي

(تنبيه) قد يقال جعل ما ذكر توابع للسقي يحيل حقيقته وجوابه أنه أريد به إيصال الماء وتوابعه ما يحصله فلا إحالة (وتنقية نهر) أي مجرى الماء من طين وغيره (وإصلاح الأجاجين) وهي الحفر حول النخل (التي يثبت فيها الماء) شبهت بالأجانة التي يغسل فيها (وتلقيح) وهو وضع بعض طلع ذكر على طلع أنثى (وتنحية حشيش) ولو رطباً وإطلاقه عليه لغة وإن كان الأشهر أنه اليابس (وقضبان مضرة) لاقتضاء العرف ذلك وقيدنا ما عليه بالعمل، لأنه لا يجب عليه عين أصلاً فنحو طلع يلحق به وقوصرة تحفظ العنقود عن الطير على المالك (وتعريش جرت به) أي التعريش (عادة) في ذلك المحل ليمتد الكرم عليه ووضع حشيش على العناقيد صونا لها عن الشمس عند الحاجة (وكذا حفظ الثمر) على النخل وفي الجرين من نحو سارق وطير فإن لم يتحفظ به لكثرة السراق أو كبر لبستان فالمؤنة عليه كما اقتضاه إطلاقهم، لكن قال الأذرعى الذي يقوي أنه لا يلزمه أن يكري عليه من ماله بل على المالك معونته عليه (وجذازه) أي قطعه (وتجفيفه في الأصح) لأن الصلاح يحصل بهما نعم الذي في الروضة وأصلها تقييد وجوب التخفيف بما إذا اعتيد أو شرطاه لكنه معترض بأن الوجه ما أطلقه المتن من وجوبه مطلقاً إذ مقابل الأصح لا يتأتى إلا عند انتفاء العادة والشرط إذ لا يسعه مخالفتها، وإذا وجب إصلاح موضعه وتهيئته ونقل الثمرة إليه وتقليبها في الشمس وما عليه <ص: 117> يصح استئجاره المالك له، ولو فعل ما على المالك بإذنه استحق عليه الأجرة تنزيلاً له منزلة قوله لغيره أقض ديني وبه فارق قوله له اغسل ثوبي وظاهر كلامهم أن ما ذكروا أنه على العامل أو المالك من غير تعويل فيه على عادة لا

يلتفت فيه إلى عادة مخالفة له وهو ظاهر بناء على أن العرف الطارئ لا يعمل به إذا خالف عرفا سبقه وهو ما دل عليه كلام الزركشي في قواعده بل كلامهم في الوصية والأيمان وغيرهما صريح فيه فبحث أن ما ذكره على العامل لو اعتيد منه شيء على المالك لزمه غير صحيح، ولو ترك العامل بعض ما عليه نقص من حصته بقدره كما في الجعالة. (وما قصد به حفظ الأصل ولا يتكرر كل سنة كبناء الحيطان) ونصب نحو باب ودولاب وفأس ومعول ومنجل وبقرة تحرث أو تدير الدولاب واستشكل باتباع العرف في نحو خيط الخياطة في الإجارة وفرق بأن هذا به قوام الصنعة حالا ودواما والطلع نفعه انعقاد الثمرة حالا ثم يستغنى عنه بعد ويبطله جعلهم ثم الطلع كالخيط والذي يتجه أن العرف هنا لم ينضبط فعمل فيه بأصل أن العين على المالك وثم قد ينضبط، وقد يضطرب فعمل به في الأول ووجب البيان في الثاني (وحفر نهر جديد فعلى المالك) لأنه المتعارض فيه وصححا في سد التلم اتباع العرف وكذا وضع الشوك على رأس الجدار <ص: 118> وبحث غير واحد أن العامل لو ترك ما عليه حتى فسدت الأشجار ضمن وأبو زرعة أنهما لو اختلفا أثناء المدة في إتيان العامل بما لزمه فإن بقي من أعمالها ما يمكن تداركه صدق المالك وألزم العامل بالعمل، لأن الأصل عدمه ويمكنه إقامة البينة وإن لم يبق شيء ولا أمكن تداركه صدق العامل لتضمن دعوى المالك انفساخها والأصل عدمه. (والمساقاة لازمة) من الجانبين قبل العمل وبعده، لأن عملها في أعيان باقية بحالها فأشبهت الإجارة دون القراض فيلزمه إتمام الأعمال وإن تلفت الثمرة كلها بأفة ونحو غصب كما يلزم عامل القراض التنضيض مع عدم الربح (فلو هرب العامل) أو مرض أو حبس (قبل الفراغ من العمل) ولو قبل الشروع فيه (وآتمه المالك متبرعا) بالعمل أو بمؤنته عن العامل (بقي استحقاق العامل) لما شرط له كما لو تبرع أجنبي بذلك والتبرع عنه مع حضوره كذلك وبحث السبكي أنه لو عمل في مال نفسه لا تبرعا عنه أو عمل الأجنبي عن المالك لا العامل لم يستحق العامل شيئا كالجعالة وهو ظاهر ولا نظر لجواز تلك ولزوم هذه فإن قلت يمكن الفرق، لأن الأعمال صارت كالدين عليه كما يعلم من استئجار الحاكم عنه وغيره مما يأتي

فالعمل في حصته كقضاء دينه وهو يقع عنه وإن لم يقصد وقوعه عنه قلت ممنوع، لأن قصده المالك صرف له عن جهة العامل فهو كالإداء للدائن بقصد التبرع عليه (وإلا) يتبرع أحد بإتمامه ورفع الأمر للحاكم ولم يكن له ضامن فيما لزمه من أعمال المساقاة أو كان ولم يمكن التخلص منه (استأجر الحاكم عليه من يتمه) بعد ثبوت المساقاة والهرب مثلا وتعذر إحضاره عنده، لأنه واجب عليه (قوله حتى ما سبق) هكذا بالنسخ التي بأيدينا ولعله ينافي ما سبق <ص: 119> فناب عنه فيه، ولو امتنع وهو حاضر فكذلك يستأجر من مالك إن وجد ولو من نصيبه إذا كان بعد بدو الصلاح أو من يرضى بأجرة مؤجلة إن وجده فإن تعذر ذلك افترض عليه من المالك أو غيره ويوفي من نصيبه من الثمرة فإن تعذر افتراضه عمل المالك بنفسه وللمالك فعل ما ذكر بإذن الحاكم على ما رجحه ابن الرفعة، لكن قيده السبكي بما إذا قدر له الحاكم الأجرة وعين الأجير وإلا لم يجز هذا كله إن كانت المساقاة على الذمة فإن كانت على العين فقضية قولهما ليس له أن يستنيب غيره فإن فعل انفسخت بتركه العمل والثمر كله للمالك أنه لا يستأجر عنه مطلقا قاله الأزرعي وقال السبكي والنشائي وصاحب المعين لا يستأجر عنه قطعاً، ولكن يتخير المالك بين الفسخ والصبر (وإن لم يقدر) المالك (على الحاكم) بأن كان فوق مسافة العدو أو حاضراً ولم يجبه لما التمسه أو أجابه إليه لكن بمال <ص: 120> يعطيه له وإن قل كما هو ظاهر (فليشهد علي الإنفاق) أي لمن استأجره وأنه إنما يبذل بشرط الرجوع أو على العامل إن عمل بنفسه وإنه إنما يعمل بشرط الرجوع (إن أراد الرجوع) تنزيلاً للإشهاد حينئذ منزلة الحكم ويصدق حينئذ المالك في قدر ما أنفقه كما رجحه السبكي واعترض بأن كلامهما في هرب الجمال صريح في تصديق العامل، لأن المالك مقصر بعد الإشهاد على عين ما أنفقه مع كونه غير مستند لائتمان من جهة الحاكم أما إذا لم يشهد كما ذكرنا فلا يرجع لظهور أنه متبرع فإن تعذر الإشهاد لم يرجع أيضاً، لأنه عذر نادر فإن عجز حينئذ عن العمل والإنفاق ولم تظهر الثمرة فله الفسخ وللعامل أجرة عمله وإن ظهرت فلا فسخ وهي لهما. (ولو مات) العامل قبل العمل (وخلف تركة أتم الوارث العمل منها) كسائر

ديون مورثه (وله أن يتم العمل بنفسه أو بماله) ولا يجبر على الوفاء من عين التركة وعلى المالك تمكينه إن كان أميناً عارفاً بالعمل فإن امتنع بالكلية استأجر الحاكم عليه أما إذا لم يخلف تركه فللوارث العمل ولا يلزمه هذا كله إن كانت على الذمة وإلا انفسخت بموته كالأجير المعين ولا تنسخ بموت المالك <ص: 121> مطلقاً فيستمر العامل ويأخذ نصيبه (ولو ثبتت خيانة عامل) بإقراره أو بيينة أو يمين مردودة (ضم إليه مشرف) ولا تزال يده، لأن العمل حق عليه ويمكن استيفاءه منه بهذا الطريق فتعين جمعا بين الحقين وأجرة المشرف عليه فإن ضم إليه لريبة فقط فأجرته على المالك (فإن لم يتحفظ) العامل (به) أي المشرف على الخيانة (استؤجر من ماله عامل) لتعذر الاستيفاء منه هذا إن كان العامل في الذمة وإلا تخير المالك على الأوجه نظير ما مر آنفاً (ولو خرج الثمر مستحقاً) لغير المساقى (فللعامل) الجاهل بالحال (على المساقى أجرة المثل) لأنه فوت منافعه بعوض فاسد فرجع بدلها كما لو استأجر رجلاً للعمل في مغبوب فعمل جاهلاً أما العالم فلا شيء له قطعاً.

كتاب الإجارة

بتثليث الهمزة والكسر أفصح من آجره بالمد إيجارا وبالقصر يأجره بكسر الجيم وضمها أجرا هي لغة اسم للأجرة ثم اشتهرت في العقد وشرعاً تمليك منفعة بعوض بالشروط الآتية منها علم عوضها وقبولها للبذل والإباحة، فخرج بالأخير نحو منفعة البضع على أن الزوج لم يملكها وإنما ملك أن ينتفع بها وبالعلم المساقاة والجعالة كالحج بالرزق فإنه لا يشترط فيهما علم العوض وإن كان قد يكون معلوماً كمساقاة على ثمرة موجودة وجعالة على معلوم فاندفع ما للشارح هنا والأصل فيها قبل الإجماع آيات منها {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} ومنازعة الإسنوي في الاستدلال بها مردودة إذ مفادها وقوع الإرضاع للأباء <ص: 122> وهو يستلزم الإذن لهن فيه بعوض وإلا كان تبرعاً، وهذا الإذن بالعوض هو الاستئجار الذي هو تملك المنفعة بعوض إلخ ويدل له أيضاً وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى الطلاق إلى آخر الآية ولك أن تقول إن أراد المنازعة على أصل الإيجار فرده بما ذكروا واضح أو مع

الإيجاب والقبول لم يصلح ذلك لرده إذ لا دلالة فيها على القبول لفظاً بوجه وكون ما مر من الدليل على الصيغة في البيع يأتي هنا، لأنها نوع منه لا يمنع النزاع في الاستدلال بها وحدها على ذلك وأحاديث منها {استئجاره صلى الله عليه وسلم هو والصديق دليلاً في الهجرة وأمره صلى الله عليه وسلم بالمؤاجرة} والحاجة بل الضرورة داعية إليها وأركانها صيغة وأجرة ومنفعة وعاقد ولكونه الأصل بدأ به فقال (شرطهما) أي المؤجر والمستأجر الدال عليهما لفظ الإجارة (كبايع ومشتري) لأنها صنف من البيع فاشترط في عاقدها ما يشترط في عاقده مما مر كالرشد وعدم الإكراه بغير حق نعم يصح استئجار كافر لمسلم ولو إجارة عين لكنها مكروهة ومن ثم أجبر فيها <ص: 123> على إيجاره لمسلم وإيجار سفيه نفسه لما لا يقصد من عمله كالحج، لأنه لا يجوز له التبرع به على ما مر فيه ويصح بيع السيد قنه نفسه لا إجارته إياها، لأن بيعه يؤدي لعتقه فاعتفر فيه ما لا يغتفر في الإجارة إذ لا تؤدي لذلك، ولو كان للوقف ناظران فأجر أحدهما الآخر أرضاً للوقف صح إن استقل كل منهما وإلا فلا كما بحثه أبو زرعة وفرق بينه وبين وصيين اشترط اجتماعهما على التصرف في مال محجوريهما لأحدهما أن يشتري من الآخر لمحجوره عينا للآخر بوجود الغرض هنا من اجتماعهما مع عدم التهمة بوقوع التصرف للغير بخلافه ثم فإنه يقع للمباشر مع اتحاد الموجب والقابل لتوقف الإيجاب على مباشرته أو إذنه. (والصيغة) لا بد منها هنا كالبيع فيجرب فيها خلاف المعاطاة ويشترط فيها جميع ما مر في صيغة البيع إلا عدم التوقيت وهي إما صريح أو كناية فمن الصريح (أجرتك هذا أو أكريتك) هذا (أو ملكتك منافعه سنة) ليس ظرفاً لآجر وما بعده، لأنه إنشاء وهو ينقضي بانقضاء لفظه بل لمقدر نحو انتفع به سنة ونظيره في التقدير على القول به في الآية قوله تعالى {فأماته الله مائة عام} أي وألبثه مائة عام فإن قلت يصح جعله ظرفاً لمنافعه المذكورة فلا يحتاج لتقدير وليس كالأية كما هو واضح قلت المنافع أمر موهوم الآن والظرفية تقتضي خلاف ذلك فكان تقدير ما ذكر أولى أو متعينا (بكذا) وتختص إجارة الذمة بنحو ألزمت ذمتك أو أسلمت إليك هذه الدراهم في خياطة هذا وفي دابة صفتها كذا أو في

حملي إلى مكة (فيقول) المخاطب متصلا (قبلت أو استأجرت أو اكرتت) ومن الكناية اسكن داري شهرا بكذا أو جعلت لك منفعتها سنة بكذا ومنها الكتابة وتنعقد باستيجاب وإيجاب وبإشارة أخرس مفهومة وأفهم كلامه أنه لا بد من التأقيت وذكر الأجرة لانتفاء الجهالة حينئذ ولا يشترط عندهما وإن نوزعا فيه أن يقول من الآن ومورد إجارة العين والذمة المنافع، لأنها المقصودة لا العين التي هي محلها عند الجمهور وقول الشيخين الخلاف غير محقق إذ لا بد من النظر لكل منهما اتفاقا نازعهما فيه بأن له فوائد <ص: 124> لكن نظر في أكثرها ومن جملتها الذي لم ينظر فيه قوله (والأصح انعقادها) أي الإجارة (بقوله آجرتك) أو أكرتتك (منفعتها) أي الدار سنة مثلا بكذا، لأن المنفعة هي المقصودة منها فيكون ذكرها تأكيدا وادعاء أن لفظها إنما وضع مضافا للعين فلا يضاف للمنفعة ممنوع وقوله (و) (الأصح) (منعها) أي منع انعقادها (بقوله بعتك) أو اشترت (منفعتها) لأن لفظ البيع موضوع لتمليك العين فلا يستعمل في المنفعة كما لا ينعقد بلفظ الإجارة واختار جمع المقابل اعتبارا بالمعنى فإنها صنف منه إذ هي بيع للمنافع ومن ثم كان الأوجه على الأول أن ذلك كناية، قيل هذا كله في إجارة العين دون إجارة الذمة كألزمت ذمتك كذا ه، وفيه نظر بل يجري ذلك في إجارة الذمة كأجرتك أو بعتك منفعة دابة صفتها كذا.

(وهي قسمان واردة على العين كإجارة العقار) لم يقيد به بما بعده ليفيد أنه لا يتصور فيه إجارة الذمة، لأنه لا يثبت فيها (ودابة أو شخص) أي آدمي ولكونه ضد الدابة اتضحت التثنية الم أغلب فيها المذكر لشرفه في قوله (معينين) فيتصور فيهما إجارة العين والذمة <ص: 125> وبحث الجلال البلقيني إلحاق السفن بهما لا بالعقار والمراد بالعين هنا مقابل الذمة وهو محسوس يتقيد العقد به وفي صورة الخلاف السابقة أنفا مقابل المنفعة وهو محلها الذي يستوفى منه، ولو أذن أجير العين لغيره في العمل بأجرة فعمل فلا أجرة للأول مطلقا ولا للثاني إن علم الفساد وإلا فله أجرة المثل أي على الأول كما هو ظاهر (و) واردة (على الذمة كاستئجار دابة) مثلا (موصوفة) بالصفات الآتية (و) يتصور أيضا (بأن يلزم ذمته) عملا ومنه أن يلزمه حمله إلى كذا أو (خياطة أو بناء) بشرطهما الآتي أو يسلم

إليه في أحدهما أو في دابة موصوفة لتحمله إلى مكة مثلا بكذا (ولو قال استأجرتك) أو اكتريتك (لتعمل كذا) أو لكذا أو لعمل كذا فلا فرق بين هذه الصيغ وزعم فرق بينهما كالوصية بالسكنى وأن تسكن ليس في محله، لأن الخطاب هنا معين للعين فلم يفترق الحكم بذينك ولا كذلك ثم (إجارة عين) لأن الخطاب دال على ارتباطها بعين المخاطب كاستأجرت عينك (وقيل) إجارة (ذمة) لأن القصد حصول العمل من غير نظر لعين فاعله ويرد بمنع ذلك نظرا لما دل عليه الخطاب (و يشترط في إجارة الذمة) إن عقدت بلفظ إجارة أو سلم (تسليم الأجرة في المجلس) كرأس مال السلم، لأنها سلم في المنافع فيمتنع فيها تأجيل الأجرة سواء أتأخر العمل فيها عن العقد أم لا والاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها وإنما اشترطوا ذلك في العقد بلفظ الإجارة ولم يشترطوه في العقد على ما في الذمة بلفظ المبيع مع أنه سلم في المعنى أيضا <ص: 126> لضعف الإجارة بورودها على معدوم وتعذر استيفائها دفعة ولا كذلك بيع ما في الذمة فيهما فجبوا ضعفها باشتراط قبض الأجرة في المجلس. (وإجارة العين) الأجرة فيها كالثمن في البيع فحينئذ (لا يشترط ذلك) أي قبض الأجرة المعينة والتي في الذمة في المجلس (فيها) كثمن المبيع نعم يتعين محل العقد لتسليمها على ما مر فيه في السلم (ويجوز) في الأجرة (فيها) أي إجارة العين (التعجيل والتأجيل) للأجرة لكن (إن كانت) الأجرة (في الذمة) إذ الأعيان لا تؤجل والاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها مطلقا كما يأتي (وإذا أطلقت) الأجرة عن ذكر تأجيل أو تعجيل (تعجلت) كثمن المبيع المطلق ولأن المؤجر يملكها بالعقد، لكن لا يستحق استيفاءها إلا بتسليم العين فإن تنازعا في البداية فكما مر في البيع (وإن كانت) الأجرة (معينة) بأن ربطها بعين أو مطلقة أو في الذمة (ملك في الحال) بنفس العقد وإن كانت مؤجلة كما يملك المستأجر المنفعة به في إجارة العين لكنه ملك مراعى كلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن ملك المؤجر استقر على ما يقابل ذلك وسيذكر أنها لا تستقر إلا باستيفاء المنافع أو تفويتها وقضية ملكها حالا ولو مؤجلة صحة الإبراء منها ولو في مجلس العقد، لأنه لا خيار فيها فكان كالإبراء من الثمن

بعد لزومه بخلافه قبله، لأن زمن الخيار كزمن العقد فكأنه باعه بلا ثمن <ص: 127> (ويشترط) لصحة الإجارة (كون الأجرة معلومة) جنسا وقدرا وصفة إن كانت في الذمة وإلا كفت معاينتها في إجارة العين والذمة نظير ما مر في الثمن، وجواز الحج بالرزق مستثنى إن قلنا إنه إجارة توسعة في تحصيل هذه العبادة (فلا تصح) الإجارة لدار (بالعمارة) لها (و) لا لدابة بصرف أو بفعل (العلف) لها بفتح اللام المعلوف به وبإسكانه كما بخطه المصدر للجهل بهما كأجرتها بعمارتها أو بدينار على أن تصرف في عمارتها أو علفها للجهل بالمصرف فتصير الأجرة مجهولة فإن صرف وقصد الرجوع بها رجوع للإذن مع عدم قصد التبرع وإلا فلا والأوجه أن التعليل بالجهل للأغلب وأن الحكم كذلك وإن علم المصرف كبيع زرع بشرط أن يحصده البائع. فالحاصل أنه حيث كان هناك شرط بطلت مطلقا وإلا كأجرتها بعمارتها فإن عينت صحت وإلا فلا أما إذا أذن له في صرفها بعد العقد من غير <ص: 128> شرط فيه وتبرع به المستأجر فيجوز واغتفر اتحاد القابض والمقبض فيه للحاجة على أنه في الحقيقة لا اتحاد تنزيلا للقابض من المستأجر وإن لم يكن معينا منزلة الوكيل على المؤجر وكالة ضمنية ويصدق المستأجر في أصل الإنفاق وقدره كما روجه السبكي، لأنه أئتمنه ويتعين تقييده بما إذا ادعى قدرا لائقا عادة نظير ما يأتي في الوصي بل أولى وإلا احتاج لينة علي أنه اعترض بقولهم لو قال الوكيل أتيت بالتصرف المأذون فيه وأنكر الموكل صدق الموكل، ويرد بأنه ثم لا خارج يصدق الوكيل والأصل عدمه وهنا الخارج وهو وجود العمارة واستغناء الدابة مدة عن إنفاق مالها عليها يصدق المستأجر فلا جامع بين البابين ولا تكفي شهادة الصناع له أنه صرف على أيديهم كذا لأنهم وكلاؤه، ولو اکتري نحو حمام مدة يعلم عادة تعطلها فيها لنحو عمارة فإن شرط احتساب مدة التعطيل من الإجارة وجهلت فسدت <ص: 129> وإلا ففيها وفيما بعده (ولا) الإيجار (ليس) مذبوحة (بالجلد ويطحن) برا (ببعض الدقيق أو بالنخالة) الخارج منه كثلثه للجهل بثخانة الجلد ورقته ونعومة أحد الأخيرين وخشونته ولعدم القدرة عليهما حالا ولخبر الدارقطني وغيره أنه صلى الله عليه وسلم {نهى على قفيز الطحان} أي أن يجعل أجرة الطحن بحب معلوم قفيزا مطحونا منه وصورة

المسألة أن يقول لتطحن الكل بقفيز منه أو يطلق فإن قال استأجرتك بقفيز من هذا لتطحن ما عداه صح فضابط ما يبطل أن تجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير وجعل منه السبكي ما اعتيد من جعل أجرة الجابي العشر مما يستخرجه قال فإن قيل لك نظير العشر مما تستخرجه لم تصح الإجارة أيضاً وفي صحته جعالة نظراً هـ. ويتجه صحته جعالة، لكن له أجرة مثله للجهل بقدر ما يستخرجه (ولو استأجرها) أي امرأة مثلاً (لترضع رقيقاً) له أي حصته منه الباقية له بعدما جعله منه أجرة المذكور في قوله (ببعضه) المعين كثلثه (في الحال جاز على الصحيح) للعلم بالأجرة ولا أثر لوقوع العمل المكتري له في ملك غير المكتري، لأنه بطريق التبع كمساقاة شريكه إذا شرط له زيادة من الثمر وانتصر للمقابل بما يردده ما تقرر من التفصيل ومن ثم قال السبكي التحقيق أن الاستئجار أي ببعضه حالاً إن وقع على الكل أو أطلق ولم تدل قرينة على أن المراد حصته فقط لم يصح وعليه يحمل النص لوقوع العمل في ملك غير المكتري قصداً أو على حصة المستأجر فقط جاز، وفي الحال متعلق ببعضه احترازاً عما لو استأجرها ببعضه بعد الفطام مثلاً فلا يصح قطعاً لما مر أن الأجرة المعينة لا تؤجل وللجهل بها إذ ذاك وخرج بنحو المرأة استئجار شاة مثلاً لإرضاع طفل قال البلقيني أو سخلة فلا يصح لعدم الحاجة مع عدم قدرة المؤجر على تسليم المنفعة كالاستئجار <ص: 130> لضرب الفحل بخلاف المرأة لإرضاع سخلة (و) يشترط لصحتها أيضاً (كون المنفعة) معلومة كما يأتي (متقومة) أي لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها وإلا بأن كانت محرمة أو خسيصة كان بذل المال في مقابلتها سفهاً وكونها واقعة للمكتري وكون العقد عليها غير متضمن لاستيفاء عين قصداً كاستئجار بستان لثمره بخلاف نحو استئجارها للإرضاع وإن نفى الحضانة الكبرى، لأن اللبن تابع لما تناوله العقد نعم يصح استئجار قناة أو بئر للانتفاع بمائها للحاجة وكونها تستوفى مع بقاء العين وكونها مباحة مملوكة مقصودة لا كتفاحة للشم بخلاف تفاح كثير كما يجوز استئجار مسك ورياحين للشم كذا ذكره الرافعي، لكن نازع فيه السبكي وغيره، لأن هذين القصد منهما الشم وذاك القصد منه الأكل قل أو كثر تضمن بالبدل لا ككلب وتباح بالإباحة لا

كبيع وأكثر هذه القيود تؤخذ من كلامه (فلا يصح استئجار بيع على) نحو (كلمة) ومعلم على حروف من قرآن أو غيره (لا تتعب) أي عادة فيما يظهر (وإن روجت السلعة) إذ لا قيمة لها ومن ثم اختص هذا بمبيع مستقر القيمة في البلد كالخبر بخلاف نحو عبد وثوب مما يختلف ثمنه باختلاف متعاطيه فيختص ببيع من البيع بمزيد نفع <ص: 131> فصح استئجاره عليه وحيث لم يصح فإن تعب بكثرة تردد أو كلام فله أجره مثل وإلا فلا وبحث فيه الأذرعى بأن الغرض أنه استأجره على ما لا تعب فيه فتعبه غير معقود عليه فيكون متبرعا به ورد بأنه لا يتم عادة إلا بذلك فكان كالمعقود عليه فإن لم تكن الصورة ذلك كاستأجرتك على بيع هذا بكذا صح و كعبه وأنا أرضيك فسد وله أجره المثل وفي الإحياء يمتنع أخذ طيب أجره على كلمة بدواء ينفرد به لعدم المشقة بخلاف ما هو عرف إزالة اعوجاج نحو سيف بضربة واحدة أي وإن لم يكن عليه فيها مشقة، لأن هذه الصناعات يتعب في تعلمها ليتكسب بها ويخفف عن نفسه التعب، وخالفه البغوي في هذه ورجح الأذرعى الأول (وكذا دراهم ودنانير للتزين) أو الوزن بها أو الضرب على سكتها ومر في الزكاة خلاف في حل التزين بالمعراة والمثقوبة فعلى التحريم لا يصح استئجارها للتزين بها (و) نحو (كلب للصيد) أو الحراسة به فإن ذلك لا يصح استئجاره (في الأصح) لأن منفعة التزين بهما لا تقصد غالبا ومن ثم لم يضمن غاصبهما أجرتهما ونحو الكلب لا قيمة لعينه ولا لمنفعته، ولو لم يقل للتزين ونحوه لم يصح قطعا كما لو كان نحو الكلب غير معلم وأجرى البغوي الخلاف في استئجار طائر للاستئناس بصوته أو لونه وقطع المتولي بالجواز. (وكون المؤجر قادرا على تسليمها) أي المنفعة بتسليم محلها حسا وشرعا والمستأجر قادرا على تسليمها كذلك أخذا مما مر في المبيع ليتمكن المستأجر منها ومن القادر على التسليم <ص: 132> المقطع فإن أقطع رقبتها صحت إجارته اتفاقا أو منفعتها كذلك كما أفتى به المصنف، لأنه مستحق للمنفعة وإن جاز للسلطان الاسترداد كما أن للزوجة إيجار الصداق قبل الدخول وإن كان متعرضا لزواله عنها إلى الزوج بانفساخ النكاح، لكن خالفه علماء عصره محتجين بأنه لم يملك المنفعة بل أن ينتفع فهو كالمستعير والزوجة ملكت ملكا

تاما قال الزركشي والحق أن الإمام إذا أذن له في الإيجار أو جرى به عرف عام كديار مصر صح وإلا امتنع اه، وبه يعلم أنه معتمد لعدم ملكه المنفعة وتوجه صحة إيجاره مع ذلك في الأخيرة بأن اطراد العرف بذلك منزل منزلة الإذن من الإمام وحينئذ فقد يجمع بما قاله بين الكلامين. (فلا يصح استئجار) أبنية منى لعجز مالكةا عن تسليمها شرعا، لأنها مستحقة الإزالة فورا وكذا يقال في كل بناء كذلك كالأبنية التي في حريم النيل مثلا ولا من نذر عتقه >ص: 133< أو شرط في بيعه ولا استئجار (أبق ومغصوب) لغير من هو بيده ولا يقدر هو أو المؤجر على انتزاعه عقب العقد أي قبل مضي مدة لها أجرة مثلا أخذا مما يأتي في التفريع من نحو الأمتعة وذلك كبيعهما، وألحق الجلال البلقيني بذلك ما لو تبين أن الدار مسكن الجن وأنهم يؤذون الساكن برجم أو نحوه وهو ظاهر إن تعذر دفعهم وعليه فطرو ذلك بعد الإجارة كطرو الغصب بعدها (و) لا استئجار (أعمى للحفظ) بالنظر وأخرس للتعليم إجارة عين لاستحالة بخلاف الحفظ بنحو يد وإجارة الذمة مطلقا. (و) لاستئجار (أرض للزراعة) أو مطلقا والزراعة فيها متوقعة (لا ماء لها دائم ولا يكفيها المطر المعتاد) أو نحوه كنداوة أو ماء ثلج لعدم القدرة على منفعتها حينئذ واحتمال نحو سيل نادر لا يؤثر نعم إن قال مكر، ولو قبل العقد فيما يظهر إذ لا ضرر عليه، لأنه إن لم يف له به تخير في فسخ العقد أنا أحفر لك بئرا لتسقيها منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر صحت أي إن كان قبل مضي مدة من وقت الانتفاع بها لها أجرة وخرج ب للزراعة استئجارها لما شاء أو لغير الزراعة فيصح وكذا لها وشرط أن لا ماء لها على ما صرح به الجوري مخالفا لإطلاقهم البطلان وبحث السبكي أنه إن أمكن إحداث ماء لها بنحو حفر بئر، ولو بكلفة صح وإلا فلا وفيه نظر لما مر في البيع أن القدرة على التسليم أو التسليم بكلفة لها وقع لا أثر لها فليقيد قوله بكلفة بما إذا لم يكن لها وقع ولم يكن لمدة التعطيل أجرة (ويجوز) إيجارها (إن كان لها ماء دائم) من نحو عين أو نهر لسهولة الزراعة حينئذ ثم إن شرط أو اعتيد في شربها دخول أو عدمه عمل به وإلا لم يدخل، لأن اللفظ لم يشمله ومع دخوله >ص: 134< لا يملك المستأجر الماء بل يسقي به على ملك المؤجر كما رجحه

السبكي وبحث ابن الرفعة أن استئجار الحمام كاستئجار الأرض للزراعة (وكذا) يجوز إيجارها (إن كفاها المطر المعتاد أو ماء الثلج المجتمعة والغالب حصولها في الأصح) لأن الظاهر حصول الماء حينئذ ويجوز استئجار أراضي نحو البصرة ومصر للزراعة بعد انحسار الماء عنها إن كان يكفيها السنة وقبل انحساره إن رجي وقتها عادة >ص: 135< وقبل أن يعلوها إن وثق به كالممد بالبصرة وكالتي تروى من زيادة النيل الغالبة كخمسة عشر ذراعا فأقل وألحق بها السبكي ستة عشر وسبعة عشر لغلبة حصولهما، ولكن تطرق الاحتمال للأولى قليل وللثانية كثير ويظهر أن ثمانية عشر كذلك لغلبة حصولها أيضا كما هو مشاهد، ولو أجرها مقيلا ومراحا وللزراعة لم تصح إلا إن بين عين ما لكل ومن ثم قال القفال لو أجره ليزرع النصف ويغرس النصف لم يصح إلا إن بين عين كل منهما. (والامتناع) للتسليم (الشرعي كالحسي) السابق (فلا يصح استئجار لقلع) أو قطع ما يحرم قلعه أو قطعه من نحو (سن صحيحة) وعضو سليم ولو من غير آدمي للعجز عنه شرعا بخلافه لنحو قود >ص: 136< أو علة صعب معها الألم عادة وقال الخبراء إن القلع أو القطع يزيله نظير ما يأتي في السلعة، ولو صح نحو السن، لكن انصب تحته مادة من نحو نزلة قالوا لا تزول إلا بقلعه جاز كما بحثه الأذرعى للضرورة واستشكل الأذرعى صحتها لنحو الفصد دون نحو كلمة البياع وأجاب غيره بأن هذا في معنى إصلاح عوج السيف بضربة لا تتعب وأقول بل فيه تعب بتميز العرف وإحسان ضربه وتنفسخ الإجارة لقلع سن عليلة بسكون ألمها لتعذر القلع ولا يجبر عليه مستأجر إياه، لكن عليه للأجير أجرته إن سلم نفسه ومضى زمن إمكان القلع. (ولا) استئجار (حائض) أو نفساء مسلمة (لخدمة مسجد) أو تعليم قرآن >ص: 137< إجارة عين وإن أمنت التلويث لاقتضاء الخدمة المكث وهي ممنوعة منه بخلاف الذمية على ما مر وبطرو نحو الحيض ينفسخ العقد كما يأتي (وكذا) حرة (منكوحة لرضاع أو غيره) مما لا يؤدي إلى خلوة محرمة فلا يجوز استئجارها إجارة عين (بغير إذن الزوج على الأصح) لاستغراق أوقاتها بحقه ومنه يؤخذ ترجيح ما بحثه الأذرعى أنه لو كان غائبا أو طفلا فأجرت نفسها لعمل ينقضي قبل قدومه وتأهله للتمتع جاز واعتراض

الغزي له بأن منافعها مستحقة له بعقد النكاح مردود بأنه لا يستحقها بل يستحق أن ينتفع وهو متعذر منه أما الأمة فليسيتها إيجارها الوقت الذي لا يجب تسليمها للزوج فيه بغير إذنه، وأما مع إذنه <ص: 138> فيصح وليس للمستأجر منعه من وطء المرضعة خوف الحبل وانقطاع اللبن كما في الروضة وعن الأصحاب المنع كمنع الراهن من وطء المرهونة ويفرق بأن الراهن هو الذي حجر على نفسه بتعاطيه لعقد الرهن بخلاف الزوج وإذنه ليس كتعاطي العقد كما هو ظاهر وله استئجار زوجته لإرضاع ولده منها أو من غيرها وأفتى السبكي بمنع استئجار العكامين للحج والأوجه خلافه إذ لا مزاحمة بين الحج والعكم، لأنه لا يستغرق الأزمنة

(ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة كألزمت ذمتك الحمل) لكذا (إلى مكة أول شهر كذا) لأنها دين إذ هي سلم كما مر ومن ثم يأتي في تأجيلها ما مر ثم وكان مراد المتن بأول الشهر هنا مستهله لما مر ثم إن التأجيل به باطل لوقوعه على جميع نصف الشهر الأول. (ولا يجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلية) بأن صرح في العقد بذلك أو اقتضاه الحال كإجارة هذه سنة مستقبلية أو سنة أولها من غد وكذا إن قال أولها أمس وإجارة أرض مزروعة لا يتأتى تفريغها قبل مضي مدة لها أجرة، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف إجارة الذمة كما مر، ولو قال وقد عقد آخر النهار أولها يوم تاريخه لم يضر كما هو ظاهر، لأن القرينة ظاهرة في أن المراد باليوم الوقت أو في التعبير باليوم عن بعضه وكل منهما سائغ شائع، ولو قال يقسطين متساويين في السنة فإن أراد النصف في أول أو آخر نصفها الأول والنصف في أول أو آخر نصفها الثاني صح كما هو ظاهر أيضا لاستغراقهما السنة حينئذ مع احتمال اللفظ له وإن اختلفا بطل للجهل به إذ يصدق تساويهما بثلاثة أشهر وثلاثة أشهر مثلا من السنة، وذلك مجهول ويستثنى من المنع في المستقبلية مسائل منها ما لو أجره ليلا لما يعمل نهارا وأطلق نظير ما مر في إجارة أرض للزراعة قبل الري وإجارة عين الشخص للحج عند خروج قافلة بلدة أو تهيئها للخروج، ولو قبل أشهره إذا لم يتأت الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير في ذلك الوقت وفي أشهره قبل الميقات ليحرم منه

وإجارة دار ببلد غير بلد العاقدين ودار مشغولة بأمتعة وأرض مزروعة يتأتى تفرغهما قبل مضي مدة لها أجرة <ص: 139> ومنها قوله (فلو آجر السنة الثانية لمستأجر الأولى) أو مستحقها بنحو وصية أو عدة بالأشهر (قبل انقضائها جاز في الأصح) لاتصال المدتين واحتمال طرو عدمه بطرو مقتض لانفساخ الأولى لا يؤثر، لأن الأصل عدمه فإن وجد ذلك لم يقدح في الثاني كما صرح به في العزيز وللمؤجر حينئذ إيجار ما انفسخت فيه لغير مستأجر الثانية، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء وقضية المتن أن مستأجر الأولى لو آجرها من غيره صحت إجارة الثانية له <ص: 140> لما بينهما من المعاقدة لا للمستأجر منه إذ لا معاقدة بينهما وإن وجد اتصال المدتين ومن ثم لو باعها المالك لم يكن للمشتري منه إيجارها من مستأجر الأولى وبذلك كله أفتى القفال بل قال إن الوارث لا يقوم مقام المورث في ذلك نظرا لما ذكره من انتفاء المعاقدة بينهما وعكس ذلك القاضي والبغوي فقالا يجوز حتى للوارث إيجارها ممن هي في يده مدة تلي مدته دون من خرجت عنه قال السبكي وكلام الرافعي يشبه أن يكون مائلا إليه، لكن الأول أعوضا، والثاني هو المعتمد وقضية المتن أيضا أنه لو قال آجرتكها سنة فإذا انقضت فقد آجرتكها سنة أخرى لم يصح، لأنه لم يحصل إيجار الثانية مع كونه مستأجرا للأولى بل مع انقضائها وعجيب إيراد بعضهم لهذه على المتن ومنها قوله

(ويجوز كراء العقب) بضم العين جمع عقبة أي نوبة، لأن كلا يعقب صاحبه وفي حديث المبيهقي {من مشى عن راحلته عقبة فكانما أعتق رقبة} وفسروها بستة أميال ولعله وضعها لغة ولا يتقيد ما هنا بذلك (وفي الأصح) وخرج بإجارة العين التي الكلام فيها إجارة الذمة فتصح اتفاقا لما مر أن التأجيل فيها جائز (وهو أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق) ويمشي بعضها أو يركبها المالك تناوبا (أو) يؤجرها (رجلين ليركب هذا أياما وذا أياما) تناوبا ومن ذلك آجرتك نصفها لمحل كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع (ويبين البعضين) في الصورتين كنصف أو ربع ما لم تكن هناك عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة كيوم ويوم أو فرسخ وفرسخ وإلا حمل عليها والمحسوب في الزمن زمن السير لا زمن النزول لنحو

استراحة أو علف <ص: 141>ـ (ثم) بعد صحة الإجارة (يقتسمان) البعضين بالتراضي فإن تنازعا في البادئ أقرع، وذلك لملكهما المنفعة معا ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة نعم شرط الأولى أن يتقدم ركوب المستأجر وإلا بطلت لتعلقها بالمستقبل والقن كالدابة واغتفر فيهما ذلك دون نظيره في نحو دار وثوب لإطاقتهما دوام العمل وقضية قوله أياما جواز جعل النوبة ثلاثة أيام فأكثر كأن يتفقا على ذلك وإن خالف العادة أو ما اتفقا عليه في العقد وهو كذلك ما لم يضر بالبهيمة وعليه يحمل كلام الروضة وغيرها أو بالماشي وفي توجيه النص المنع عند طلب أحدهما للثلاث ما يوافق ذلك فإنه قال إن ذلك إضرار بالماشي والمركوب، لأنه إذا ركب وهو غير تعب خف على المركوب، وإذا ركب بعد كلال وتعب وقع على المركوب كالميت أو يؤخذ منه أنه لا بد من رضا مالك الدابة بذلك أخذاً من قولهم لا يجوز النوم على الدابة في غير وقته، لأن النائم يثقل وأنه لو مات المحمول لم يجبر مالك الدابة على ما يأتي، ولو استأجرها ولم يتعرضا للتعاقب فإن احتملتها ركباها معا وإلا تهياً فإن تنازعا فيمن يبدأ أقرع.

(فصل) في بقية شروط المنفعة وما تقدر به وفي شروط الدابة المكتراة ومحمولها (يشترط كون) المعقود معلوم العين في إجارة العين والصفة في إجارة الذمة وكون (المنفعة معلومة) بالتقدير الآتي كالبيع في الكل، لكن مشاهدة محل المنفعة لا تغني عن تقديرها وإنما أغنت مشاهدة العين في البيع عن معرفة قدره، لأنها تحيط به ولا كذلك المنفعة لأنها أمر اعتباري يتعلق بالاستقبال <ص: 142> فعلم أنه يشترط تحديد جهات العقار وأنه لا تصح إجارة أحد عبديه وغائب ومدة مجهولة أو عمل كذلك وفيما له منفعة واحدة كالبساط يحمل الإطلاق عليها وغيره لا بد من بيانها نعم يجوز دخول الحمام بأجرة إجماعاً مع الجهل بقدر المكث وغيره، لكن الأجرة في مقابلة الآلات لا الماء فعليه ما يسكب به الماء غير مضمون على الداخل وثيابه غير مضمونة على الحمامي ما لم يستحفظه عليها ويجيبه لذلك، ولو بالإشارة برأسه كما يعلم مما يأتي في الوديعة ولا يجب بيان ما يستأجر له في الدار لقرب التفاوت بين

السكنى ووضع المتاع ومن ثم حمل العقد على المعهود في مثلها من سكانها ولم تشترط معرفة عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد في مثلها (ثم) إذا وجدت الشروط في المنفعة (تارة تقدر) المنفعة (بزمان) فقط وضابطه كل ما لا ينضبط بالعمل وحينئذ يشترط علمه كرضاع هذا شهرا وتطيين أو تجصيص <ص: 143> أو اكتحال أو مداواة هذا يوما و (كدار) وأرض وأنية وثوب ويقول في دار تؤجر للسكنى لتسكنها فلا يصح على أن تسكنها، لأنه صريح في الاشتراط بخلاف ما قبله إذ ينتظم معه إن شئت قال بعض الأصحاب ولا لتسكنها وحدك (سنة) بمائة وأولها من فراغ العقد إذ يجب اتصالها بالعقد فإن لم تعلم كاجرتكها كل شهر بدينار لم يصح، ولو من إمام استأجر للأذان من ماله بخلافه من بيت المال فإن قال هذا الشهر وكل شهر بدينار صح في الأول فقط قال الماوردي مرة وتبعه الروياني وأقل مدة تؤجر للسكنى يوم فأكثر ومرة أقلها ثلاثة أيام وفي كل منهما نظر بل الأوجه ما قاله الأذرعي من جواز بعض يوم معلوم فقد يتعلق به غرض مسافر ونحوه، والضابط كون المنفعة في تلك المدة متقومة عند أهل العرف أي لذلك المحل، لكن هل يعتبر كونهم يعتادون إيجار مثله بالفعل أو بالقوة كل محتمل ليحسن بذلك المال في مقابلتها (وتارة) تقدر (بعمل) أي بمحله كما بأصله <ص: 144> أو بزمن (كدابة) معينة أو موصوفة للركوب أو لحمل شيء عليها (إلى مكة) أو ليركبها شهرا بشرط بيان الناحية التي يركب إليها ومحل تسليمها للمؤجر أو نائبه ولا ينافي هذين جواز الإبدال والتسليم للقاضي أو نائبه، لأن ذلك لا يعرف إلا بعد بيان الناحية ومحل التسليم حتى يبدلان بمثلها (وكخياطة ذا الثوب) أو ثوب صفته كذا كاستأجرتك لخياطته أو ألزمت ذمتك خياطته لتمييز هذه المنافع في نفسها من غير تقدير مدة و كاستأجرتك للخياطة شهرا ويشترط في هذه بيان ما يخطه وفي الكل كما سيعلم من كلامه بيان كونه قميصا أو غيره وطوله وعرضه ونوع الخياطة أي رومية أو غيرها هذا إن اختلفت العادة وإلا حمل المطلق عليها وبما تقرر يعلم أنه لا يتأتى التقدير بالزمن في إجارة الذمة فلو قال ألزمت ذمتك عمل الخياطة شهرا لم يصح، لأنه لم يعين عاملا ولا محلا للعمل وقيده ابن الرفعة بحثا وسبقه إليه القفال بما إذا

لم يبين صفة العمل ولا محله وإلا بأن بين صفته أو محله صح قال القفال، لأنه لا فرق بين الإشارة إلى الثوب أو وصفه وتارة تقدر بعمل فقط كبيع كذا وقبضه وكالحج (فلو جمعهما) أي العمل والزمان (فاستأجره ليخيطه) أي هذا الثوب يوما معيناً أو ليحترث هذه الأرض أو يبني هذا الحائط (بياض النهار) المعين (لم يصح في الأصح) للفرق إذ قد يتقدم العمل، وقد يتأخر نعم إن قصد التقدير بالعمل فقط وإن ذكر الزمن إنما هو للجمل على التعجيل صح على الأوجه قال السبكي وغيره أخذاً من نص البويطي ويصح أيضاً فيما لو صغر الثوب بحيث يفرغ منه عادة في دون النهار، ولا يخلو عن نظر، لأنه قد يعرض له عائق عن إكماله في ذلك النهار إلا أن يجاب بأنه خلاف الأصل بل والغالب فلم يلتفت إليه ويظهر أنه إذا >ص:

145 < عرض ذلك تخير المستأجر

(فرع) يستثنى من زمن الإجارة فعل المكتوبة ولو جمعة لم يخش من الذهاب إليها على عمله وطهارتها وراتبتها وزمن الأكل وقضاء الحاجة وظاهر أن المراد أقل زمن يحتاج إليه فيهما وهل زمن شراء ما يحتاجه لأكله كذلك فيه نظر، ويتجه أنه إن أمكن إعداده قبل العمل أو إنابة من يشتريه له تبرعاً لم يغتفر له زمنه ولا نظر للمنة في الثانية لقولهم إن الإنسان يستنكف من الاستعانة بمال الغير لا ببدنه وإلا اغتفر له بأقل ما يمكن أيضاً وهل يجري ذلك في شراء قوت ممونه المحتاج إليه فيه نظر ظاهر دون نحو الذهاب للمسجد إلا إن قرب جداً وإمامه لا يطيل على احتمال ويلزمه تخفيفها مع إتمامها أي بأن يقتصر على أقل الكمال ولا يستوفي الكمال كما علم مما مر في رضا المحصورين بالتطويل نعم تبطل إجارة أيام معينة باستثناء زمن ذلك على ما في قواعد الزركشي من تفرده استثناء من قاعدة أن الحاصل ضمناً لا يضر التعرض له ووجه بأن فيه الجهل بمقدار الوقت المستثنى مع إخراجهم عن مسمى اللفظ وإن وافق الاستثناء الشرعي، وفيه نظر ظاهر كما ترى بل الأوجه خلافه ثم رأيت من وجهه بما ذكر ثم قال لو قيل يصح وتحمل الأوقات على العادة الغالبة لم يبعد، (ويقدر تعليم) نحو (القرآن بمدة) كشهر ونظير ما مر في نحو الخياطة ولا نظر لاختلاف صعوبته وسهولته، لأنه ليس عليه قدر معين حتى يتعب نفسه في

تحصيله هذا إن لم يريد القرآن جميعه بل ما يسمى قرآنا فإن أراد جميعه <ص: 146> كان من الجمع بين التقدير بالعمل والزمن وكذا إن أطلقا لقول الشافعي إن القرآن بأل لا يطلق إلا على الكل وفي دخول الجمع في المدة تردد كما لو استأجر ظهرا ليركبه في الطريق واعتيد نزول بعضهما هل يلزم المكثري ذلك والذي رجحه البلقيني عدم الدخول كالأحد للنصاري أخذا من إفتاء الغزالي أن السبت لا يدخل في استئجار يهودي شهرا لاطراد العرف به، قيل وفيه نظر وكان وجهه أن عرف اليهود محرم للاشتغال يوم السبت ومثلهم النصاري في الأحد بخلاف عرفنا في الجمع (أو تعيين سور) كاملة أو آيات كعشر من أول سورة كذا للفتاوت وشرط القاضي أن يكون في التعليم كلفة كأن لا يتعلم الفاتحة مثلا إلا في نصف يوم فإن تعلمها في مرتين لم يصح الاستئجار وبه جزم الرافعي بالنسبة للصداق والذي يتجه أن المدار على الكلفة عرفا كإقرائها، ولو مرة خلاف ما يوهمه قوله نصف يوم وجزم الماوردي بأنه لا يصح الاستئجار لدون ثلاثة آيات لأن تعين القرآن يقتضي الإعجاز ودونها لا إعجاز فيه وفيه نظر ظاهر بل الذي يتجه خلافه، لأن المدار هنا على من ينتفع به وما دون الثلاث ينتفع به، وأما الإعجاز فاعتباره إنما هو لرد عناد أو نحوه فلا مدخل له هنا على أن التحقيق أن ما دونها معجز كما قاله جمع <ص: 147> ولا يشترط تعيين قراءة نافع مثلا، لأن الأمر في ذلك قريب فإن عين شيئا تعين فإن أقرأه غيره فالذي يتجه أن له أجره المثل، لأنه أتى بأصل العمل المقصود كما أفهمه التعليل المذكور، ولو كان ينسى ما يتعلمه لوقته ففيه وجوه أصحها اعتبار العرف الغالب في إعادة التعليم أنسي قبل انقضاء المجلس أو بعده فإن لم يكن غالب فالذي يظهر وجوب البيان في العقد فإن طرأ كونه ينسى بعده احتمل أن يقال يتخير الأجير وأن يقال لا يلزمه التجديد لما حفظ سواء فيما ذكر أنسيه قبل كمال الآية أم بعدها ثم رأيت شيخنا قال فإن لم يكن عرف غالب فالأوجه اعتبار ما دون الآية فإذا علمه بعضها فنسيه قبل أن يفرغ من باقيها لزم الأجير إعادة تعليمها ه، وفي البيان محل الخلاف فيما إذا علمه آية فأكثر وإلا وجبت الإعادة قطعاً، لأن بعض الآية لا يقع به الإعجاز ه. ولعل شيخنا أخذ ما ذكره من هذا وإن كان ما قاله فيما إذا لم

يغلب عرف وما في البيان فيما غلب وفيه نظر، لأننا إن اعتبرنا الإعجاز فدون ثلاث آيات لا إعجاز فيه على الأصح أو لم نعتبره وهو الوجه كما مر أنفاً أدركنا الأمر على العرف الغالب في الآية ودونها وعند عدم الغلبة هناك إبهام فاحتج لبيانه في العقد وإلا بطل وبه يتجه ما ذكرته <ص: 148> ويشترط تعيين المتعلم وإسلامه أو رجاء إسلامه ويفرق بينه وبين عدم جواز بيع نحو مصحف ممن يرجى إسلامه بأن ما يترتب على خلف الرجاء فيه من الامتهان أفحش مما يترتب على التعليم هنا لا رؤيته ولا اختبار حفظه نعم إن وجد فيه خارجاً عن عادة أمثاله تخير كما بحثه ابن الرفعة وعلمهما بما عقد عليه وإلا وكلا من يعلمه ولا يكفي أن يفتح المصحف ويعينا قدراً منه لاختلاف المشار إليه صعوبة وسهولة وفارق الاكتفاء بمشاهدة الكفيل في البيع كما مر بأنه توثقة للعقد لا معقود عليه ويسهل السؤال عنه فخف أمره.

(فرع) يصح الاستئجار للخدمة ثم إن عينا شيئاً اتبع وإلا اتبع العرف اللائق بالأجير والمستأجر وكان الهروي بينه بقوله يدخل فيها إذا أطلقت غسل ثوب وخطاطته وخبز وطحن وعجن وإيقاد نار في تنور وعلف دابة وحلب حلوبة وخدمة زوجة وفرش في دار وحمل ماء ليشرب المستأجر أو يتطهر أو هـ. لكن نقل الصعلوكي عن شيوخه أنه لا يدخل علف الدابة وحلب الحلوبة ويأتي أوائل الوصية بالمنافع أنه لا تجب كتابة وبناء (وفي) استئجار شخص لفعل (البناء) على أرض أو نحو سقف (يبين الوضع) الذي يبني فيه الجدار (والطول) له وهو الامتداد من إحدى الراويتين إلى الأخرى (والعرض) وهو ما بين وجهي الجدار (والسمك) بفتح أوله وهو الارتفاع إن قدر بالعمل (وما يبني به) من حجر أو غيره (وكيفية البناء) أهو منضد أو مسنم أو مجوف (إن قدر بالعمل) أو بالزمن كما صرح به العمراني وغيره لاختلاف الغرض به واعتمده الأزرعي أخذاً مما مر في خياطة قدرت بزمن أنه لا بد أن يعين ما يخطه وفارق ما ذكر تقدير الحفر بالزمن فإنه لا يشترط فيه بيان شيء من ذلك بأن الغرض يختلف في الخياطة والبناء بخلاف الحفر ولو استأجر محلاً للبناء عليه <ص: 149> وهو نحو سقف اشترط جميع ذلك أو أرض اشترط غير الارتفاع وما يبني به وصفة البناء، لأنها تحمل كل شيء وأفتى ابن

الرفعة في استئجار علو دكان موقوفة للبناء عليه بجوازه إن كان عليه حالة الوقف بناء وتعذرت إعادته حالا ومآلا ولم يضر بالسفل قال وإن لم يكن عليه بناء واعتيد انتفاع المستأجر بسطحه وكان البناء عليه يمنع من ذلك وتنقص بسببه أجرته لم يجز وإن زادت أجره البناء على ما نقص من أجرته، لأن ذلك تغيير للوقف مع إمكان بقاءه وإن لم يوجد ذلك جاز واعترض السبكي ما قاله من الجواز بأنه خلاف المنقول لقولهم لو انقلع البناء والغراس لم يؤجر الأرض ليبنى فيها غير ما كانت عليه بل ينتفع بها بزرع أو نحوه إلى أن تعاد لما كانت عليه وخلاف المدرك، لأن الباني قد يستولي عليه ويدعي ملك السفلى ويعجز الناظر عن بينة تدفعه. (وإذا صلحت) بفتح اللام وضمها (الأرض لبناء وزراعة وغراس) أو لاثنتين من ذلك (اشتراط) في صحة إجارتها (تعيين) نوع (المنفعة) المستأجر لها لاختلاف ضررها (ويكفي تعيين الزراعة) بأن يقول للزراعة أو لتزرعها (عن ذكر ما يزرع في الأصح) فيزرع ما شاء لقلّة تفاوت أنواع الزرع ومن ثم لم ينزل على أقلها ضررا وأجريا ذلك في لتغرس أو لتبني فلا يشترط بيان أفرادهما فيغرس أو يبني ما شاء واعترضا بكثرة التفاوت في أنواع هذين ويرد بمنع ذلك فإيهام المتن اختصاص ذلك بالزراعة غير مراد وخرج بصلحت <ص: 150> لذلك ما لو لم تصلح إلا لأحدهما فلا يشترط تعيينه وفيما إذا لم تصلح إلا للزراعة يلزم غاصبها في سني الجذب أجره مثلها في مدة الاستيلاء عليها لإمكان الانتفاع بها بنحو ربط الدواب فيها، وأما إفتاء بعضهم بخلاف ذلك معللا له بأنه لا أجره لها في ذلك الوقت وعداه غيره إلى بيوت منى من حيث الانتفاع بالآلة في غير أيام الموسم فليس في محله، لأننا لا نعتبر في تغريم الغاصب أن للمغصوب أجره بالفعل بل بالإمكان حيث أمكن الانتفاع به وجبت أجرته على أنه لو قيل في آلات منى لا أجره فيها مطلقا لم يبعد، لأن مالكة متعد بوضعها ثم، فلم يناسب وجوب أجره لها، لأن فيه منع الناس من استيفاء منافع أرضها المباحة لهم (ولو قال) آجرتها (لتنفع بها بما شئت صح) ويصنع ما شاء لرضاه به، لكن شرط ابن الصباغ في أرض الزراعة عدم الإضرار فيجب إراحتها إذا اعتيدت كالدابة، وقد يفرق بأن إتعاب الدابة المضر بها حرام حتى على مالكة بخلاف الأرض،

وظاهر أن الآدمي ليس مثلهما في ذلك فلا تصح إجارته لينتفع به المؤجر ما شاء (وكذا) تصح (لو قال) له (إن شئت فازرع) ها (إن شئت فاغرس) ها (في الأصح) ويتخير بينهما فيصنع ما شاء من زرع أو غرس، لأنه رضي بالأضر ولا يصح لتزرع وتغرس ولا ازرعها واغرسها لأنه لم يبين قدر كل منهما <ص: 151> بل قال القفال لا يصح ازرع النصف واغرس النصف حتى يبين جانب كل (ويشترط في إجارة دابة لركوب) عينا أو ذمة (معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام) له بنحو ضخامة أو نحافة ليعرف زنته تخميناً وقول الجلال البلقيني لا بد من الوزن مع الوصف ضعيف وإنما اعتبروا في نحو المحمل الوصف مع الوزن، لأنه إذا عين لا يتغير والراكب قد يتغير بسمن أو هزال فلم يعتبر جميعهما فيه (وقيل لا يكفي الوصف) وتتعين المشاهدة للخبر السابق {ليس الخبر كالمعاينة} ولما يأتي أنه لا يكفي وصف الرضيع وأطالوا في ترجيحه، لأنه الذي عليه الأكثرون بل الأول بحث لهما فقط (وكذا الحكم فيما) معه من زاملة ونحوها كما بأصله ولا ترد عليه خلافاً لمن زعمه، لأن كلامه الآتي في المحمل يفيد وفيما (يركب عليه من محمل وغيره) كسرج أو إكاف (إن) فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد و (كان) ذلك (له) أي تحت يده ولو بعارية يشترط أحدهما إن ذكر في العقد، لكن المعتمد أنه لا بد هنا من الرؤية مع الامتحان باليد إن أمكن وألحقوا نحو المحمل بالزاملة لا بالمحمول الآتي الاكتفاء فيه بأحد هذين، لأن الفرض كما تقرر أنه لا عرف مطرد ثم مع فحش تفاوته إذ نحو الخشب يتفاوت ثقله فلا يحيط به العيان وبه يرد تنظير ابن الرفعة في ذلك أو من الوصف مع الوزن أما لو اطرد بما يركب عليه عرف أو لم يكن للراكب فلا يحتاج لمعرفته ويحمل في الأولى على العرف ويركبه المؤجر في الثانية <ص: 152> على ما يليق بالدابة كما يأتي وإن حضر الراكب ما يركب عليه ولا بد في نحو المحمل من وطاء فيه يجلس عليه وكذا غطاء له إن شرط في العقد ويعرف أحدهما بأحد ذينك ما لم يكن فيه عرف مطرد فيحمل الإطلاق عليه (ولو شرط) في عقد الإجارة (حمل المعاليق) جمع معلوق بضم الميم، وقيل معلوق كسفرة وقدر وضحن وإبريق وإداوة وقصعة فارغة أو فيها نحو ماء أو زاد قال الماوردي ومضربة ومخدة

(مطلقا) عن الرؤية مع الامتحان باليد وعن الوصف مع الوزن (فسد العقد في الأصح) لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة ولا يشترط تقدير ما يأكله كل يوم (وإن لم يشترطه) أي حمل المعاليق (لم يستحق حملها) ولا حمل بعضها وإن خف كإداوة اعتيد حملها على ما اقتضاه إطلاقهم وذلك لاختلاف الناس فيها.

(وبشترط في إجارة العين) لدابة لركوب أو حمل (تعيين الدابة) أي عدم إبهامها فلا يكفي أحد هذين وزعم أن هذا معلوم من أول الفصل بتسليمه لا يمنع التصريح به (وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب) والأظهر اشتراطه وكذا يشترط قدرتها على ما استؤجرت لحمله (و) يشترط (في إجارة الذمة) للركوب (ذكر الجنس والنوع) وقد يغني عن الجنس (والذكورة والأنوثة) كبيع بختي ذكر لاختلاف الغرض بذلك ووجهه في الأخير أن الذكر أقوى والأنثى أسهل ويشترط أيضا ذكر كيفية سيرها ككونها بحرا أو قطوفا (وبشترط فيهما) أي إجارة العين والذمة للركوب (بيان قدر السير كل يوم) وكونه ليلا أو نهارا والنزول في عامر أو صحراء لتفاوت الغرض بذلك ويجوز مجاوزة المحل المشروط والنقص عنه لخوف ظن منه ضرر دون غيره كما لو استأجر دابة لبلد ويعود عليها فإنه لا يحسب عليه مدة إقامتها <ص: 153> لخوف (إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة) بالعادة (فينزل) قدر السير (عليها) ما لم يشترط خلافه فإن لم ينضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده هذا كله إن كانت الطريق آمنة وإلا لم يجز تقدير السير فيه، لأنه لا يتعلق بالاختيار ذكره جمع قالا ومقتضاه امتناع التقدير بالزمان أيضا وحينئذ يتعذر الاستئجار في طريق تخوفه لا منازل بها مضبوطة اهـ. وقال الأذرعى قضية كلام الشامل صحة التقدير من بلد كذا إلى بلد كذا للضرورة.

(ويجب في الإيجار للحمل) إجارة عين أو ذمة (أن يعرف المحمول) لاختلاف تأثيره وضرره (فإن أحضر رآه) إن ظهر (وامتحنه بيده إن) لم يظهر كان كان في ظلمة أو (كان في ظرف) وأمكن تخميننا لوزنه (وإن غاب) أو حضر (قدر بكيل) إن كان مكيلا (أو وزن) إن كان موزونا أو مكيلا، لأن ذلك طريق معرفته والوزن في كل شيء أولى لأنه أضبط (و) أن يعرف (جنسه) أي المحمول المكيل لاختلاف تأثيره

في الدابة وإن اتحد كيله كما في الملح والذرة أما الموزون كأجرتها لتحمل عليها مائة رطل وإن لم يقل مما شئت فلا يشترط ذكر جنسه، لأنه رضا منه بأضر الأجناس بخلاف عشرة أقفزة مما شئت فإنه لا يغني عن ذكر الجنس لكثرة الاختلاف مع اتحاد الكيل وأين ثقل الملح من ثقل الذرة <ص: 154> وقلته مع اتحاد الوزن ولا يصح لتحمل عليها ما شئت بخلاف لتزرعها ما شئت، لأن الأرض تطيق كل شيء ومتى قدر بوزن للمحمول كمائة رطل حنطة أو كيله لم يدخل الظرف فيشترط رؤيته كحباله أو وصفهما ما لم يطرد العرف ثم بغائر متماثلة أي قريبة التماثل عرفا كما هو ظاهر ويأتي ذلك فيما إذا أدخل الظرف في الحساب ففي مائة من بظرفها لا بد أن يذكر جنس الظرف أو يقول مائة من مما شئت وفي مائة قدح بر بظرفها لا بد أن يكون مما لا يختلف عرفا كما ذكر أما لو قال مائة رطل فالظرف منها (لا جنس الدابة وصفتها) فلا يشترط معرفتهما في الإجارة للحمل (إن كانت إجارة ذمة) <ص: 155> لأن الغرض مجرد نقل متاع الملتزم في الذمة وهو لا يختلف باختلاف الدواب (إلا أن يكون) في الطريق نحو وحل أو يكون (المحمول) الذي شرط في العقد (زجاجا) بثلاث أوله (ونحوه) مما يسرع انكساره كالخزف فيشترط معرفة جنس الدابة وصفتها كما في الإجارة للركوب مطلقا لاختلاف الغرض باختلافها في ذلك وإنما لم يشترطوا في المحمول التعرض لسير الدابة مع اختلاف الغرض به سرعة وإبطاء عن القافلة، لأن المنازل تجمعهم والعادة تبين والضعف في الدابة عيب وبحث الزركشي وجوب تعيينها في التقدير بالزمن لاختلاف السير باختلاف الدواب.

(فصل) في منافع لا يجوز الاستئجار لها ومنافع يخفى الجواز فيها وما يعتبر فيها (لا تصح إجارة مسلم لجهاد) وإن قصد إقامة هذا الشعار وصرف عائدته للإسلام على الأوجه، لأنه يتعين عليه بحضور الصف مع وقوعه عن نفسه وبه فارق حل أخذ الأجرة على نحو تعليم تعين عليه أما الذمي فيصح، لكن من الإمام فقط استئجاره للجهاد كما يأتي في باب (ولا) لفعل (عبادة تجب لها) أي فيها (نية) لها أو لمتعلقها بحيث يتوقف أصل حصولها عليها

فالمراد بالوجوب ما لا بد منه، لأن القصد امتحان المكلف بها بكسر نفسه بالامتحان وغيره لا يقوم مقامه فيه ولا يستحق الأجير شيئاً وإن عمل طامعاً <ص: 156> لقولهم كل ما لا يصح الاستئجار له لا أجره لفاعله وإن عمل طامعاً وألحقوا بتلك الإمامة ولو في نفل، لأنه مصل لنفسه فمن أراد اقتدى به وإن لم ينو الإمامة، وتوقف فضل الجماعة على نيتها فائدة تختص به فلا يعود على المستأجر منها شيء أما ما لا تجب له نية كالأذان فيصح الاستئجار عليه والأجرة مقابلة لجميعة مع نحو رعاية الوقف ودخل في تجب زيارة قبره صلى الله عليه وسلم للوقوف عنده ومشاهدته فلا يصح الاستئجار لها كما قاله الماوردي وغيره فزيارة قبر غيره أولى بخلاف الدعاء عند زيارة قبره المكرم، لأنه مما تدخله النيابة وبخلاف السلام عليه صلى الله عليه وسلم فتدخلهما الإجارة والجعالة ومر أوائل الحج ما له تعلق بذلك فراجعه <ص: 157> واختار أبو عبد الله الأصبحي جواز الاستئجار للزيارة ونقله عن ابن سراحة (إلا الحج) والعمرة فيجوز الاستئجار لهما ولأحدهما عن ميت أو معضوب كما مر ويتبعهما صلاة ركعتي نحو الطواف لوقوعهما عن المستأجر (وتفرقة زكاة) وكفارة وذبح وتفرقة أضحية وهدى وصوم عن ميت وسائر ما يقبل النيابة وإن توقف على النية لما فيها من شائبة المال. (وتصح) الإجارة لكل ما لا تجب له نية كما أفهمه كلامه، ومن ثم فصله عما قبله المستثنى من المنطوق فتصح لتحصيل مباح كصيد و (لتجهيز ميت ودفنه) عطف خاص على عام وإن تعين عليه، لأن مؤن ذلك في تركته أصالة في مال ممونه ثم المياسير فلم يقصد الأجير لفعله حتى يقع عنه (وتعليم القرآن) كله أو بعضه وإن تعين عليه للخبر الصحيح {إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله} وصرح به مع علمه مما قدمه في تقريره نظراً لاستثنائه من العبادة واهتماماً به لشهرة الخلاف فيه وكثرة الأحاديث الدالة بظاهرها على امتناعه كما بينتها مع ما يعارضها ومع مسائل عزيزة النقل تتعلق بالتعليم والمعلمين في تأليف مستقل، ولو قال سيد قن صغير لمعلمه لا تدعه يخرج لقضاء الحاجة إلا مع وكيل ووكل به صغيراً فهرب منه ضمنه، لأنه مفرط ولا تصح بقضاء ولا لتدريس علم أو إعادته إلا إن عين المتعلم وما يعلمه وكذا القضاء على الأوجه ويصح الاستئجار لقراءة

القرآن عند القبر <ص: 158> أو مع الدعاء بمثل ما حصل من الأجر له أو بغيره عقبها عين زمانا أو مكانا أو لا. ونية الثواب له من غير دعاء لغو خلافا لجمع وإن اختار السبكي ما قالوه وكذا أهديت قراءتي أو ثوابها له خلافا لجمع أيضا أو بحضرة المستأجر أي أو نحو ولده فيما يظهر ومع ذكره في القلب حالتها كما ذكره بعضهم، وذلك لأن موضعها موضع بركة وتنزل رحمة والدعاء بعدها أقرب إجابة وإحضار المستأجر في القلب سبب لشمول الرحمة له إذا تنزلت على قلب القارئ وألحق بها الاستئجار لمحض الذكر والدعاء عقبه وما اعتيد في الدعاء بعدها من جعل ثواب ذلك أو مثله مقدما إلى حضرته صلى الله عليه وسلم أو زيادة في شرفه <ص: 159> جائز كما قاله جماعات من المتأخرين بل حسن مندوب إليه خلافا لمن وهم فيه، لأنه صلى الله عليه وسلم أذن لنا بأمره بنحو سؤال الوسيلة له في كل دعاء له بما فيه زيادة تعظيمه وحذف مثل في الأولى كثير شائع لغة واستعمالا نظير ما مر في بما باع به فلان فرسه وليس في الدعاء بالزيادة في الشرف ما يوهم النقص خلافا لمن وهم فيه أيضا كما بينته في الفتاوى وفي حديث أبي المشهور {كم أجعل لك من صلاتي} أي دعائي أصل عظيم في الدعاء له عقب القراءة وغيرها ومن الزيادة في شرفه أن يتقبل الله عمل الداعي بذلك ويشبه عليه وكل من أثيب من الأمة كان له صلى الله عليه وسلم مثل ثوابه مضاعفا بعدد الوسائط التي بينه وبين كل عامل مع اعتبار زيادة مضاعفة كل مرتبة عما بعدها ففي الأولى ثواب إبلاغ الصحابي وعمله وفي الثانية هذا وإبلاغ التابعي وعمله وفي الثالثة ذلك كله وإبلاغ تابع التابعي وعمله وهكذا وذلك شرف لا غاية له.

(فرع) استؤجر لقراءة فقرا جنبا ولو ناسيا لم يستحق شيئا، لأن القصد بالاستئجار لها حصول ثوابها لأنه أقرب إلى نزول الرحمة وقبول الدعاء عقبها والجنب لا ثواب له على قراءة بل على قصده في سورة النسيان كمن صلى بنجاسة ناسيا لا يثاب على أفعال الصلاة المتوقفة على الطهارة بل على ما لا يتوقف عليها كالقراءة والذكر والخشوع وقصده فعل العبادة مع عذره فمن أطلق إثابة الجنب الناسي يحمل كلامه على إثابته على القصد لا غيره وإثابته عليه لا تحصل غرض المستأجر المذكور ويؤيد عدم

الاعتداد بقراءته عدم ندب سجود التلاوة <ص: 160> لها كما مر وقولهم لو نذرها فقراً جنباً لم يجزئه، لأن القصد من النذر التقرب والمعصية أي ولو في الصورة لتدخل قراءة الناسي لا يتقرب بها وبه فارق البر بقراءة الجنب سواء أنص في حلفه على القراءة وحدها أو مع الجنابة ولغا النذر إن نص فيه عليها مع الجنابة ويظهر أن المستأجر لتعليم القرآن مستحق وإن كان جنباً، لأن الثواب هنا غير مقصود بالذات وإنما المقصود التعليم وهو حاصل مع الجنابة وأفتى بعضهم بأنه لو ترك من القراءة المستأجر عليها آيات لزمه قراءة ما تركه ولا يلزمه استئناف ما بعده وبأن من استؤجر لقراءة على قبر لا يلزمه عند الشروع أن ينوي أن ذلك عما استؤجر عنه أي بل الشرط عدم الصارف فإن قلت صرحوا في النذر بأنه لا بد أن ينوي أنها عنه قلت هنا قرينة صارفة لوقوعها عما استؤجر له ولا كذلك ثم ومن ثم لو استؤجر هنا لمطلق القراءة وصحناه احتاج للنية فيما يظهر أولاً لمطلقها كالقراءة بحضرته لم يحتج لها فذكر القبر مثال.

(و) تصح الإجارة من الزوج وغيره لحره أو أمة ولو كافرة إن أمنت على الأوجه (لحضانة) وهي الكبرى الآتية في كلامه من الحضن وهو من الإبط إلى الكشح، لأن الحضنة تضمه إليه (وإرضاع) ولو للبا (معا) وحينئذ المعقود عليه كلاهما، لأنهما مقصودان (ولأحدهما فقط) لأن الحضانة نوع خدمة. ولآية الإرضاع السابقة أول الباب <ص: 161> وتدخل فيه الحضانة الصغرى وهي وضعه في الحجر وإقامه الثدي وعصره له لتوقفه عليها ومن ثم كانت هي المعقود عليها واللبن تابع إذ الإجارة موضوعة للمنافع وإنما الأعيان تتبع للضرورة وإنما صحت له مع نفيها توسعة فيه لمزيد الحاجة إليه ويجب في ذلك تعيين مدة الرضاع ومحلّه أهو بيته، لأنه أحفظ له أو بيت المرضعة لأنه أسهل فإن امتنعت من ملازمة ما عين أو سافرت تخير ولا أجره لها من حين الفسخ، والصبى برؤيته أو وصفه على ما في الحاوي لاختلاف شربه باختلاف نحو سنه وتكلف المرضعة أكل وشرب كل ما يكثر اللبن وترك ما يضره كوطء حليل يضر وإلا تخير وعدم استمراء الطفل لبنها لعله فيه عيب يتخير به المستأجر، ولو سقته لبن غيرها في إجارة ذمة استحقت الأجرة أو عين فلا (والأصح أنه) أي الشأن (لا

يستتبع أحدهما) أي الإرضاع والحضانة الكبرى (الآخر) لاستقلالهما مع جواز استقلال كل منهما بالإجارة (والحضانة الكبرى (حفظ صبي) أي جنسه الصادق بالأثني والخنثى (وتعده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه) بفتح الدال (وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها) لاقتضاء اسم الحضانة ذلك عرفاً أما الدهن بالضم، فقليل على الأب وقيل تتبع فيه العادة والذي يتجه الأول <ص: 162> إذ العادة في ذلك لا تنضبط (ولو استأجر لهما) أي الحضانة الكبرى والإرضاع (فانقطع اللبن فالمذهب انفساخ العقد في الإرضاع) فيسقط قسطه من الأجرة (دون الحضانة) لما مر أن كلا منهما مقصود معقود عليه (والأصح أنه لا يجب حبر وخيط وكحل) وصبغ وطلع (على وراق) وهو الناسخ (وخياط وكحال) وصباغ وملقح اقتصاراً على مدلول اللفظ مع أن وضع الإجارة أنه لا يستحق بها عين (قلت صحح الرافعي في الشرح) الكبير (الرجوع فيه إلى العادة) إذ لا ضابط له لغة ولا شرعاً (تنبيه) غالب استدراقات المتن على أصله من الشرح وحينئذ فقد يقال ما حكمة الإسناد إليه في هذا الموضوع لا غير، وقد يجاب بأنه هنا لم يترجح له أحد الموضوعين المتناقضين فأرسلهما بخلاف البقية ثم رأيت للشارح ما قد يخالف ذلك وليس كما قال (فإن اضطربت) العادة (وجب البيان) نفيًا للغرض (وإلا) يبين في العقد من عليه ذلك (فتبطل الإجارة والله أعلم) لما فيها من الغرر المؤدي إلى التنازع لا إلى غاية وأفهم كلام الإمام أن الخلاف في إجارة الذمة أما العين فلا يجب فيها غير العمل <ص: 163> وقطع ابن الرفعة فيما إذا كانت على

مدة وجوز التردد فيما إذا كانت على عمل

(فرع) اقتضى كلامهم وصرح به بعضهم أن الطبيب الماهر أي بأن كان خطؤه نادراً وإن لم يكن ماهراً في العلم فيما يظهر، لأننا نجد بعض الأطباء استفاد من طول التجربة والعلاج ما قل به خطؤه جداً وبعضهم لعدم ذلك ما كثر به خطؤه فتعين الضبط بما ذكرته لو شرطت له أجرة وأعطى ثمن الأدوية فعالجه بها فلم يبرأ استحق المسمى إن صحت الإجارة وإلا فأجرة المثل وليس للعليل الرجوع عليه بشيء، لأن المستأجر عليه المعالجة لا الشفاء بل إن شرط بطلت الإجارة، لأنه بيد الله لا غير نعم إن جاعله عليه صح ولم يستحق المسمى إلا بعد وجوده كما هو

ظاهر أما غير الماهر المذكور فقياس ما يأتي أوائل الجراح والتعازير من أنه يضمن ما تولد من فعله بخلاف الماهر أنه لا يستحق أجره ويرجع عليه بثمن الأدوية لتقصيره بمباشرة لما ليس هو له بأهل ومن شأن هذا الإضرار لا النفع

(فصل) فيما يلزم المكري أو المكثري لعقار أو دابة (يجب) يعني يتعين لدفع الخيار الآتي على المكري (تسليم مفتاح) ضبة (الدار) معها (إلى المكثري) لتوقف الانتفاع عليه وهو أمانة بيده فإذا تلف بتقصيره ضمنه أو عدمه فلا وفيهما يلزم المكري تجديده فإن أبى لم يجبر ولم يآثم لكن يتخير المكثري وكذا في جميع ما يأتي <ص: 164> قال القاضي وتفسخ في مدة المنع اه وفيه نظر لأنه المقصر بعدم الفسخ مع ثبوت الخيار له نعم إن جهل الخيار وعذر فيه احتمل ما قاله وخرج بالضبة القفل فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لأنه منقول وليس بتابع (وعمارتها) الشاملة لنحو تطيين سطح وإعادة رخام قلعه هو أو غيره كما هو ظاهر ولا نظر لكون الفأنت به مجرد الزينة، لأنها غرض مقصود ومن ثم امتنع (على المؤجر) قلعه ابتداء ودواما وإن احتاجت لآلات جديدة (فإن يادر) أي قبل مضي مدة لها أجره كما هو ظاهر (وأصلحها) أو سلم المفتاح فذاك (وإلا) يبادر (فللمكثري) قهرا (على المؤجر الخيار) إن نقصت المنفعة بين الفسخ والإبقاء لتضرره ومن ثم زال بزواله فإذا وكف السقف تخير حالة الوكف فقط ما لم يتولد منه نقص وبحث أبو زرعة سقوطه بالبلاط بدل الرخام لأن التفاوت بينهما ليس فيه كبير وقع اه وفي إطلاقه ما فيه فالذي يتجه أنهما إن تفاوتتا أجره لها وقع تخير وإلا فلا وأنه لو شرط إبقاء الرخام فسخ بخلف الشرط هذا في حادث أما مقارنة علم به المكثري فلا خيار وإن علم أنه من وظيفة المكري لتقصيره بإقدامه مع علمه به ومحل ما ذكر في المتصرف لنفسه وفي الطلق أما المتصرف <ص: 165> عن غيره وفي الوقف فتجب العمارة لكن لا من حيث الإجارة ويلزم المؤجر أيضا انتزاع العين ممن غصبها ودفع نحو حريق ونهب عنها إن أراد دوام الإجارة وإلا تخير المستأجر ولو قدر عليه المستأجر من غير خطر لزمه كالوديع ويؤخذ منه أنه لو قصر ضمن

وأنه لا يكلف النزاع من الغاصب المتوقف على خصومة بل لا يجوز كالوديع، لأنهما لا يخاصمان وإن سمعت الدعوى عليهما لكون العين في يدهما كما يأتي أوائل الدعوى. (وكسح الثلج) أي كنسه (عن السطح) الذي لا ينتفع به الساكن كالجملون (على المؤجر) بالمعنى السابق (وتنظيف عرصة الدار) وسطحها الذي ينتفع به ساكنها كما بحثه ابن الرفعة (عن ثلج) وإن كثر (وكناسة) حصلا في دوام المدة وهي ما يسقط من نحو قشر وطعام ومثلها رماد الحمام وغيره (على المكتري) بمعنى أنه لا يلزم به المكري لتوقف كمال انتفاعه لا أصله على الثلج، ولأن الكناسة من فعله والتراب الحاصل بالريح لا يلزم واحدا منهما نقله وبعد انقضاء المدة يجبر المكتري على نقل الكناسة بل وفي أثائها إن أضرت بالسقوف كما هو ظاهر <ص: 166> وعليه بالمعنى السابق تنقية بالوعة وحش مما حصل فيهما بفعله ولا يجبر على تنقيتهما بعد المدة وفارقا الكناسة بأنهما نشأ عما لا بد منه بخلافها وبأن العرف فيها رفعها أولا فأولا بخلافهما ويلزم المؤجر تنقيتهما عند العقد بأن يسلمهما فارغين وإلا تخير المستأجر ومحلّه إن لم يعلم به أخذا مما مر ويحتمل الفرق بخفة المؤنة واعتياد المسامحة هنا لا ثم. (وإن أجر دابة لركوب) عينا أو ذمة (فعلى المؤجر) عند الإطلاق (إكاف) بكسر أوله وضمه وهو للحمار كالسرج للفرس وكالقتب للبعير وفسره غير واحد بالبرذعة ولعله مشترك وفي المطلب أنه يطلق في بلادنا على ما يوضع فوق البرذعة ويشد عليه بالحزام أو والمراد هنا ما تحت البرذعة (وبرذعة) بفتح أوله ثم زال معجمة أو مهملة وهي الحلس الذي تحت الرجل كذا في الصحاح في موضع كالمشارك، وقال في حلس: الحلس للبعير وهو كساء رقيق يكون تحت البرذعة وهي الآن ليست واحدا من هذين بل حلس غليظ محشو ليس معه شيء آخر غالبا (وحزام) وهو ما يشد به الإكاف (وثفر) بمثلثة وفاء مفتوحة وهو ما يجعل تحت ذنب الدابة (وبرة) بضم أوله وتخفيف الراء حلقة تجعل في أنف البعير (وخطام) بكسر أوله خيط يشد في البرة ثم يشد بطرف المقود بكسر الميم لتوقف التمكّن اللازم له عليها مع أطراد العرف به كما قالوه وبه يندفع بحث الزركشي أن محل ذلك إن أطرد العرف به وإلا وجب <ص: 167> البيان كما مر في نحو الجبر أما إذا

شرط أنه لا شيء عليه من ذلك فلا يلزمه. (وعلى المكتري محمل ومظلة) أي ما يظلل به على المحمل (ووظاء) وهو ما يفرش في المحمل ليجلس عليه (وغطاء) بكسر أولهما (وتوابعهما) كحبل يشد به المحمل على البعير أو أحد المحملين إلى الآخر لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع فلم يستحق بالإجارة ونقل الماوردي عن اتفاقهم أن الحبل الأول على الجمال، لأنه من آلة التمكين وهو متجه لأنه كالحزام وفارق الثاني بأن الثاني لإصلاح ملك المكتري (والأصح في السرج) للفرس المستأجر عند الإطلاق (اتباع العرف) قطعاً للنزاع هذا إن اطرده بمحل العقد وإلا وجب البيان نظير ما مر ولو اطرده العرف بخلاف ما نصوا عليه فهل يعمل به يظهر بناؤه على أن الاصطلاح الخاص هل يرفع الاصطلاح العام. وقضية كلامهم في مواضع الرفع وفي أخرى عدمه والذي يتجه هنا الأول لأن العرف هنا مع اختلافه باختلاف المحال كثيراً هو المستقل بالحكم فوجبت إناطته به مطلقاً وبه يفرق بينه وبين ما مر في المساقاة ويأتي في الإحداد (وظرف المحمول على المؤجر في إجارة الذمة) لالتزامه النقل (وعلى المكتري في إجارة العين) إذ ليس عليه إلا تسليم الدابة مع نحو إكافها وحفظ الدابة على صاحبها ما لم يسلمها له <ص: 168> ليسافر عليها وحده فيلزمه حفظها صيانة لها لأنه كوديع (وعلى المؤجر في إجارة الذمة الخروج مع الدابة) بنفسه أو نائبه (لتعهداها و) عليه أيضاً (إعانة الراكب في ركوبه ونزوله بحسب الحاجة) والعرف في كيفية الإعانة فينسخ البعير لنحو امرأة وضعيف حالة الركوب وإن كان قويا عند العقد ويقرب نحو الحمار من مرتفع ليسهل ركوبه وينزله لما لا يتأتى فعله عليها كطهر وصلاة فرض لا نحو أكل وينتظر فراغه ولا يلزمه مبالغة تخفيف ولا قصر ولا جمع وليس له التطويل على قدر الحاجة أي بالنسبة للوسط المعتدل من فعل نفسه فيما يظهر فإن طول فللمكري الفسخ قاله الماوردي وله النوم عليها وقت العادة دون غيره، لأن النائم يثقل ولا يلزمه النزول عنها للإراحة بل للعقبة إن كان ذكراً قويا ليس له وجهة ظاهرة بحيث يخل المشي بمروءته عادة ويجب الإيصال إلى أول البلد المكري إليها لا إلى مسكنه. (و) عليه أيضاً (رفع الحمل) بكسر الحاء أي المحمول وأما مفتوحها فهو نحو حمل البطن والشجر من

كل متصل (وحطه وشد المحمل وحله) وشد أحد المحملين إلى الآخر وهما بالأرض وأجرة دليل وخفير وسائق وقائد وحفظ متاع في المنزل <ص: 169> وكذا نحو دلو ورشاء في استئجار لاستقاء لاقتضاء العرف ذلك كله (وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكثري والداية) فلا يلزمه شيء مما مر لأنه لم يلتزم سوى التمكين منها المراد بالتخلية وظاهر عبارته أن مجرد التمكين كاف في استقرار الأجرة بمضي مدة الإجارة إن قدرت المنفعة بوقت وبمضي مدة إمكان الاستيفاء إن قدرت بعمل وإن لم يضع يده عليها ولا ينافيه تعليلهم لذلك بقولهم لتلف المنفعة تحت يده كالمبيع إذا تلف تحت يد المشتري لما قرره فيه وفيما يأتي إن عرضه عليه كقبضه له وله قبله إيجارها من المؤجر كما صححه في الروضة هنا لا من غيره وإذا وصل المحل المعين المستأجر له سلمها لمن يأتي فإن فقد استصحابها ولا يركبها إلا إذا كانت جموحا كالوديعة.

(وتنفسخ إجارة العين) بالنسبة للمستقبل <ص: 170> كما يأتي وذكرها هنا لضرورة التقسيم (بتلف الدابة) مثلا المستأجرة ولا تبدل لفوات المعقود عليه وبه فارق إبدالها في إجارة الذمة ولو كان تلفها أثناء الطريق استحق مالکها القسط من الأجرة بخلاف ما لو تلف العين المستأجر لحملها أثناء الطريق أخذا من قولهما لو احترق الثوب بعد خياطة بعضه بحضرة المالك أو في ملكه استحق القسط لوقوع العمل مسلما له ولو اكتراه لحمل جرة فانكسرت في الطريق لا شيء له والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب فوق العمل مسلما لظهور أثره على المحل والحمل لا يظهر أثره على الجرة اه قال بعضهم وبما قاله علم أنه يعتبر في وجوب القسط في الإجارة وقوع العمل مسلما وظهور أثره على المحل ولو أبراه المؤجر من الأجرة ثم تقايلا العقد لم يرجع المكثري عليه بشيء ولو أقر بعد دفع الأجرة بأنه لا حق له على المؤجر ثم بان فساد الإجارة رجع بها لأنه إنما أقر بناء على الظاهر من صحة العقد (ويثبت الخيار) على التراخي على القول المعتمد، لأن الضرر يتجدد بمرور الزمان (بعيها) المقارن إذا جهله والحادث لتضرره وهو ما أثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت أجرتها ككونها تعثر أو تتخلف عن القافلة لا خشونة مشيها كما جزما به لكن صوب الزركشي قول

ابن الرفعة إنه كصعوبة ظهرها عيب ولا تخالف لقولهم في البيع إنه عيب إن خشي منه السقوط وعليه يحمل الثاني وإذا علم بالعيب بعد المدة وجب له الأرش أو في أثنائها وفسخ وجب لما مضى وإن لم يفسخ لم يجب للمستقبل وتردد السبكي فيما مضى ورجح الغزي وجوبه (ولا خيار في إجارة الذمة) بعيب الدابة المحضرة ولا بتلفها (بل يلزمه الإبدال) لأنه لا يثبت فيها إلا السليم فإذا لم يرض بالمعيب رجع لما فيها فإن عجز عن الإبدال تخير المستأجر كما بحثه الأزرعي <ص: 171> ويختص المستأجر بما تسلمه فله إيجارها ولا يجوز إبدالها إلا برضاه ويقدم بمنفعتها على الغرماء (والطعام المحمول ليؤكل) في الطريق إذا لم يتعرض في العقد لإبداله ولا لعدمه (ويبدل إذا أكل في الأظهر) عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا وكأنهم إنما قدموه على العادة أنه لا يبدل لعدم اطرادها ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدل قطعاً. واختار السبكي أنه لا يجوز الإبدال إلا إن شرط قدرا يعلم أنه لا يكفيه وإذا قلنا لا يبدل فلم يأكل منه شيئاً فهل للمؤجر مطالبته بتنقيص قدر أكله الذي بحثه السبكي فيما إذا لم يقدره وحمل ما يحتاجه أن له ذلك، لأنه العرف وفيما إذا قدره أنه ليس له ذلك اتباعاً للشرط ثم مال إلى أنه كالأول واعتمده الأزرعي وخرج بقوله ليؤكل ما حمل ليوصل فيبدل قطعاً وبقوله إذا أكل ما تلف بسرقة أو غيرها فيبدل قطعاً على نزاع فيه وبفرضه الكلام في المأكول المشروب فيبدل قطعاً لأنه العرف.

(فصل) في بيان غاية المدة التي تقدر بها المنفعة تقريبا وكون يد الأجير يد أمانة وما يتبع ذلك (يصح عقد الإجارة) على العين (مدة تبقى فيها) تلك (العين) بصفاتها المقصودة كما هو ظاهر (غالبا) ليوثق باستيفاء المعقود عليه ولا يتقدر بمدة إذ لا توقيف فيه بل يرجع فيه لأهل الخبرة فيؤجر القن ثلاثين سنة والدابة عشر سنين والثوب سنتين أو سنة والأرض مائة سنة أو أكثر كذا قاله كالجهور وقولهم على ما يليق بكل يعلم به أن ذكر ذلك القدر للتمثيل لا للتقييد وأن ما ذكره من المدد لا يحسب جميعه من حين عقد الإجارة، لأنه يلزم عليه في القن مثلا إذا بلغ تسعين سنة مثلا يؤجر ثلاثين سنة من حينئذ وليس

كذلك إذ العين لا تبقى هنا غالباً سنة فضلاً عما زاد عليها <ص: 172> وإنما المراد حسبان ما مضى من الولادة ومدة الإجارة فإن بلغ المجموع ثلاثين جاز وإلا فلا ثم هذا ظاهر فيما قبل الثلاثين وإلا فقياس ما يأتي أنه لا يعطى من الزكاة حينئذ إلا لسنة، لأن العمر الغالب قد مضى أنه هنا كذلك، لأن ما يغلب فيه بقاء العين قد مضى فإن قلت فلم اعتبروا العمر الغالب ثم لا هنا قلت لأن الكلام ثم في مطلق البقاء وهنا في بقاء مخصوص وهو ما أشرت إليه بقولي بصفاتها المقصودة وقال الشيخ أبو حامد يجوز في القرن ستون سنة أي هي منتهاها وكذا الآتي لخبر الترمذي {أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين} أي الغالب فيهم ذلك وجوز ابن كح فيه مائة وعشرين وفي الدابة عشرون والدار مائة وخمسون والأرض خمسمائة فأكثر وجوز في الشامل كالقفال بلوغها فيها ألفاً واعترض بما مر في البيع أنه لا يجوز التأجيل بها لبعده بقاء الدنيا إليها ويجري ذلك في الوقف لكن إن وقع على وفق الحاجة والمصلحة لعين الوقف بأن توقفت عمارته على تلك المدة الطويلة لا للموقوف عليهم كما بينته في كتاب حافل سميته الإتحاف ببيان حكم إجارة الأوقاف.

وإصطلاح الحكام على أنه لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس استحسان منهم، وإن رد بأنه لا معنى له على أنه لم ينقل عن مجتهد شافعي منهم وإنما اشترطنا ذلك لفساد الزمان بغلبة الاستيلاء على الوقف عند طول المدة وأيضاً فشرطها في غير ناظر مستحق وحده أن يكون بأجرة المثل وتقويم المدة المستقبلية البعيدة صعب وأيضاً ففيها منع الانتقال للبطن الثاني وضياع الأجرة عليهم غالباً إذا قبضت وسيأتي أنه يتبع شرط الواقف أن لا يؤجر إلا سنة مثلاً وأن الولي لا يؤجر موليه أو ماله إلا مدة لا يبلغ فيها بالسن وإلا بطلت في الزائد ومر أن الراهن لا يؤجر <ص: 173> المرهون لأجنبي إلا مدة لا تجاوز حلول الدين ولا يجوز إجارة الإقطاع أكثر من سنة كما نقله البدر بن جماعة عن المحققين، وبحث البلقيني في منذور عتقه بعد سنة من شفاء مريضه أنه لا يجوز إيجاره أكثر منها لئلا يؤدي إلى دوامها عليه بعد عتقه لما يأتي أنها لا تنفسخ بطرو العتق (وفي قول لا يزداد) فيها (على سنة) مطلقاً لاندفاع الحاجة بها وقول السرخسي إنه المذهب في

الوقف شاذ، بل قيل غلط (وفي قول) لا تزداد على (ثلاثين) سنة لأن الغالب تغير الأشياء بعدها ورد بأن ذكرها في النص للتمثيل وإذا زيد على سنة لم يجب بيان حصة كل بل توزع الأجرة على قيمة منافع السنين ومر بيان أقل ما يؤجر له العقار، وقد لا يجب تقدير المدة كما يأتي في سواد العراق وليس مثله إيجار وكيل بيت المال أراضيه لبناء أو زرع من غير تقدير مدة بل هو باطل إذ لا مصلحة كلية يغتفر لأجلها ذلك وكاستئجار الإمام من بيت المال للأذان أو لذمي للجهاد وكالاستئجار للعلو للبناء أو إجراء الماء.

(وللمكتري استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره) الأمين لأنها ملكه فإن شرط عليه أن يستوفيه بنفسه فسد العقد كالشرط على مشتر أن لا يبيع (فيركب ويسكن) ويلبس (مثله) في الضرر اللاحق للعين ودونه بالأولى، لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة (ولا يسكن حدادا و) لا (قصارا) إذا لم يكن هو كذلك لزيادة الضرر قال جمع إلا إذا قال لتسكن من شئت <ص: 174> كازرع ما شئت ونظر فيه الأذرعى بأن مثل هذا إنما يراد به التوسعة لا الإذن في الإضرار وفيه نظر ولا يجوز إبدال حمل بإركاب ونحو قطن بحديد وحداد بقصار والعكوس وإن قال الخبراء لا يتفاوت الضرر (وما يستوفى منه كدار وداية معينة) قيد للداية فقط لما قدمه أن الدار لا تكون إلا معينة (لا يبدل) أي لا يجوز إبداله، لأنهما المعقود عليه ومن ثم انفسخ العقد بتلفهما وتخير بعيتهما أما في إجارة الذمة فيجب الإبدال لتلف أو تعيب ويجوز عند عدمهما لكن برضا المكتري، لأنه بالقبض اختص به كما مر (وما يستوفى به كثوب وصبي عين) الأول (للخياطة و) الثاني لفعل (الارتضاع) بأن التزم في ذمته خياطة أو إرضاع موصوف ثم عين وأفرد الضمير <ص: 175> لأن القصد التنويع كما قرره فاندفع ما قيل إيقاع ضمير المفرد موقع ضمير المثني شاذ (يجوز إبداله) بمثله (في الأصح) وإن أبى الأجير، لأنه طريق للاستيفاء لا معقود عليه فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل وانتصر للمقابل بأنه الذي عليه الأكثرون وبأنه كالمستوفى منه بجامع وجوب تعيين كل وما وجب تعيينه لا يجوز إبداله وبأن القفال حكى الإجماع في ألزمت ذمتك خياطة هذا على أنه يتعين ومحل الخلاف في إبداله

بغير معاوضة وإلا جاز قطعاً كما يجوز لمستأجر دابة أن يعاوض عنها بسكنى دار وفي ملتزم في الذمة كما قدمته أما لو استأجر لحمل معين فيجوز إبداله بمثله قطعاً ويجوز إبدال المستوفى فيه كطريق بمثلها مسافة وأماناً وسهولة أو حزونة بشرط أن لا يختلف محل التسليم إذ لا بد من بيان موضعه على ما نقله القمولي واعتمده ورد بقول الروضة لو استأجر دابة ليركبها إلى موضع فعن صاحب التقريب له ردها إلى المحل الذي سار منه إن لم ينهه صاحبها وقال الأكثرون ليس له ردها بل يسلمها ثم لو كبل المالك ثم الحاكم ثم الأمين فإن لم يجده ردها للضرورة ا ه ومر في شرح قوله وتارة بعمل ما يعمل منه إنما وجب بيان محل التسليم ليعلم حتى يبدل بمثله وحينئذ فلا تنافي بين جواز الإبدال واشتراط بيان محل التسليم <ص: 176> وحاصل ما مر أنه يجوز إبدال المستوفى كالراكب والمستوفى به كالمحمول والمستوفى فيه كالطريق بمثلها أو دونها ما لم يشرط عدم الإبدال في الأخيرين بخلافه في الأول، لأنه يفسد العقد كما مر ومحل جوازه فيهما إن عينا في العقد أو بعده وبقياً فإن عينا بعده ثم تلفاً وجب الإبدال برضا المكثري أو عينا فيه ثم تلفاً انفسخ العقد لا المستوفى منه بتفصيله السابق ويجب في الاستيفاء ومثله الخدمة كما مر ويأتي قبيل النذر <ص: 177> اتباع العرف فما استأجره للبس المطلق لا يلبسه وقت النوم ليلاً وإن اطردت عادتهم بخلافه على ما اقتضاه إطلاقهم بخلاف ما عداه ولو وقت النوم نهاراً وعليه نزع الأعلى في غير وقت التجمل.

(ويد المكثري على) العين المكثرة نحو (الدابة والثوب يد أمانة) فيأتي فيه ما سيذكره في الوديعة (مدة الإجارة) إن قدرت بزمن أو مدة إمكان استيفاء إن قدرت بمحل عمل إذ لا يمكن استيفاء المنفعة بدون وضع يده وبه فارق كون يده يد ضمان على ظرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه وله السفر بالعين المؤجرة حيث لا خطر في السفر، لأنه ملك المنفعة فيستوفىها حيث شاء كذا أطلقوه وظاهره أنه لا فرق بين إجارة العين وهو ظاهر والذمة وهو محتمل نعم سفره بها بعد المدة ينبغي أن يتأتى فيه ما يأتي في سفر الوديعة (وكذا بعدها في الأصح) ما لم يستعملها استصحاباً لما كان ولأنه لا يلزمه الرد ولا مؤنته

بل لو شرط أحدهما عليه فسد العقد وإنما الذي عليه التخلية كالوديع ورجح السبكي أنه كالأمانة الشرعية فيلزمه إعلام مالكيها بها أو الرد فوراً وإلا ضمن والمعتد خلافه ويفرق بأن هذا وضع يده بإذن المالك أولاً بخلاف ذي الأمانة الشرعية وإذا قلنا بالأصح إنه ليس عليه بعد المدة إلا التخلية فقضيته أنه لا يلزمه إعلام المؤجر بتفريغ العين بل الشرط أن لا يستعملها ولا يحبسها لو طلبها >ص: 178< وحينئذ يلزم من ذلك أنه لا فرق بين أن يقفل باب نحو الحانوت بعد تفريغه وأن لا، لكن قال البغوي لو استأجر حانوت شهراً فأغلق بابه وغاب شهرين لزمه المسمى للشهر الأول وأجرة المثل للشهر الثاني، قال وقد رأيت الشيخ القفال قال لو استأجر دابة يوماً فإذا بقيت عنده ولم ينتفع بها ولا حبسها عن مالكها لا تلزمه أجرة المثل لليوم الثاني، لأن الرد ليس واجباً عليه وإنما عليه التخلية إذا طلب مالكها بخلاف الحانوت، لأنه في حبسه وعلقته وتسليم الحانوت والدار لا يكون إلا بتسليم المفتاح ا هـ. وما قاله في الدابة واضح وفي الحانوت والدار من توقف التخلية فيهما على عدم غلقه لبايهما فيه نظر ولا نسلم له ما علل به، لأن التسليم لهما هنا يحصل وإن لم يدفع المؤجر له مفتاحهما كما يصرح به قولهم لو لم يسلمه له تخير في الفسخ المستلزم أنه إذا مضت مدة قبل الفسخ استقرت عليه أجرتها ومما يصرح بذلك أيضاً جزم الأنوار بأن مجرد غلق باب دار لا يكون غصبا لها، فالذي يتجه خلاف ما قاله القفال، لأن التقصير من المالك بعدم وضعه ليده عقب المدة وأما غلق المستأجر فهو محسن به لصونه له بذلك عن مفسد نعم ما ذكره البغوي في مسألة الغيبة متجه، لأن التقصير حينئذ من الغائب، لأن غلقه مع غيبته مانع للمالك من فتحه لاحتمال أن له فيه شيئاً وفيما إذا انقضت والإجارة لبناء أو غرس ولم يختر المستأجر القلع يتخير المؤجر بين الثلاثة السابقة في العارية ما لم يوقف وإلا ففيما عدا التملك ولو استعمل العين بعد المدة في غير نحو اللبس لدفع الدود كما يعلم مما يأتي في الوديعة لزمه أجرة المثل من نقد البلد الغالب في تلك المدة ولا نظر لما يتجدد بعدها لاستقرار الواجب بمضيها واستشهد لذلك بقولهما لو غصب مثلياً ثم تلف ثم فقد المثل غرم القيمة ويعتبر أكثر القيم من حين

الغصب إلى الفقد فإذا صحح هذا مع أن القيمة لم تجب إلا بعد الطلب وقبله الواجب المثل فهذا أولى، لأن وجوب أجرة المثل تستقر قبل الطلب.

(ولو ربط دابة أكثرها لحمل أو ركوب) مثلا (ولم ينتفع بها) وتلفت في المدة أو بعدها (لم يضمن) ها لأن يده يد أمانة وتقييده بالربط ليس قيذا في الحكم بل يستثنى منه قوله <ص: 179> (إلا إذا انهدم عليها إصطبل في وقت) للانتفاع (لو انتفع بها) فيه (لم يصيبها الهدم) لنسبته إلى تقصير حينئذ إذ الفرض أنه لا عذر له كما بحثه الأذرعى وقيد السبكي ذلك أخذا من تمثيلهما لما لا ينتفع بها فيه بجنح ليل شتاء بما إذا اعتيد الانتفاع بها في ذلك الوقت إذ لا يكون الربط سببا للتلف إلا حينئذ ورجح أيضا وتبعه الزركشي أن الضمان الحاصل بالربط ضمان يد فتصير مضمونة عليه بعد وإن لم تتلف، لأن الربط في وقت لم يعتد ربطها فيه وفي محل معرض للتلف تضييع ولو أكثرها ليركبها اليوم ويرجع غدا فأقامه بها ورجع في الثالث ضمنها فيه فقط، لأنه استعملها فيه تعديا ولو أكثرى عبدا لعمل معلوم ولم يبين موضعه فذهب به من بلد العقد إلى آخر فأبقى ضمنه مع الأجرة <ص: 180> (ولو تلف المال في يد أجير بلا تعد كثوب استؤجر لخياطته أو صبغه) بفتح أوله كما بخطه مصدرا (لم يضمن إن لم ينفرد باليد بأن قعد المستأجر معه) يعني كان بحضرته ويظهر الضبط هنا بما مر في ضبط مجلس الخيار (أو أحضره منزله) وإن لم يقعد معه أو حمل المتاع ومشى خلفه لثبوت يد المالك عليه حكما بل نقل عن قضية كلامهم أنه لا يد للأجير عليه وينبغي حمله على أنه لا يد له عليه مستقلة (وكذا إن انفرد) باليد بأن انتفى ما ذكر فلا يضمن أيضا (في أظهر الأقوال) لأنه إنما أثبت يده لغرضه وغرض المالك فأشبهه عامل القراض والمستأجر فإنهما لا يضمنان إجماعا (و) القول الثاني يضمن كالمستعير و (الثالث يضمن) الأجير (المشترك) بين الناس بقيمة يوم التلف (وهو من التزم عملا في ذمته) كخياطة سمي بذلك، لأنه يمكنه التزام عمل آخر لآخر وهكذا (لا المنفرد وهو من أجر نفسه) أي عينه (مدة معينة لعمل) أو أجر عينه وقدر بالعمل لاختصاص منافع هذا بالمستأجر فكان كالوكيل بخلاف الأول ولا تجري هذه الأقوال في أجير لحفظ دكان مثلا إذا أخذ غيره ما

فيها فلا يضمنه قطعا قال القفال، لأنه لم يسلم إليه المتاع وإنما هو بمنزلة حارس سكة سرق بعض بيوتها قال الزركشي ومنه يعرف أن الخفير لا ضمان عليه وهي مسألة يعز النقل فيها وخرج بقوله بلا تعد ما إذا تعدى كأن استأجره ليرعى دابته فأعطائها آخر يرعاها فيضمنها كل منهما والقرار على من تلفت في يده وكان أسرف خباز في الوقود أو مات المتعلم من ضرب المعلم فإنه يضمن ويصدق أجير أنه لم يتعد ما لم يشهد خبيران بخلافه (ولو) عمل لغيره عملا بإذنه كأن (دفع ثوبه إلى قصار ليقصره أو) إلى (خياط ليخطه ففعل ولم يذكر) أحدهما (أجرة) ولا ما يفهمها بحضرة الآخر فيسمعه ويجب أو يسكت كما شمله إطلاقهم <ص: 181> (فلا أجرة له) لأنه متبرع قال في البحر ولأنه لو قال أسكني دارك شهرا فأسكنه لا يستحق عليه أجرة إجماعا وبحث الأذرعى وجوبها في قن ومحجور سفه، لأنهما ليسا من أهل التبرع ومثلهما بالأولى غير مكلف (وقيل له) أجرة مثله لاستهلاكه منفعته (وقيل إن كان معروفا بذلك العمل) بالأجرة (فله) أجرة مثله وقال ابن عبد السلام بل الأجرة المعتادة بمثل ذلك العمل (وإلا فلا وقد يستحسن) ترجيحه لوضوح مدركه إذ هو العرف وهو يقوم مقام اللفظ كثيرا ومن ثم نقل عن الأكثرين وأفتى به كثيرون أما إذا ذكر أجرة فيستحقها قطعا إن صح العقد وإلا فأجرة المثل وأما إذا عرض بها كأرضيك أو لا أخيبك أو ترى ما يسرك أو أطعمك فتجب أجرة المثل نعم في الأخيرة يحسب على الأجير ما أطعمه إياه كما هو ظاهر، لأنه لا تبرع من المطعم، وقد تجب من غير تسميتها ولا تعريض بها كما في عامل الزكاة اكتفاء بثبوتها له بالنص فكأنها مسماة شرعا وكعامل مساقاة عمل غير لازم له بإذن المالك اكتفاء بذكر المقابل له في الجملة وكقاسم بأمر الحاكم على ما قاله جمع لكن أطال في رده في التوشيح ولا يستثنى وجوبها على داخل حمام <ص: 182> أو راكب سفينة مثلا بلا إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها إليه بخلافه بإذنه.

(ولو تعدى المستأجر) في ذات العين المؤجرة (بأن) أي كأن (ضرب الدابة أو كبجها) بموحدة فمهملة أي جذبها بلجامها (فوق العادة) فيهما أي بالنسبة لمثل تلك الدابة كما هو

ظاهر (أو أركبها أثقل منه أو أسكن حدادا أو قصارا) دق وهما أشد ضررا مما استؤجر له (ضمن العين) المؤجرة أي دخلت في ضمانه لتعديده أما ما هو العادة فلا يضمن به وإنما ضمن بضرب زوجته ومعلمه لإمكان تأديبهما باللفظ، وظن توقف إصلاحهما على الضرب إنما يبيحه فقط وفيما إذا أركب أثقل منه الضامن مستقرا الثاني إن علم وإلا فالأول وقيده الإسنوي بما إذا لم يضمن الثاني كالمستأجر وإلا كالمستعير ضمن مستقرا مطلقا، لأن المستأجر هنا لما تعدى بإركابه صار كالغاصب وأيد بقولهم لو لم يتعد بأن أركبها مثله فضررها فوق العادة ضمن الثاني فقط وخرج بذات العين منفعتها كان استأجر لبر فزرع ذرة فلا يضمن الأرض، لأنه لم يتعد إلا في منفعتها بل تلزمه أجرة مثل الذرة ولو ارتدفت ثالث وراء مكترين <ص: 183> بغير إذنهما ضمن الثلث، وقيل بقسط وزنه من أوزانهم واختير (وكذا) يضمن وإن تلفت بسبب آخر (لو اكرت لحميل مائة رطل حنطة فحمل مائة شعيرا أو عكس) لأنها لثقلها تجمع بمحل واحد وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر فاختلف ضررهما وكذا كل مختلفي الضرر كحديد وقطن ونازع فيه الأذرعى وأطال إذ لا فرق بينهما عرفا (أو) اكرت (لعشرة أقفزة شعير) جمع قفيز مكيال يسع اثني عشر صاعا (فحمل) عشرة أقفزة (حنطة) لأنها أثقل (دون عكسه) بأن اكتراه لحميل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيرا من غير زيادة أصلا فلا يضمن لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع أن الشعير أخف (ولو اكرت لحميل مائة فحمل) بالتشديد (مائة وعشرة لزمه) مع المسمى (أجرة المثل للزيادة) لتعديده بها <ص: 184> ومثل لها بالعشرة ليفيد اغتفار نحو الاثنيين مما يقع التفاوت به بين الكيلين (وإن تلفت بذلك) المحمول أو بسبب آخر (ضمنها) ضمان يد (إن لم يكن صاحبها معها) لأنه صار غاصبا لها بحمل الزيادة (فإن كان) صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره، لأن اليد هنا للمالك فكان الضمان للجناية فقط (ضمن قسط الزيادة) لاختصاص يده بها ومن ثم لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها في يد صاحبها (وفي قول) يضمن (نصف القيمة) توزيعا على الرءوس كجرح من واحد وجراحات من آخر وأجيب بتيسر التوزيع هنا لا ثم لاختلاف نكاياتها باطنا (ولو سلم المائة والعشرة

إلى المؤجر فحملها) بالتشديد (جاهلا) بالزيادة كأن قال له هي مائة فصدقه (ضمن المكثري) القسط نظير ما مر وأجرة الزيادة (على المذهب) إذ المكثري لجهله صار كالألة له أما العالم فكما في قوله (ولو) وضع المكثري ذلك بظهرها فسيرها المؤجر أو (وزن المؤجر وحمل) بالتشديد (فلا أجرة للزيادة) وإن غلط وعلم بها المستأجر، لأنه لم يأذن في حملها بل له مطالبة المؤجر بردها لمحلها وليس له ردها بدون إذن وإذا تلفت ضمنها ولو وزن المؤجر أو كال وحمل المستأجر <ص: 185> فكما لو كال بنفسه إن علم وكذا إن جهل كما اقتضاه كلام المتولي (ولا ضمان) على المستأجر (إن تلفت) الدابة إذ لا يد ولا تعدي بنقل ولو قال له المستأجر احمل هذا الزائد فكمستعير فيضمن القسط من الدابة إن تلفت بغير المحمول دون منفعتها. (ولو أعطاه ثوبا ليخيطه) بعد قطعه (فخاطه قباء وقال أمرتني بقطعه قباء فقال بل قميصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه) أنه لم يأذن له في قطعه قباء، لأنه المصدق في أصل الإذن فكذا في صفته والثاني يتحالفان وأطال الإسنوي في الانتصار له نقلا ومعنى ومنه أنهما لو اختلفا قبل قطعه تحالفا اتفاقا وكل ما أوجب التحالف مع بقائه أوجبه مع تغير أحواله وعليه يبدأ بالمالك كما قاله وقال الإسنوي بل بالخياط، لأنه بائع المنفعة (ولا أجرة عليه) بعد حلفه، لأنها إنما تجب بالإذن، وقد ثبت عدمه بيمينه (وعلى الخياط أرش النقص) لما ثبت من انتفاء الإذن والأصل الضمان وقضية ما تقرر من انتفاء الإذن من أصله أن المراد بالأرش ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا وهو ما رجحه الإسنوي كابن أبي عصرون وغيره وهو أوجه من ترجيح السبكي أنه ما مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء، لأن أصل القطع مأذون فيه ويجب بأنه لا نظر لهذا مع ثبوت المخالفة المقتضية لانتفاء الإذن من أصله بدليل عدم الأجرة له ويؤخذ من هذا ومن تفصيلهم المذكور في الروضة وغيرها في المخالفة في النسخ المستأجر له ومن قولهم لو استؤجر لنسخ كتاب فغير ترتيب أبوابه فإن أمكن البناء على بعض المكتوب <ص: 186> كأن كتب الباب الأول منفصلا بحيث يبني عليه استحق بقسطه من الأجرة وإلا فلا شيء له أن من استؤجر لتضريب ثوب بخيوط معدودة وقسمة بينة متساوية فخاطه بأنقص وأوسع في

القسمة لم يستحق شيئاً لمخالفته المشروط إلا إن تمكن من إتمامه كما شرط وأتمه فيستحق الكل أو من البناء على بعضه فيستحق أجرة ذلك البعض.

(فصل) فيما يقتضي انفساخ الإجارة والتخير في فسخها وعدمهما وما يتبع ذلك (لا تنفسخ إجارة) عينية أو في الذمة بنفسها ولا بفسخ أحد العاقدين (بعذر) لا يوجب خلا في المعقود عليه (كتعذر وقود) بفتح الواو كما بخطه ما يوقد به وبضمها المصدر (حمام) على مستأجره ومثله على الأوجه ما لو عدم دخول الناس له لفتنة أو خراب ما حوله كما لو خرب ما حول الدار أو الدكان والفرق بينهما غير صحيح، ومن ثم قيل لم يقل أحد فيمن استأجر رجا فعدم الحب لقط أنه يتخير (و) تعذر (سفر) بفتح الفاء بالدابة المستأجرة لطرو خوف مثلا وبسكونها جمع مسافر أي رفقة يخرج معهم ويصح عطفه على بعذر أي وكسفر أي طروه لمكتري دار مثلا (و) نحو (مرض مستأجر دابة لسفر) ومؤجرها الذي يلزمه الخروج معها إذ لا خلل في المعقود عليه والاستنابة ممكنة نعم التعذر الشرعي يوجب الانفساخ كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه وإمكان عوده لا نظر إليه، لأنه خلاف الأصل وكذا الحسي إن تعلق بمصلحة عامة كأن استأجر الإمام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير <ص: 187> أما إذا أوجب خلا في المعقود عليه فإن كان في إجارة العين فإن أزال منفعته بالكلية انفسخت وإن عيبه بحيث أثر في منفعته تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة تخير المكتري وسيذكر أمثلة للنوعين، (ولو استأجر أرضا للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة) كسيل أو جراد (فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة) إذ لا خلل في منفعة الأرض كما لو احترق بز مستأجر دكان (وتنفسخ) الإجارة بتلف مستوفى منه عين في عقدها شرعا كمسلمة استؤجرت عينها مدة لخدمة مسجد فحاضت فيها أو حسا كالموت فتنفسخ (بموت) نحو (الدابة والأجير المعينين) ولو بفعل المستأجر لفوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها كالمبيع قبل قبضه وإنما استقر بإتلاف المشتري له ثمنه، لأنه وارد على العين وبإتلافها صار قابضا لها بخلاف المنفعة هنا، لأن الانفساخ إنما هو (في) الزمان (المستقبل) ومنافعه معدومة لا يتصور ورود الإتلاف عليها

(لا) في الزمن (الماضي) بعد القبض الذي لمثله أجره فلا تنفسخ (في الأظهر) لاستقراره بالقبض ومن ثم لم يثبت فيه خيار (فيستقر قسطه من المسمى) بالنظر لأجرة المثل بأن تقوم منفعة المدة الماضية والباقية ويوزع المسمى على نسبة قيمتهما حالة العقد دون ما بعده فإذا كانت مدة الإجارة سنة ومضى نصفها وأجرة مثله مثلا أجره النصف الباقي وجب من المسمى ثلثاه وإن كان بالعكس فثلثه لا على نسبة المديتين لاختلافها إذ قد تزيد أجره شهر على شهور وخرج بالمستوفى منه المستوفى به وغيره مما مر فلا انفساخ بتلفه على ما مر فيه. (ولا تنفسخ) الإجارة بنوعيتها (بموت العاقدين) أو أحدهما للزومها كالبيع فتترك العين بعد موت المؤجر عند المستأجر أو وارثه ليستوفى منها المنفعة <ص: 188> وفي الذمة ما التزمه دين عليه فإن كان في التركة وفاء استؤجر منها وإلا تخير الوارث فإن وفى استحق الأجرة وإلا فللمستأجر الفسخ واستثنى مسائل بعضها الانفساخ فيه لكونه مورد العقد لا، لأنه عاقد كموت الأجير المعين وبعضها الانفساخ فيه لغير الموت كأن أجر من أوصى له بمنفعة دار حياته فانفساخها بموته إنما هو لفوات شرط الموصي ولو لم يقل بمنافعه وإنما قال بأن ينتفع امتنع عليه الإيجار، لأنه لم يملكه المنفعة وإنما أباح له أن ينتفع كما يأتي وكأن أجر المقطع كما أفتى به المصنف، ومراده المقطع للانتفاع لا للتملك وبعضها مبني على مرجوح. (و) لا تنفسخ أيضا بموت (متولي الوقف) أي ناظره بشرط الواقف ولو بوصف كان شرطه للأرشد من الموقوف عليهم ولم يقيد بما يأتي أو بغير شرطه مستحقا كان أو أجنبيا إذا أجره للمستحقين أو غيرهم، لأنه لما شمل نظره جميع الموقوف عليهم ولم يختص بوصف استحقاق ولا زمنه كان بمنزلة ولي المحجور نعم إن كان هو المستحق وأجر بدون أجره المثل وجوزناهُ تبعا للإمام وغيره انفسخت بموته أثناء المدة على ما قاله ابن الرفعة ولا يجوز للناظر إذا أجر سنين أن يدفع جميع أجرتها للبطن الأول مثلا بل يعطيهم بقدر ما مضى وإلا ضمن الزائد كما قاله القفال وابن دقيق العيد واعتمده الإسنوي لكن الذي ارتضاه ابن الرفعة أن له صرف الكل للمستحق حالا واستظهره غيره <ص: 189> بأنه ملك الموقوف عليه ظاهرا وعدم الاستقرار لا ينافي جواز التصرف كما مر أول

الباب وفي إجارة أربع سنين بثمانين ديناراً السابقة في الزكاة وبأنه يلزم على الأول منع الشخص من التصرف في ملكه مع عدم تقدم حجر عليه وبأنه إذا بقي في يد الناظر فإن ضمن فهو خلاف القاعدة وإلا أضر ذلك بالمالك، والذي يتجه الأول ويجاب عما ذكر بأن الناظر يلزمه التصرف بالأصلح للوقف والمستحق ولا أصلحية بل لا صلاح في دفع الكل له حالاً مع غلبة تضييعه له المترتب عليه ضياع الوقف من العمارة ومن بعده من المستحقين من الصرف إليه ومع ذلك فلا نظر لما يلزم مما ذكر، لأن الملك هنا مراعى فليس على حقيقة الأملاك وبقاؤه في يد الناظر بشروطه وإلا فالقاضي الأمين أصلح من تمكين من يذهب بالكلية لا سيما إن كان معسراً

(ولو أجر البطن الأول) مثلاً أو بعضهم الوقف، وقد شرط له النظر لا مطلقاً بل مقيداً بنصيبه أو بمدة استحقاقه (مدة) لمستحق أو غيره (ومات قبل تمامها أو) أجر (الولي صيباً) أو ماله مدة لا يبلغ فيها (بالسن فبلغ) رشيداً (بالاحتلام) أو غيره (فالأصح انفساها في الوقف) لأنه لما تقيد نظر من جهة الواقف بمدة استحقاقه لم يكن له ولاية على المنافع المنتقلة لغيره وبه فارق الناظر السابق، لأنه لما كان له النظر وإن لم يستحق كانت ولايته غير مقيدة بشيء فسرى أثرها على غيره ولو بعد موته وبهذا الذي قرره هنا وبسطته في الفتاوى بما لا يستغنى عن مراجعته اندفع ما للشراح هنا فتأمله وخرج بما ذكرناه موقوف عليه لم يشترط له نظر عام ولا <ص: 190> خاص فلا يصح إيجاره وكلامهما لا يخالفه خلافاً لمن زعمه وبحث الزركشي أنه لو أجره الناظر ولو حاكماً للبطن الثاني فمات البطن الأول انفسخت لانتقال استحقاق المنافع إليهم والشخص لا يستحق على نفسه شيئاً إلا أنه ويمكن بناؤه على ما قاله شيخه الأذرعي كالسبكي وغيره أن من استأجر من أبيه وأقبضه الأجرة ثم مات الأب والابن حائز سقط حكم الإجارة فإن كان على أبيه دين ضارب مع الغرماء ولو كان معه ابن آخر انفسخت الإجارة في حق المستأجر ورجع بنصف الأجرة في تركة أبيه ورد بأن هذا مبني على مرجوح والأصح عند الشيخين هنا أن الإجارة لا تنفسخ وقياسه عدم الانفساخ في صورة الزركشي (لا) في (الصبي) فلا تنفسخ لبناء الولي تصرفه

على المصلحة مع عدم تقييد نظره وإفاقة مجنون ورشد سفيه كبلوغ الصبي بالإنزال أما إذا بلغ بالاحتلام سفيها فلا تنفسخ قطعا، وأما إذا أجره مدة يبلغ فيها بالسن فتبطل في الزائد إن بلغ رشيدا. (و) الأصح (أنها تنفسخ بانهدام <ص: 191> الدار) كلها ولو بفعل المستأجر لزوال الاسم وفوات المنفعة قبل الاستيفاء عليها إذ لا تحصل إلا شيئا فشيئا وإنما حكمنا فيها بالقبض ليتمكن المستأجر من التصرف فتنفسخ بالكلية إن وقع ذلك قبل القبض أو بعده وقبل مضي مدة لها أجره وإلا ففي الباقي منها دون الماضي فيأتي فيه ما مر من التوزيع أما انهدام بعضها فيتخير به المستأجر ما لم يبادر المؤجر ويصلحها قبل مضي زمن لا أجره له وعلى هذا الانهدام يحمل ما قاله إن تخريب المستأجر يخيره فأراد تخريبا يحصل به تعيب فقط وتعطل الرحا بانقطاع مائها والحمام لنحو خلل أبنيتها أو نقص ماء بئرها يفسخها على ما قاله واعترضا بأنه مبني على الضعيف في المسألة بعده ويجاب بحمل هذا على ما إذا تعذر سوق الماء إليها من محل آخر كما يرشد لذلك قولهم الآتي لإمكان سقيها بماء آخر وأما نقلهما عن إطلاق الجمهور فيما لو طرأت أثناء المدة آفة بساقية الحمام المؤجرة عطلت ماءها التخير مضت مدة لمثلها أجره أو لا وعن المتولي عدمه إذا بان العيب، وقد مضت مدة لمثلها أجره وقالوا إنه الوجه، لأنه فسح في بعض المعقود عليه فمعترض بأن الوجه ما أطلقه الجمهور وصرحا بنظيره في مواضع <ص: 192> تبعا لهم منها قولهم لو عرض أثناء المدة ما ينقص المنفعة كخلل يحتاج لعمارة وحدوث ثلج بسطح حدث من تركه عيب ولم يبادر المؤجر لإصلاحه تخير المستأجر وقولهم لو اكترى أرضا فغرقت وتوقع انحسار الماء في المدة تخير وغير ذلك مع تصریحهم بأن الخيار على التراخي فيما إذا كان العيب بحيث يرجى زواله كما في مسألتنا فهذا منهم كالصریح في التخير وإن مضت مدة لمثلها أجره بل صرحا في الكلام على فوات المنفعة وعلى ما إذا أجر أرضا فغرقت بسيل على أن ما مر عنهما في نقص ماء بئر الحمام يقتضي الانفساخ في مسألتنا فضلا عن التخير فقولهما عن مقالة المتولي إنها الوجه أي من حيث المعنى على ما فيه أيضا لا من حيث المذهب (لا انقطاع ماء أرض استؤجرت

لزراعة) فلا تنفسخ به لبقاء اسم الأرض مع إمكان سقيها بماء آخر ومن ثم لو غرقت هي أو بعضها بماء لم يتوقع انحساره مدة الإجارة أو أوان المزرع انفسخت في الكل في الأولى وفي البعض في الثانية ويتخير حينئذ على التراخي ووهم من قال على الفور وألحق بذلك أخذا من العلة أنه لو لم يمكن سقيها بماء أصلا انفسخت وهو ظاهر مؤيد لما قررته في نقص ماء بئر الحمام (بل يثبت) به (الخيار) للعيب ما لم يبادر المؤجر قبل مضي ما مر ويسوق إليها ما يكفيها ولا يكفي وعده بذلك على الأوجه قال الماوردي وحيث ثبت الخيار هنا فهو على التراخي، لأن سببه تعذر قبض المنفعة أي أو بعضها وذلك يتكرر بتكرر الزمان ومما يتخير به أيضا ما لو استأجر محلا لدوابه فوقفه المؤجر مسجدا فيمتنع عليه تنجيسه وكل مقدر له <ص: 193> من حينئذ ويتخير فإن اختار البقاء انتفع به إلى مضي المدة أي إن كانت المنفعة المستأجر لها تجوز فيه وإلا كاستئجاره لوضع نجس به تعين إبداله بمثله من الطاهر وامتنع على الواقف وغيره الصلاة ونحوها فيه بغير إذن المستأجر وحينئذ يقال لنا مسجد منفعته مملوكة ويمتنع نحو صلاة واعتكاف به من غير إذن مالك منفعته. (وغضب) غير المؤجر لنحو (الدابة وإباق العبد) في إجارة عين قدرت بمدة من غير تفريط من المستأجر وكان الغضب على المالك (يثبت الخيار) ما لم يبادر بالرد كما مر وذلك لتعذر الاستيفاء فإن فسخ فواضح وإن أجاز ولم يرد حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة فيستقر قسط ما استوفاه من المسمى أما إجارة الذمة فيلزم المؤجر الإبدال فيها فإن امتنع استأجر الحاكم عليه وليس المعين عما فيها كمعين العقد فبتلغه ينفسخ التعيين لا أصل العقد وقيده الماوردي بما إذا لم يقدر بزمن وإلا انفسخت بمضيه وأما إجارة عين قدرت بعمل فلا تنفسخ بنحو غضبه بل يستوفيه متى قدر عليه كثن حال آخر <ص: 194> قبضه وأما وقوع ذلك بتفريط المستأجر فيسقط خياره ويلزمه المسمى قاله الماوردي وأما لو غضبها على المستأجر من يده فلا خيار ولا فسخ على ما بحثه ابن الرفعة أخذا من النص واستشهد له الغزي بما فيه نظر وقال الأزرعي إنه مشكل وما أظن الأصحاب يسمحون به وأما غضب المؤجر

لها بعد القبض أو قبله بأن امتنع من تسليمها فيفسخها كما يأتي

(تنبيه) سئلت عن اكتري لحمل مريض من الطائف إلى مكة، وقد عين في العقد فمات أثناء الطريق فهل يلزمه حمله ميتا إليها ؟ فتوقفت إلى أن رأيت نص البويطي السابق قبيل أول فصل من هذا الكتاب المصرح بأن الميت أثقل من الحي فأخذت منه أن لمن استؤجر لحمل حي مسافة معلومة فمات في أثناءها وأراد وارثه نقله إليها وجوزناه كأن كان بقرب مكة وأمن تغيره فسخ الإجارة لظرو ما يشبه العيب في المحمول وهو مزيد ثقله الحسي أو المعنوي على الدابة ويوافقه قولهم لا يجوز النوم عليها في غير وقت النوم من غير شرط، لأن النائم يثقل ولا ينافيه تفصيلهم السابق في تلف المستوفى به، لأن ما هنا ليس من التلف لإمكان حمل الميت وإنما حدث فيه وصف لم يكن حال العقد فاقضى التخير لا غير فتأمل.

(ولو أكرى جمالا) عينا أو ذمة (وهرب وتركها عند المكتري) فلا خيار لإمكان الاستيفاء بما في قوله (راجع) حيث لم يتبرع بمؤنتها (القاضي ليمونها) بإنفاقها وأجرة متعهدا كمتعهد أحمالها إن لزم المؤجر (من مال الجمال فإن لم يجد له مالا) بأن لم يكن له غيرها وليس فيها زيادة على حاجة المستأجر وإلا باع الزائد من غير اقتراض (اقترض عليه)، لأنه الممكن قال السبكي واستئذانه الحاكم إنما هو لحق المكتري وحرمة الحيوان <ص: 195> فلو وجد ثوبا ضائعا أو عبدا لغائب واحتاج في حفظه لمؤنة فله بيعه حالا وحفظ ثمنه إلى أن يظهر أه. وقد يؤيده ما يأتي في ملتقط نحو حيوان، لكن لو قيل يلزمه استئذان الحاكم إن أمن عليه منه وإعطاؤه له إن كان أمينا وقبله لكان متجها بل متعينا ويفرق بينه وبين الملتقط بأنه يجوز له التملك فالبيع أولى بخلاف ذي الأمانة الشرعية (فإن وثق) القاضي (بالمكتري دفعه) أي المقترض منه أو من غيره (إليه) ليصرفه فيما ذكر (وإلا) يثق به (جعله عند ثقة) يصرفه لذلك والأولى له تقدير النفقة وإن كان القول قول المنفق بيمينه إن ادعى لائقا بالعرف (وله) أي القاضي عند تعذر الاقتراض ومنه أن يخشى أن لا يتوصل بعد إلى استيفائه وكذا إن لم يتعذر لكنه لم يره (أن يبيع منها) بنفسه أو وكيله غير المستأجر لامتناع وكالته في حق نفسه (قدر

النفقة) والمؤنة المذكورة للضرورة ومن ثم لم يأت هنا الخلاف في بيع المستأجر وبعد البيع تبقى في يد المستأجر إلى انقضاء المدة كذا صرحوا به وهو صريح في أن الإجارة هنا لا تنفسخ بالبيع ذمية كانت أو عينية، لأن الفرض أنه لم يهرب بالجمال وعليه فلو لم يجد مشتريا لها مسلوبة المنفعة مدة الإجارة فهل للحاكم فسخها كما لو هرب ولم يترك جمالا فإن للمستأجر فسخ العينية للضرورة أو يفرق بإمكان البيع هنا ولو على ندور بخلافه ثم محل نظر والأول أقرب، لأن النظر لإمكان وجود النادر مع عدم وجوده لا يفيد هنا شيئا ومحل ذلك في الذمية ما إذا لم ير الحاكم بيع الكل وإلا باع وانفسخت الإجارة كما يصرح به بحث الأذرعى أن الحاكم في إجارة الذمة إذا رأى المصلحة في بيعها والاكتراء للمستأجر ببعض أثمانها جاز له ذلك جزما حيث يجوز له بيع مال الغائب بالمصلحة اه فقله والاكتراء له إلخ صريح في انفساخ الإجارة به وعليه فيفرق بينها وبين العينية بأن تعلق حق المستأجر بالعين فيها أقوى منه في الذمية كما علم مما مر فيهما وعليه أيضا يظهر أنه لو رأى مشتريا لها مسلوبة المنفعة مدة الإجارة لزمه أن يبيعه ما يحتاج لبيعه منها مقدما له على غيره، لأنه الأصلح وخرج بمنها كلها فليس له بيعه ابتداء خشية أن يأكل أثمانها كما صرح به جمع متقدمون لتعلق حق المستأجر بأعيانها ونازع فيه محلي بأنه لا يفوت حقه إذ لا تنفسخ به الإجارة وفيه نظر، لأن الإجارة وإن لم تنفسخ بالبيع لكن البيع لا يجوز إلا لضرورة وفي الابتداء لا ضرورة <ص: 196> إلا أن يحمل على ما بحثه الأذرعى أن الحاكم في إجارة الذمة إذا رأى المصلحة في بيعها والاكتراء للمستأجر ببعض الثمن جاز له ذلك جزما حيث يجوز له بيع مال الغائب بالمصلحة (ولو أذن للمكثري في الإنفاق من ماله ليرجع جاز في الأظهر) لأنه محل ضرورة، وقد لا يرى الاقتراض وأفهم كلامه أنه لا يرجع بما أنفقه بغير إذن الحاكم ومحلّه إن وجد وأمكن إثبات الواقعة عنده وإلا أشهد على أنه أنفق بشرط الرجوع ثم رجع فإن تعذر الإشهاد فقضية ما مر في المساقاة أنه لا يرجع وإن نوى الرجوع، لأنه نادر، وقد يفرق بأن سبب الندرة ثم كون المساقى عليه بين الناس غالبا ولا كذلك المستأجر عليه هنا، لأنه كثيرا ما يقع الهروب هنا في

الأسفار التي من شأنها ندرة فقد الشهود فيها فينبغي حينئذ الاكتفاء بنية الرجوع وخرج بتركها ما لو هرب بها ففي إجارة العين يتخير نظير ما مر في الإباق، وكما لو شردت الدابة وفي إجارة الذمة يكتري عليه الحاكم أو يقترض نظير ما مر ولا يفوض ذلك للمستأجر لامتناع توكله في حق نفسه فإن تعذر الاكتراء فله الفسخ.

(ومتى قبض المكتري) العين المؤجرة ولو الحر المؤجرة عينه أو (الدابة والمدار وأمسكها) الظاهر أنه زيادة إيضاح للعلم به من قوله قبض وكقبضها امتناعه منه بعد عرضها عليه قال القاضي أبو الطيب إلا فيما يتوقف قبضه على النقل أي فيقبضه الحاكم فإن صمم أجره قاله في البيان وفيه نظر، لأنه حاضر ولم يتعلق بالعين حق للغير حتى يؤجرها لأجله وإيجار الحاكم إنما يكون لغيبة أو تعلق حق فالذي يتجه أنه بعد قبضها وتصميمه على الامتناع يردّها <ص: 197> لمالكها (حتى مضت مدة الإجارة استقرت الأجرة) عليه (وإن لم ينتفع) ولو لعذر كخوف مرض لتلف المنافع تحت يده حقيقة أو حكما فاستقر عليه بدلها ومتى خرج بها مع الخوف ضمنها قال القاضي إلا إذا ذكر ذلك حالة العقد وليس له فسخ ولا إلزام مكر أخذها إلى الأمن، لأنه يمكنه أن يسير عليها مثل تلك المسافة إلى بلد آخر ومن ثم بحث ابن الرفعة أنه لو عم الخوف كل الجهات وكان الغرض الأعظم ركوبها في السفر وركوبها في الحضر نافع بالنسبة إليه لم يلزم المستأجر أجرة وفيه نظر واضح إلا أن يكون مراده أنه يخير بذلك، لأنه نظير ما مر في نحو انقطاع ماء الأرض ومتى انتفع بعد المدة لزمه مع المسمى المستقر عليه أجرة مثل ذلك الانتفاع. (وكذا) تستقر الأجرة (لو اكتري دابة لركوب إلى موضع) معين (وقبضها) أو عرضت عليه (ومضت مدة إمكان السير إليه) لتمكنه من الاستيفاء وعلم من كلامه أن هذه غير الأولى، لأن تلك مقدرة بزمن وهذه بعمل فتستقر بمضي مدة العمل الذي ضبطت به المنفعة (وسواء فيه) أي التقدير بمدة أو عمل (إجارة العين والذمة إذا سلم) المؤجر في إجارة الذمة (الدابة) مثلا (الموصوفة) للمستأجر لتعين حقه بالتسليم بخلاف ما إذا لم يسلمها فإنه لا يستقر عليه أجرة لبقاء المعقود عليه في الذمة وكالتسليم العرض كما مر.

(ويستقر في الإجارة الفاسدة أجرة المثل) زادت على المسمى أو نقصت (بما يستقر به المسمى في الصحيحة) مما ذكر وإن لم ينتفع لما مر أن لفاسد العقود حكم صحيحها ضمنا وعدمه غالبا نعم تخلية العقار والوضع بين يديه والعرض عليه وإن امتنع لا يكفي هنا بل لا بد من القبض الحقيقي (ولو أكرى عينا مدة ولم يسلمها) أو غصبها أو حبسها أجنبي ولو كان حبسه لها لقبض الأجرة (حتى مضت) تلك المدة (انفسخت) الإجارة لفوات المعقود عليه قبل قبضه <ص: 198> فإن حبسها بعضها انفسخت فيه فقط ويخير في الباقي ولا يبدل زمان بزمان (ولو لم يقدر مدة و) إنما قدرت بعمل كان (أجر) دابة (لركوب إلى موضع معين ولم يسلمها حتى مضت مدة) إمكان (السير) إليه (فالأصح أنها) أي الإجارة (لا تنفسخ) ولا يخير المكثري لتعلقها بالمنفعة دون الزمان ولم يتعذر استيفؤها ولا فسخ ولا خيار بذلك في إجارة الذمة قطعا، لأنه دين ناجز إيفاؤه تأخر

(تنبيه) علم مما مر أنه حيث صحت الإجارة لزم المسمى وإلا فأجرة المثل، قيل إلا في صورة وهي ما لو سكن كافر دارا بإيجار فيلزمه المسمى، لأنه لا مثل له أه وليس في محله حكما وتعليل كما هو ظاهر، لأن معنى أجرة المثل أن ذلك المحل يرغب فيه تلك المدة بماذا وهذا لا يحتاج إلى أن له مثلا أو لا كما أن ثمن المثل كذلك فتأمله (ولو أجر عبده ثم أعتقه) أو وقفه مثلا أو أمته ثم استولدها ثم مات (فالأصح أنها) أي القصة في ذلك (لا تنفسخ الإجارة) لأن نحو العتق لم يصادف إلا رقبة مسلوقة المنافع لا سيما والأصح أنها تحدث على ملك المستأجر وخرج بتم أعتقه ما لو علق عتقه بصفة ثم أجره ثم وجدت الصفة أثناء مدة الإجارة فإنها تنفسخ لسبق استحقاق العتق على الإجارة ومثله ما لو أجر أم ولده ثم مات كما اقتضاه كلامهما هنا واعتمده السبكي وغيره (و) الأصح (أنه) أي الشأن (لا خيار للعبد) في فسخ الإجارة بعد العتق وفارق عتق الأمة تحت عبد بأن سبب الخيار وهو نقصه موجود ولا سبب للخيار هنا لما تقرر أن المنافع تحدث مملوكة للمستأجر (والأظهر أنه لا يرجع على سيده بأجرة ما) أي المنافع التي تستوفى منه (بعد العتق) إلى انقضاء المدة لتصرفه في منفعه حين كان يملكها

بعقد لازم كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد الموطاء لا شيء لها فيما يستوفيه الزوج ولما مر أن المنافع ملك المستأجر ونفقته في بيت المال ثم على مياسير المسلمين وأفهم فرضه الكلام فيما إذا أجره ثم أعتقه أنه لا يرجع بشيء على وارث أعتق قطعا إذ لم ينقض ما عقده <ص: 199> وأنه لو أقر بعتق قبل الإجارة غرم له بعد مضيها أجرة مثله لتعديه بها ولو فسخت الإجارة بعد العتق بعيب ملك منافع نفسه كما في الروضة وإن أطلال الإسنوي في رده (تنبيه) سيذكر في الوقف أن إجارته لا تنفسخ بزيادة الأجرة ولا بظهور طالب بالزيادة ولا يختص ذلك بالوقف لجريانها بالغبطة في وقتها كما لو باع مال موليه ثم زادت القيمة أو ظهر طالب بالزيادة.

(ويصح بيع) العين (المستأجرة) حال الإجارة (للمكثري) قطعا إذ لا حائل كبيع مغصوب من غاصبه وإنما لم يصح بيع المشتري قبل قبضه للبائع لضعف ملكه (ولا تنفسخ الإجارة في الأصح) لأنها واردة على المنفعة، والملك على الرقبة فلا تنافي وبه فارق انفساخ نكاح من اشترى زوجته ولو رد المبيع بعيب استوفى بقية المدة أو فسخ الإجارة بعيب أو تلفت العين رجع بأجرة باقي المدة (فلو باعها لغيره) وقد قدرت بزمن (جاز في الأظهر) ولو بغير إذن المستأجر لما تقرر من اختلاف الموردين ويد المستأجر لا تعد حائلة في الرقبة، لأنها عليها يد أمانة، ومن ثم لم يمنع المشتري من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر ملكه ثم ترجع للمستأجر ويعفى عن هذا القدر اليسير للضرورة وتردد الأذرعى فيما لو كثرت أمتعة الدار ولم يمكن تفريغها إلا في زمن يقابل بأجرة بين الاكتفاء بالتخلية فيها للضرورة وعدم صحة البيع، قال: وقد أشعر كلام بعضهم أن التسليم والتسلم إنما يكونان بعد انقضاء المدة لا قبلها وهو مشكل اهـ <ص: 200> وقد يقال لا إشكال فيه فيؤخران في هذه الصورة لعدم إضرار المستأجر ولا ضرورة بالمشتري إلى التسليم حينئذ، لأن التلف قبله يفسخ العقد ويرجع إليه الثمن أما إذا قدرت بعمل كركوب لبلد كذا فيمتنع البيع كما قاله الزاز وارتضاه البلقيني لجهالة مدة السي (ولا تنفسخ) الإجارة قطعا كما لا يفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة من غير الزوج فتبقى في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ويخير المشتري إن جهل ولو مدة الإجارة كما اقتضاه

إطلاقهم لكن بحث الأذرعى وغيره بطلان البيع عند جهله
المدة فإن أجاز فلا أجرة له لبقية المدة ولو علمها ووطن
أن له الأجرة تخير عند الغزالي ورجحه الزركشي، لأنه مما
يخفى وقال الشاشي لا يتخير ولو انفسخت الإجارة، ف قيل
منفعة بقية المدة للبائع ورجحه ابن الرفعة، وقيل للمشتري
ورجحه السبكي والأول أوجه كما بينته في شرح الإرشاد
ولو أجر داره مدة ثم استأجرها تلك المدة ثم باعها فهل
تدخل المنفعة في البيع اختلف فيه جمع متأخرون والأوجه
نعم قياسا على ما قاله الجلال البلقيني إن الموصى له
بالمنفعة لو اشترى الرقبة ثم باعها انتقلت بمنافعها
للمشتري فكذا هنا كما هو واضح وكذا الحكم فيما لو
استأجر دارا مدة ثم اشتراها ثم باعها والمدة باقية فتنتقل
بجميع منافعها للمشتري فإن استثنى البائع المنفعة التي له
بالإجارة بطل البيع في المسألتين ولو أجر لغراس أو بناء
ثم انقضت المدة فأجر لآخر قبل وقوع التخيير السابق
نظيره في العارية لم يصح فيما يضر الانتفاع به الشجر أو
البناء كما هو ظاهر لبقاء احترام مال المستأجر الأول
ويصح في غير المضر إن خصه بالعقد وكذا إن لم يخصه
وأمكن التوزيع على المضر وغيره وعلى هذا يحمل قول
بعضهم يصح إن أمكن تفريقها منه في مدة لا أجرة لمثلها
ولم يسترها الغراس ويعمل فيه بما ذكره في باب الإجارة
والعارية اهـ وسئل البلقيني عن أجر أرضه بأجرة مؤجلة
ثم توفي المستأجر قبل أوان الزرع فاستولى آخر وزرع
عدوانا فأجاب بأن الأجرة تحل بموته ولا تنفسخ الإجارة
هذا إن لم يضع المتعدي يده وإلا ارتفع الحلول الذي سببه
موت المستأجر، لأن الحلول إنما يدوم حكمه ما دامت
الإجارة بحالها فإذا مضت المدة ويد المتعدي قائمة بعد
انفسخت الإجارة في الجميع وارتفع الحلول ويلزم المؤجر
رد ما أخذه من تركة الميت على ورثته قال وهذه مسألة
نفيصة لم تقع لي قط ويستحق المؤجر أجرة المثل على
المتعدي وليس للورثة تعلق به اهـ ويؤيده ما مر في
الغصب ولو أجر بأجرة مقسطة فكتب الشهود الأجرة
<ص: 201> إجمالا ثم تقسيطها بما لا يطابق الإجمال فإن
لم يمكن الجمع تحالفا، لأن تعارض ذينك أوجب سقوطهما
وإن أمكن كأن قالوا أربع سنين بأربعة آلاف كل شهر مائتا
درهم وعشرة دراهم حمل على تقسيط المبلغ على أول

المدة فيفضل بعد تسعة عشر شهرا عشرة دراهم تقسط على ما يخصها من الشهر وهو يوم من أول الشهر العشرين وثلاثة أسباع يوم، لأن حصة كل يوم سبعة وتمر أول خامس بشروط البيع عن ابن الصلاح ما يوافق هذا عند صدق التأمل فتنبه له ومر أوائل البيع قبل قبضه أن للمستأجر حبس ما استؤجر عليه للعمل فيه ثم لاستيفاء أجرته ومحله كما يعلم مما مر في تعدد الصفقة ما إذا لم يتعدد هنا وإلا كاستأجرتك لكتابة كذا كل كراس بكذا فليس له حبس كراس على أجره آخر، لأن الكراريس حينئذ بمنزلة أعيان مختلفة.

كتاب إحياء الموات

هو (الأرض التي لم تعمر قط) أي لم تتيقن عمارتها في الإسلام من مسلم أو ذمي <ص: 202> وليست من حقوق عامر ولا من حقوق المسلمين وأصله الخبر الصحيح {من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها} وصح أيضا {من أحيا أرضا ميتة فهي له} ولهذا لم يحتج في الملك هنا إلى لفظ، لأنه إعطاء عام منه صلى الله عليه وسلم، لأن الله تعالى أقطعه أرض الدنيا كأرض الجنة ليقطع منهما من شاء ما شاء ومن ثم أفتى السبكي بكفر معارض أولاد تميم رضي الله تعالى عنهم فيما أقطعه صلى الله عليه وسلم له بأرض الشام لكن في إطلاقه نظر ظاهر وأجمعوا عليه في الجملة ويسن التملك به للخبر الصحيح {من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العوافي أي طلاب الرزق منها فهو له صدقة} ثم تلك الأرض (إن كانت ببلاد الإسلام فللمسلم) ولو غير مكلف كمجنون فيما لا يشترط فيه القصد مما يأتي (تملكها بالإحياء) ويسن استئذان الإمام وعبر بذلك المشعر بالقصد، لأنه الغالب (وليس هو) أي تملك ذلك (لذمي) وإن أذن الإمام لخبر الشافعي وغيره مرسلا {عادي الأرض} أي قديمها ونسب لعاد لقدمهم وقوتهم {لله ورسوله ثم هي لكم مني} وإنما جاز <ص: 203> لكافر معصوم نحو احتطاب وإصطياد بدارنا لغلبة المسامحة بذلك. (وإن كانت ببلاد كفار) أهل ذمة (فلهم) ولو غير مكلفين (إحيائها) لأنه من حقوق دارهم (وكذا المسلم) له ذلك (إن كانت مما لا يذبون) بكسر المعجمة وضمها أي يدفعون (المسلمين عنه)

كموات دارنا بخلاف ما يذبون عنه، وقد صولحوا على أن الأرض لهم فليس له إحياءه أما ما بدار الحرب فيملك بالإحياء مطلقاً، لأنه يجوز تملك عامرها فمواتها أولى ولو لغير قادر على الإقامة بها وكان ذكرهم للإحياء، لأن الكلام فيه وإلا فالقياس ملكه بمجرد الاستيلاء عليه بقصد تملكه كما يعلم من صريح كلامهم الآتي في السير فما اقتضاه كلام شارح أنه بالاستيلاء يصير كالمتحجر غير صحيح، لأن العامر إذا ملك بذلك فالموات أولى (وما) عرف أنه (كان معموراً) <ص: 204> في الماضي وإن كان الآن خراباً (فلمالكه) إن عرف ولو ذمياً إلا إن أعرض عنه الكفار قبل القدرة فإنه يملك بالإحياء (فإن لم يعرف) مالكة داراً كان أو قرية بدارنا (والعمارة إسلامية) يقينا (فمال ضائع) أمره للإمام في حفظه أو بيعه وحفظ ثمنه أو استقراضه على بيت المال إلى ظهور مالكة إن رجي وإلا كان ملكاً لبيت المال فله إقطاعه كما في البحر وجرى عليه في شرح المهذب في الزكاة <ص: 205> فقال للإمام إقطاع أرض بيت المال وتمليكها وفي الجواهر يقال له إقطاعها إذا رأى فيه مصلحة ولا يملكها أحد إلا بإقطاعه ثم إن أقطع رقبته ملكها المقطع كما في الدراهم أو منفعتها استحق الانتفاع بها مدة الإقطاع خاصة اه

وما في الأنوار مما يخالف ذلك ضعيف (وإن كانت) العمارة (جاهلية) وجهل دخولها في أيدينا أو شك في كونها جاهلية فكموات وحينئذ (فالأظهر أنه) أي المعمور (يملك بالإحياء) كالركاز لأنه لا حرمة لملك الجاهلية <ص: 206> نعم إن كان بدارهم وذبونا عنه، وقد صولحوا على أنه لهم لم يملك بالإحياء كما علم مما مر وانتصر جمع للمقابل نقلاً ومعنى (ولا يملك بالإحياء حريم معمور) لأنه ملك لملك المعمور نعم لا يباع وحده كشرب الأرض وحده وبحث ابن الرفعة جوازه ككل ما ينقص قيمة غيره وفرق السبكي بأن هذا تابع فلا يفرد (وهو) أي الحريم (ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع) بالمعمور وإن حصل أصله بدونه (فحريم القرية) المحيية (النادي) وهو ما يجتمعون فيه للتحدث (ومرتكض) نحو (الخيال) إن كانوا خيالة وهو بفتح الكاف مكان سوقها (ومناخ الإبل) إن كانوا أهل إبل وهو بضم أوله ما تناخ فيه (ومطرح الرماد) والقمامات (ونحوها) كمراح الغنم وملعب الصبيان ومسيل الماء وطرق القرية

لاطراد العرف بذلك والعمل به خلفا عن سلف ومنه مرعى البهائم إن قرب منها عرفا واستقل وكذا إن بعد ومست حاجتهم له ولو في بعض السنة على الأوجه، ومثله في ذلك المحتطب وليس لأهل القرية منع المارة من رعي مواشهم في مراتعها المباحة (وحریم) النهر كالنيل ما تمس حاجة الناس إليه لتمام الانتفاع بالنهر وما يحتاج لإلقاء ما يخرج منه فيه لو أريد حفره أو تنظيفه فلا يحل البناء فيه ولو لمسجد ويهدم <ص: 207> ما بني فيه كما نقل عليه إجماع المذاهب الأربعة، ولقد عم فعل ذلك وطم حتى ألف العلماء في ذلك وأطالوا لينزجر الناس فلم ينزجروا قال بعضهم ولا يغير هذا الحكم وإن تباعد عنه الماء بحيث لم يصر من حریمه أي لاحتمال عوده إليه ويؤخذ منه أن ما صار حریما لا يزول وصفه بذلك بزوال متبوعه وهو محتمل.

وحریم (البئر) المحفورة (في الموات) للتملك وذكره الموات لبيان الواقع إذ لا يتصور الحریم إلا فيه كما يفهمه قوله الآتي والمدار المحفوفة إلى آخره <ص: 208> ويصح أن يحترز به عن المحفورة في الملك وإن علم أنه لا يكون فيه (موقف النازح) للدلاء منها بيده إن قصدت لذلك وفي الموات متعلق بما قدرته الدال عليه لفظ البئر للزومه له أو حال منها، لأن المضاف كالجزء من المضاف إليه (تنبيه) ظاهر قولهم موقف النازح أنه لا يعتبر قدره من سائر جوانب البئر بل من أحدها فقط والذي يتجه اعتبار العادة في مثل ذلك المحل (والحوض) يعني مصب الماء، لأنه كما يطلق على مجتمعه الآتي يطلق عرفا أيضا على مصبه الذي يذهب منه إلى مجتمعه كما هو عرف بلادنا فلا تكرر في كلامه وليس مخالفا لما في الروضة وأصلها ولا مناقضا لما في أصله خلافا لزاعمي ذلك (والدولاب) بضم أوله أشهر من فتحه فارسي معرب، قيل وهو على شكل الناعورة أي موضعه إن كان الاستقاء به ويطلق على ما يستقي به النازح وما تستقي به الدابة (ومجتمع الماء) لسقي الماشية أو الزرع (وبئر الدابة) إن كان الاستقاء بها وملقى ما يخرج من نحو حوضها لتوقف الانتفاع بالبئر على ذلك ولا حد لشيء مما ذكر ويأتي بل المدار في قدره على ما تمس الحاجة إليه إن امتد الموات إليه وإلا فإلى انتهاء الموات إن كان وإلا فلا حریم كما تقرر. (وحریم

المدار) المبنية (في الموات) في ذكره ما مر ويصح أن يحترز به عن المحفوفة بملك وستاتي فناؤها وهو ما حوالي جدرها ومصب ميازيها قال ابن الرفعة إن كان بمحل تكثر فيه الأمطار ه وفيه نظر بل الذي يتجه أنه لا فرق لمس الحاجة إليه وإن ندر المطر نعم مصب ماء الغسالة لا يعتبر كما هو ظاهر مما مر في الصلح و (مطرح الرماد وكناسة وثلج) في بلده (وممر في صوب الباب) أي جهته لكن لا إلى امتداد الموات إذ لغيره إحياء ما قبالة إذا أبقى له ممرا وإن احتاج لانعطاف وازورار ونظر فيه الزركشي إذا تفاحشا للإضرار (وحريم آبار) بالهمز بعد الموحدة الساكنة كما بخطه وهو الأصل ويجوز تقديم الهمزة وقلبها ألفا وفي القاموس جمعها آبار وآبار وأبؤر وأبر (القناة) المحياة <ص: 209> لا للاستقاء منها (ما لو حفر فيه نقص) بالتخفيف كما هو الأفصح (ماؤها أو خيف الانهيار) أي السقوط ويختلف باختلاف لين الأرض وصلابتها وهذا معتبر أيضا في بئر الاستقاء خلافا لما يوهمه صنيعة وإنما لم يعتبر هنا ما مر ثم، لأن المدار على حفظها وحفظ مائها لا غير ومن ثم بحث الزركشي جواز البناء في حريمها، لأنه لا ينافي حفظها بخلاف حفر البئر فيه ولا يمنع من حفر بئر بملكه ينقص ماء بئر جاره لتصرفه في ملكه بخلاف ذلك فإنه ابتداء تملك.

(والدار المحفوفة بدور) أو شارع بأن أحيي الكل معا أي أو جهل كما هو ظاهر (لا حريم لها) إذ لا مرجح لها على غيرها نعم أشار البلقيني واعتمده غيره إلى أن كل دار لها حريم أي في الجملة، قال وقولهم هنا لا حريم لها أرادوا به غير الحريم المستحق أي وهو ما يتحفظ به عن يقين الضرر (ويتصرف كل واحد) من الملاك (في ملكه على العادة) وإن أضر جاره كأن سقط بسبب حفره المعتاد جدار جاره أو تغير بحشه بئره، لأن المنع من ذلك ضرر لا جابر له (فإن تعدى) في تصرفه بملكه العادة (ضمن) ما تولد منه قطعا أو ظنا قويا كان شهد به خبيران كما هو ظاهر لتقصيره (والأصح أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماما وإصطبلا) وطاحونا وفرنا ومدبغة (وجانوته في البزازين حانوت حداد) وقصار (إذا احتاط وأحكم الجدران) إحكاما يليق بما يقصده بحيث يندر تولد خلل منه في أبنية الجار، لأن في منعه إضرارا به. واختار جمع المنع

من كل مؤذ لم يعتد والروياتي أنه لا يمنع إلا إن ظهر منه قصد التعنت والفساد وأجرى ذلك في نحو إطالة البناء وأفهم المتن أنه يمنع مما الغالب فيه الإخلال بنحو حائط الجار كدق عنيف يزعجها وحبس ماء بملكه تسري نداوته إليها قال الزركشي والحاصل منع ما يضر الملك دون المالك ا هـ. واعترض بما مر في قولنا ولا يمنع من حفر بئر بملكه ويرد بأن ذاك في حفر معتاد وما هنا في تصرف غير معتاد فتأمله، ثم <ص: 210> رأيت بعضهم نقل ذلك عن الأصحاب فقال قال أئمتنا وكل من الملاك يتصرف في ملكه على العادة ولا ضمان إذا أفضى إلى تلف ومن قال يمنع مما يضر الملك دون المالك محله في تصرف يخالف فيه العادة لقولهم لو حفر بملكه بالوعة أفسدت ماء بئر جاره أو بئرا نقصت ماءها لم يضمن ما لم يخالف العادة في توسعة البئر أو تقربها من الجدار أو تكن الأرض خوارة تنهار إذا لم تطو فلم يطوها فيضمن في هذه كلها ويمنع منها لتقصيره، ولو حفر بئرا في موات فحفر آخر بئرا بقربها فنقص ماء بئر الأول منع الثاني منه، قيل والفرق ظاهر ا هـ وكأنه أن الأول استحق حرما لبئره قبل حفر الثاني فممنع لوقوع حفره في حریم ملك غيره ولا كذلك فيما مر ولو اهتز الجدار بدقه وانكسر ما علق فيه ضمنه إن سقط حالة الضرب وإلا فلا قاله العراقيون وقال القاضي لا يضمن مطلقا ويظهر على الأول أن سقوطه عقب الضرب بحيث ينسب إليه عادة كسقوطه حالة الضرب بل قد يقال إن مرادهم بحالة الضرب ما يشمل ذلك

(تنبيه) ينبغي أن يستثنى من قولهم لا يمنع مما يضر المالك ما لو تولد من الرائحة مبيح تيمم كمرض فإن الذي يظهر أنه إن غلب تولده وإيذاؤه المذكور منع منه وإلا فلا. (وبجوز) قطعا (إحياء موات الحرم) بما يفيد ملكه كما يملك عامره بالبيع وغيره بل يسن وإن قلنا بكراهة بيع عامره (دون عرفات) وإن لم يكن منه إجماعا فلا يجوز إحيائها ولا تملك به (في الأصح) لتعلق حق النسك بها وإن اتسعت ولم تضق به وقياس ما يأتي في المحصب بل أولى أن نمره كذلك، لأن الإقامة بها قبل زوال يوم عرفة من سنن الحج الأكيدة (قلت <ص: 211> ومزدلفة) وإن قلنا المبيت بها سنة (ومنى كعرفة والله أعلم) لذلك مع الخبر الصحيح

{، قيل يا رسول الله ألا نبني لك بيتا بمنى يظلك فقال لا منى مناخ من سبق} وبحث ابن الرفعة فيهما القطع بالمنع لضيقهما وألحق بهما المحصب، لأنه يسن للحاج إذا نفروا أن يبيتوا فيه واعترض بأنه ليس من مناسك الحج ويرد بأنه تابع لها (ويختلف الإحياء بحسب الغرض) المقصود منه، وقد أطلقه الشرع ولا حد له لغة فوجب الرجوع فيه للعرف كالحرز والقبض وضابطه أن يهيا كل شيء لما يقصد منه غالبا (فإن أراد مسكنا) أو مسجدا (اشتراط) لحصوله (تحويط البقعة) ولو بقصب أو جريد أو سعف اعتيد، ومن ثم قال الماوردي والرويانى إن ذلك يختلف باختلاف البلاد واعتمده الأذرعي وفي نحو الأحجار خلاف في اشتراط بنائها ويتجه الرجوع فيه لعادة ذلك المحل، وحمل اشتراطه في كلام الشيخين في الزريبة على محل اعتيد فيه دون مجرد التحويط كما تدل عليه عبارتهما وهي لا يكفي في الزريبة نصب سعف وأحجار من غير بناء، لأن المتملك لا يقتصر عليه في العادة وإنما يفعله المجتاز انتهى فأفهم التعليل أن المدار في ذلك وغيره على العادة ومن ثم قال المتولي وأقره ابن الرفعة والأذرعي وغيرهما لو اعتاد نازلو الصحراء تنظيف الموضع عن نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمة وبناء معلف ومخبر ففعلوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة وإن ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة (وسقف بعضها وتعليق باب) من خشب أو غيره أي نصبه، لأنه العادة فيهما (وفي) تعليق (الباب وجه) أنه لا يشترط وكذا فيما قبله، لأن فقدهما لا يمنع السكنى والأوجه في مصلى العيد أنه لا يشترط تسقيف بعضه كما هو العادة فيه (أو زريبة دواب) أو نحو ثمر أو حطب (فتحويط) بما اعتيد بحيث يمنع الطارق (لا سقف) كما هو العادة (وفي) تعليق (الباب الخلاف) السابق (في المسكن) والأصح اشتراطه (أو مزرعة) <ص: 212> بتثليث الرء والفتح أفصح (فجمع) نحو (التراب) أو الشوك (حولها) كجدار الدار (وتسوية الأرض) بطم المنخفض وكسح العالي وحرثها إن توقف زرعها عليه مع سوق ماء توقف الحرث عليه (وترتيب ماء لها) بشق ساقية مثلا وإن لم يحفر طريقه إليها (إن لم يكفها المطر المعتاد) لتوقف مقصودها عليه بخلاف ما إذا كفاها نعم بطائح العراق لا بد من حبسه عنها عكس غيرها وأراضي

الجبال التي لا يمكن سوق ماء إليها ولا يكفيها المطر تكفي الحرارة وجمع التراب كما اقتضاه كلامهما وجزم به غيرهما (لا الزراعة) فلا يشترط في إحيائها (في الأصح) كما لا يشترط سكنى الدار، لأن استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء (أو بستانا فجمع التراب) حولها إن اعتادوا الاكتفاء به عن التحويط بغيره (و) إلا اشترط (التحويط) ولو بنحو قصب اعتيد، لأنه (حيث جرت العادة به) لا يتم الإحياء بدونها وما حملت عليه المتن من التنوع المذكور هو مؤدى عبارة الروضة وأصلها خلافا لبعضهم (وتهيئة ماء) له إن لم يكفه مطر كالمزرعة (ويشترط) نصب باب له و (الغرس) ولو لبعضه بحيث يسمى معه بستانا (على المذهب) إذ لا يتم اسمه بدونه بخلاف المزرعة بدون المزرع ولا يشترط أن يثمر

(تنبيه) ما لا يفعل عادة إلا للتملك كبناء دار لا يشترط فيه قصده وما يفعل له ولغيره كحفر بئر يتوقف ملكه على قصد تملكه. (ومن شرع في عمل إحياء ولم يتمه) كحفر الأساس (أو أعلم على بقعة بنصب أحجار أو غرز خشبا) أو جمع ترابا أو خط خطوطا (فمتحجر) عليه أي مانع لغيره منه بما فعله بشرط كونه بقدر كفايته وقادرا على عمارته حالا (و) حينئذ (هو أحق به) من غيره اختصاصا لا ملكا والمراد ثبوت أصل الحقية له إذ لا حق لغيره فيه لخبر أبي داود {من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به} فظهر أنه لا يبطل حقه بنحو غرقه وتعذر الانتفاع به فيعود الانتفاع به أما ما زاد على كفايته فلا حق له فيه <ص: 213> بخلاف ما عداه وإن كان شائعا فيبقى تحجره فيه وأما ما لا يقدر عليه حالا بل مالا فلا حق له فيه ولما كان إطلاق الأحقية يقتضي الملك المستلزم لصحة البيع وعدم ملك الغير له استدركه بقوله (لكن الأصح أنه لا يصح بيعه) لما تقرر أنه غير مالك له وحق التملك لا يباع كحق الشفعة ومنه يؤخذ أنه لا تصح هبته وبما وطأت به لهذا الاستدراك اندفع التوقف فيه (و) الأصح (أنه لو أحياه آخر ملكه) وإن أثم، لأنه حقق الملك كشراء ما سامه غيره هذا إن لم يعرض وإلا ملكه المحيي قطعاً ويحرم عليه نحو نقل آلات المتحجر مطلقا (ولو طالت مدة التحجر) عرفا بلا عذر ولم يجي (قال له السلطان) أو نائبه وجوبا كما هو ظاهر (أحي أو اترك) ذلك برفع يدك عنه

لتضييقه على الناس في حق مشترك بينهم ويؤخذ منه حرمة ذلك عليه وحينئذ فلأحاد أمره بذلك أيضا، لأنه من باب الأمر بالمعروف وهو لا يتقيد بإمام ولا نائبه وذكرهم لهما إنما هو لتوقف الإمهال على أحدهما (فإن استمهل) وأبدى عذرا (أمهل مدة قريبة) في رأي الإمام رفقا به ودفعا لضرر غيره فإن مضت ولم يفعل شيئا بطل حقه أما إذا لم يذكر عذرا أو علم منه الإعراض فله أن ينزعها منه حالا ولا يمهل.

(ولو أقطعه الإمام) أظهره بوصف آخر تفننا <ص: 214> ولو حذفه لاستغني عنه ويصح أن يشير بذلك إلى أن الإمام أخص من السلطان، لأن من شأنه أنه يحكم على السلاطين المختلفة وأن الإقطاع إنما هو من وظيفة الإمام دون غيره بخلاف قول ما مر (مواتا) لتمليك رقبته ملكه بمجرد إقطاعه له أو ليحييه وهو يقدر عليه (صار أحق بإحيائه) بمجرد الإقطاع أي مستحقا له دون غيره وصار (كالمتاجر) في أحكامه السابقة وذلك لأنه {صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير رضي الله عنه أرضا من أموال بني النضير} رواه الشيخان وبحث الزركشي أن ما أقطعه صلى الله عليه وسلم لا يملكه الغير بإحيائه كما لا ينقض حماه ولا ينافي ما تقرر أن المقطوع لا يملك قول الماوردي إنه يملك، لأنه محمول كما في شرح المهذب على ما إذا أقطعه الأرض تمليكا لرقبتها كما مر وأفهم قوله مواتا أنه ليس له إقطاع غيره ولو مندرسا لكن العمل على خلافه كذا قيل وفيه نظر، لأنه إن كان ملكا لمرجو لم يجز له أو لغير مرجو فهو ملك لبيت المال فيجوز له <ص: 215> كما مر بل قد يجب عليه ونقل الأذرع عن الفارقي وقال لا أحسب فيه خلافا جواز الإقطاع للاستغلال إذا وقع لمن هو من أهل النجدة على ما يليق بحاله وفيه نظر بل الوجه ما علم مما مر أنفا عن المجموع وغيره أن للإمام الإقطاع لتمليك الرقبة ولتمليك المنفعة فقط بحسب ما يراه من المصلحة سواء أهل النجدة وغيرهم.

(ولا يقطع) الإمام أي لا يجوز له أن يقطع (إلا قادرا على الإحياء) حسا وشرعا دون ذمي بدارنا (وقدرا عليه) أي على إحيائه، لأنه اللائق بفعله المنوط بالمصلحة (وكذا التجر) لا ينبغي أن يقع من مريده إلا فيما يقدر على

إحيائه وإلا جاز لغيره إحياء الزائد كما مر وهل يحرم تحجر الزائد على ما يقدر عليه الوجه نعم، لأن فيه منعا لمريدي الإحياء من غير حاجة له فيه ولو قال المتحجر لغيره أترك به أو أقمته مقامي صار الثاني أحق به قال الماوردي وليس ذلك هبة بل هو تولية وإيثار (والأظهر أن للإمام) ونائبه ولو والى ناحية (أن يحمي) بفتح أوله أي يمنع ويضمه أي يجعل حمى (بقعة موات) بأن يمنع من عدا من يريد الحمى له من رعيها (لرعي) خيل جهاد (ونعم جزية) وفيء (وصدقة و) نعم (ضالة و) نعم إنسان (ضعيف عن النجعة) بضم النون وهو الإبعاد في الذهاب لطلب الرعي، لأنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع بالنون، وقيل بالباء لخيل المسلمين وهو بقرب وادي العقيق على عشرين ميلا من المدينة، وقيل على عشرين فرسخا ومعنى خبر البخاري {لا حمى إلا لله ولرسوله} لا حمى إلا مثل حماه صلى الله عليه وسلم بأن يكون لما ذكر ومع كثرة المرعى بحيث يكفي المسلمين ما بقي وإن احتاجوا للتباعد للرعي وذكر النعم فيما عدا الصدقة للغالب والمراد مطلق الماشية ويحرم ولو على الإمام بلا خلاف أخذ عوض ممن يرعى في حمى أو موات (و) الأظهر (أن له نقض حماه) وحمى غيره إذا كان النقض (للحاجة) بأن ظهرت المصلحة فيه بعد ظهورها في الحمى <ص: 216> رعاية للمصلحة نعم حماه صلى الله عليه وسلم نص فلا ينقض ولا يغير بحال بخلاف حمى غيره ولو الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم. (ولا يحمي) الإمام ونائبه (لنفسه) قطعاً لأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم وإن لم يقع منه خلافاً لمن وهم فيه وليس للإمام أن يدخل مواشيه ما حماه للمسلمين، لأنه قوي لا ضعيف ولو رعى الحمى غير أهله فلا غرم عليه قال أبو حامد ولا تعزير وليس للإمام أن يحمي الماء العد بكسر أوله أي الذي له مادة لا تنقطع كماء عين أو بئر لنحو نعم الجزية.

(فصل) في بيان حكم منفعة الشارع وغيرها من المنافع المشتركة (منفعة الشارع) الأصلية (المرور) فيه لأنه وضع له (ويجوز الجلوس) والوقوف (به) ولو لذمي (لاستراحة ومعاملة ونحوهما) كانتظار (إذا لم يضيق على المارة) لخبر {لا ضرر ولا ضرار في الإسلام} وصح النهي

عن الجلوس فيه لنحو حديث {إلا أن يعطيه حقه من غض
بصر وكف أذى وأمر بمعروف} (ولا يشترط) في جواز
الانتفاع به ولو لذمي (إذن الإمام) لإطباق الناس عليه بدون
إذنه من غير نكير وسيأتي في المسجد أنه إذا اعتيد إذنه
تعين فيحتمل أن هذا كذلك ويحتمل الفرق بأن من شأن
الإمام النظر في أحوال العلماء ونحوهم دون الجالسين في
الطرق <ص: 217> ولا يجوز لأحد أخذ عوض ممن يجلس
به مطلقا ومن ثم قال ابن الرفعة فيما يفعله وكلاء بيت
المال من بيع بعضه زاعمين أنه فاضل عن حاجة الناس لا
أدري بأي وجه يلقي الله تعالى فاعل ذلك وشنع الأذرعي
أيضا على بيعهم حافات الأنهار وعلى من يشهد أو يحكم
بأنها لبيت المال قال أعني الأذرعي وكالشارع فيما ذكر
الرحاب الواسعة بين الدور فإنها من المرافق العامة كما
في البحر وقد أجمعوا على منع إقطاع المرافق العامة كما
في الشامل ويتعين حمله على إقطاع التملك، لأن الأصح
عندنا جواز إقطاع الارتفاق بالشارع أي بما لا يضر منه
بوجه فيصير كالمتاجر وكالشارع حريم مسجد لم يضر
الارتفاق به أهله بخلاف رحبته، لأنها منه وحكى الأذرعي
قولين في حل الجلوس في أفنية المنازل وحريمها بغير
إذن ملاكها ثم قال وهذا إنما يأتي إن علم الحريم، أما في
وقتنا هذا في الأمصار ونحوها التي لا يدري كيف صار
الشارع فيها شارعا فيجب الجزم بجواز القعود في أفنيتها
وأنه لا اعتراض لأربابها إذا لم يضر بهم. وعليه الإجماع
الفعلي. ا هـ. واعتمدوه بل قال شيخنا: إنه في الحقيقة كلام
أئمتنا ولا إشكال في أن خرق الإجماع ولو فعليا محرم
على مفتي زماننا وحاكمه لانتفاء الاجتهاد عنهما، فإن فرض
وجود مجتهد فظاهر كلامهم أنه يحرم أي الخرق في
الإجماع الفعلي كالقولي وهو الوجه. ا هـ. وإنما يتجه ذلك
في إجماع فعلي علم صدوره من مجتهد عصر فلا عبرة
بإجماع غيرهم، وإنما ذكرت هذا، لأن الأذرعي وغيره كثيرا
ما يعترضون الشيخين والأصحاب بأن الإجماع الفعلي على
خلاف ما ذكروه فإذا علمت ضابطه الذي ذكرته لم يرد
عليهم الاعتراض بذلك، لأنه لا يعلم أن ذلك إجماع مجتهد
عصر أو لا، نعم ما ثبت فيه أن العامة تفعله وجرت
أعصار المجتهدين عليه مع علمهم به وعدم إنكارهم له
يعطي حكم فعلهم كما هو ظاهر فتأمل. <ص: 218> (وله

تظليل مقعده) فيه (ببارية) بتشديد الياء منسوج بقصب كالحصير (وغيرها) مما لا ضرر فيه أي عرفا كما هو ظاهر على المارة كثوب لاعتياده دون نحو بناء ويتجه جواز وضع سرير لم يضيق به (ولو سبق إليه) أي موضع من الشارع (اثنان) وتنازعا ولم يسعهما معا كما هو ظاهر (أقرع) بينهما وجوبا إذ لا مرجح ومن ثم لو كان أحدهما مسلما قدم، لأن انتفاع الذمي بدارنا إنما هو بطريق التبع لنا، وإن ترتبا قدم السابق (وقيل: يقدم الإمام) أحدهما (برأيه) أي اجتهاده كمال بيت المال (ولو جلس) في الشارع لنحو استراحة بطل حقه بمجرد مفارقتة وإن نوى العود أو (لمعاملة) أو صناعة بمحل وإن ألفه (ثم فارقه تاركا الحرفة أو منتقلا إلى غيره بطل حقه) منه ولو مقطعا كما بحثه الأذرعي لإعراضه عنه

(تنبيه) ما أفهمه من جواز الإعراض للمقطع مطلقا فيه نظر والوجه أن هذا خاص بإقطاع المنفعة فقط، أما مقطع الرقبة فهو بالقبول أي عدم الرد فيما يظهر أخذا مما يأتي في النذر ملكه فلا يزول ملكه بالإعراض عنه (وإن فارقه) أي محل جلوسه الذي ألفه ولو بلا عذر (ليعود) إليه وألحق به ما لو فارقه بلا قصد عود ولا عدمه (لم يبطل) حقه لخبر مسلم {إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به} ويجري هذا في السوق الذي يقام في كل شهر مرة مثلا ولغيره الجلوس في مقعده مدة غيبته ولو لمعاملة (إلا أن تطول مفارقتة) ولو لعذر وإن ترك فيه متاعه <ص: 219> (بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره) هو لازم لما قبله فيبطل حقه حينئذ ولو مقطعا كما في أصل الروضة وإن أطالوا في رده لانتفاء غرض تعيين الموضع من كونه يعرف فيعامل (ومن ألف من المسجد موضعا يفتي فيه ويقرئ) فيه قرآنا وعلمنا شرعيا أو آلة له والواو بمعنى أو (كالجالس في شارع لمعاملة) ففيه ما مر في التفصيل، لأن له غرضا في ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس (وقيل يبطل حقه) بقيامه وأطالوا في ترجيحه نقلا ومعنى وأفهم المتن أنه لا يشترط إذن الإمام، ومحلّه إن لم يعتد وإلا اشترط، وجلوس الطالب بمحل بين يدي المدرس كذلك إن أفاد أو استفاد فيختص به وإلا فلا (ولو جلس فيه) جلوسا جائزا لا كخلف المقام المانع للطائفين من فضيلة سنة <ص: 220> الطواف ثم فإنه حرام على

الأوجه وبه جزم غير واحد وألحقوا به بسط السجادة وإن لم يجلس قالوا ويعزر فاعل ذلك مع العلم بمنعه. ونوزع في تحريم الجلوس بما لا يجدي ومنه الترييد في المراد بخلف المقام ويرد بأن المراد به ما يصدق عليه ذلك عرفاً كما هو ظاهر وأنه موضع من المسجد فكيف يعطل عما وضع المسجد له وإن صلاة سنة الطواف لا تختص به ؟ ويرد بأنه امتاز عن بقية أجزاء المسجد بكون الشارع عينه من حيث الأفضلية لهذه الصلاة ووقوف إمام الجماعة فيه فلم يجز لأحد تفويته بجلوس بل ولا صلاة لم يعينه الشارع لهما من حيث الأفضلية وأنه يلزم عليه تعطيل محل من المسجد عن العبادة فيه لاحتمال فعل عبادة أخرى ويرد بأن محل التحريم كما تقرر في الجلوس فيه في وقت يحتاج الطائفون لصلاة سنة الطواف فيه، والكلام في جلوس لغير دعاء عقب سنة الطواف، لأنه من توابعها (لصلاة) ولو قبل دخول وقتها وظاهر أن مثلها كل عبادة قاصر نفعها عليه كقراءة أو ذكر صار أحق به >ص: 221< فيها ولو صبيا في الصف الأول و (لم يصر أحق به في صلاة (غيرها)، لأن لزوم بقعة معينة للصلاة غير مطلوب بل ورد النهي عنه وحينئذ فلا نظر لأفضلية الصف الأول، لأن ذلك لم ينحصر في بقعة بعينها ولا لأفضلية القرب من الإمام أو جهة اليمين وإن انحصر في موضع بعينه لما تقرر من النهي الشامل لهذه الصورة فزال اختصاصه عنها لمفارقتها بعد الصلاة حتى لا يألها فيقع في رياء ونحوه وبه يفرق بين هذا وما مر في مقاعد الأسواق إذ أعيان البقع فيها مقصودة يختلف بها الغرض ولا كذلك هنا. وأما الجواب بأنه لو ترك له موضعه لزم إدخال نقص بقطع الصف لو لم يأت إلا بعد الإحرام فيرد بأنه يلزم قائله التفرقة بين مجيئه قبل الإقامة فيبقى حقه وبين أن يتأخر عنها فيبطل حقه وهم لم يقولوا بذلك (فلو فارقه) ولو قبل دخول الوقت على الأوجه (لحاجة) كإجابة داع وتجديد وضوء (ليعود) أو لا بقصد شيء فيما يظهر أخذا مما مر ويحتمل الفرق (لم يبطل اختصاصه في تلك الصلاة في الأصح) فيحرم على غيره العالم به الجلوس فيه بغير إذنه أو ظن رضاه كما هو ظاهر (وإن لم يترك إزاره) فيه لخبر مسلم السابق أنفا نعم إن أقيمت الصلاة واتصلت الصفوف فالوجه كما بحثه الأذرعي سد الصف

مكانه أي وإن كان له سجادة فينحيا برجله من غير أن يرفعها بها عن الأرض <ص: 222> لئلا تدخل في ضمانه كما يفهمه بالأولى قول البغوي أنه لو وضع رجله على شيء مطروح متحاملا ضمنه لقوة استيلائه عليه حينئذ لكن خالفه المتولي. فقال لو رفعه برجله ليعرف جنسه ولم يأخذه فضاع لم يضمنه، لأنه لم يحصل في يده وأيد شارح هذا بأن رفع السجادة برجله غير مضمن. اهـ. وفيه نظر، لأن صورتها من جزئيات ما قاله المتولي إلا أن يثبت عن الأصحاب أنهم صرحوا بما ذكر فيها فيكون مضعفا لما أفهمه كلام البغوي، أما إذا فارقه لا لعذر أو به لا ليعود فيبطل حقه مطلقا وخرج بالصلاة جلوسه لاعتكاف فإن لم ينو مدة يطل حقه بخروجه ولو لحاجة وإلا لم يبطل حقه بخروجه أثناءها لحاجة

(فائدة) أفتى القفال بمنع تعليم الصبيان في المسجد، لأن الغالب إضرارهم به وكأنه في غير كامل التمييز إذا صانهم المعلم عما لا يليق بالمسجد ويمنع جالس به اتخذه لنحو بيع أو حرفة ومستطرق لحلقة علم (ولو سبق رجل إلى موضع من رباط) وهو ما يبني لنحو سكنى المحتاجين فيه واشتهر عرفا في الزاوية وأنها قد ترادف المسجد وقد ترادف المدرسة وقد ترادف الرباط فيعمل فيها بعرف محلها المطرد وإلا فبعرف أقرب محل إليه كما هو قياس نظائره (مسبل) وفيه شرط من يدخله وكذا الباقي (أو فقيه إلى مدرسة) أو متعلم قرآن إلى ما بني له (أو صوفي إلى خانقاه) وهي بالعجمية ديار الصوفية (لم يزعم ولم يبطل حقه بخروجه لشراء حاجة ونحوه) من الأعداء وإن لم يترك متاعا ولا نائبا لعموم خبر مسلم <ص: 223> وقيده ابن الرفعة بما إذا لم يكن لذلك ناظرا واستأذنه وإلا فلا حق له عملا بالعرف في ذلك ويوافقه اعتبار المصنف كابن الصلاح إذنه في سكنى بيوت المدرسة ولم يعتبر المتولي إذنه في ذلك وينبغي حمله على ما إذا اعتيد عدم اعتباره. ومتى عين الواقف مدة لم يزد عليها إلا إذا لم يوجد في البلد من هو بصفته، لأن العرف يشهد بأن الواقف لم يرد شغور مدرسته وكذا كل شرط شهد العرف بتخصيصه قاله ابن عبد السلام وعند الإطلاق ينظر إلى الغرض المبني له ويعمل بالمعتاد المطرد في مثله حالة الوقف، لأن العادة المطردة في زمن الواقف إذا علم

بها تنزل منزلة شرطه فيزعج متفقه ترك التعلم وصوفي ترك التعبد ولا يزداد في رباط مارة على ثلاثة أيام إلا إن عرض نحو خوف أو ثلج فيقيم لانقضائه ولغير أهل المدرسة ما اعتيد فيها من نحو نوم بها وشرب وطهر من مائها ما لم ينقص الماء عن حاجة أهلها على الأوجه وأفهم ما ذكر في العادة أن بطالة الأزمنة المعهودة الآن في المدارس حيث لم يعلم فيها شرط واقف تمنع استحقاق معلومها إلا إن عهدت تلك البطالة في زمن الواقف حالة الوقف وعلم بها، أما خروجه لغير عذر فيبطل به حقه كما لو كان لعذر وطالت غيبته عرفا ولغيره الجلوس محله حتى يحضر <ص: 224>

(فصل) في بيان حكم الأعيان المشتركة (المعدن) هو حقيقة البقعة التي أودعها الله تعالى جوهرًا ظاهرًا وباطنًا سميت بذلك لعدون أي إقامة ما أثبتته الله فيها، والمراد ما فيها (الظاهر وهو ما يخرج) جوهره (بلا علاج) في بروزه وإنما العلاج في تحصيله (كنفط) بكسر أوله ويجوز فتحه دهن معروف (وكبريت) بكسر أوله أصله عين تجري فإذا جمد ماؤها صار كبريتًا وأعزه الأحمر ويقال إنه من الجواهر ولهذا يضيء في معدنه (وقار) أي زفت (ومومياء) بضم أوله وبالمد وحكي القصر: شيء يلقيه الماء في بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار وقيل حجارة سود باليمن ويؤخذ من عظام موتى الكفار شيء يسمى بذلك وهو نجس (وبرام) بكسر أوله حجر يعمل منه قدور الطبخ (وأحجار رجا) وجص ونورة ومدر ونحو ياقوت وكحل وملح مائي وجبلي لم يحوج إلى حفر وتعب وألحق به قطعة نحو ذهب أظهرها السيل من معدن (لا يملك) بقعة ونيلا (بالإحياء) لمن علمه قبل إحيائه (ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا إقطاع) بالرفع من سلطان بل هو مشترك بين المسلمين وغيرهم كالماء والكلاً لما صح أنه صلى الله عليه وسلم {أقطع رجلاً ملحاً مارب أي مدينة قرب صنعاء كانت بها بلقيس فقال رجل يا رسول الله إنه كالماء العد أي بكسر أوله لا انقطاع لمنعه قال: فلا إذن} وللإجماع على منع إقطاع مشاريع الماء وهذا مثلها بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل ويمتنع أيضا إقطاع وتحجر أرض لأخذ نحو حطبها أو صيدها وبركة لأخذ سمكها وفي الأنوار ومن المشترك بين الناس

الممتنع على الإمام إقطاعه الأيكة وثمارها أي وهي الأشجار النابتة في الأراضي التي لا مالك لها وصيد البر والبحر وجواهره قال غيره ومنه ما يلقيه البحر من العنبر فهو لأخذه لا حق لولي الأمر فيه خلاف ما يتوهمه جهلة الولاة. ا هـ. ويأتي في اللقطة تفصيل في العنبر وينافي ما ذكره في الأيكة وثمارها ما في التنبيه من أن من أحيأ مواتا ملك ما فيه من النخل وإن كثر لكن أشار بعضهم إلى الجمع بقوله <ص: 225> ما فيه مقر وجرى عليه الأصحاب وعللوه بأنه تابع وفارق المعدن الظاهر بأنه مشترك بين الناس كالمناهل والكلاء والحطب. والإجماع منعقد على منع إقطاع مشاريع الماء فكذا المعدن الظاهر بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل. ا هـ. فالأول محمله ما إذا قصد الأيكة لا محلها والثاني محمله ما إذا قصد إحياء الأرض المشتملة على ذلك فعلم أن من ملك أرضا بالإحياء ملك ما فيها حتى الكلاء وإطلاقهما أنه لا يملك ينبغي حمله على ما ليس في مملوك وعلى عدم ملكه هو أحق به، أما إذا لم يعلم به إلا بعد الإحياء فيملكه بقعة ونيلًا إجماعًا على ما حكاه الإمام وأما ما فيه علاج كأن كان بقرب الساحل بقعة لو حفرت وسيق الماء إليها ظهر الملح فيملك بالإحياء وللإمام إقطاعها

(فإن ضاق نيله) أي الحاصل منه عن اثنين تسابقا إليه ومثله في هذا الباطن الآتي (قدم السابق) منهما إليه لسبقه وإنما يقدر (بقدر حاجته) عرفًا فيأخذ ما تقتضيه عادة أمثاله ويبطل حقه بانصرافه وإن لم يأخذ شيئًا (فإن طلب زيادة) على حاجته (فالأصح إزعاجه) لشدة الحاجة إلى المعادن وبه فارق ما مر في نحو مقاعد الأسواق، ومحل الخلاف إن لم يضر الغير وإلا أزعج جزما (فلو جاء) إليه (معا) أو جهل السابق (أقرع) بينهما وإن كان أحدهما غنيا (في الأصح) إذ لا مرجح وإن وسعهما اجتماعا، وليس لأحدهما أن يأخذ أكثر من الآخر إلا برضاه كذا في الجواهر وحمل على أخذ الأكثر من البقعة لا النيل فله أخذ الأكثر منه (والمعدن الباطن وهو ما لا يخرج إلا بعلاج كذهب وفضة وحديد ونحاس) وفيروزج وياقوت كما قاله <ص: 226> (وسائر الجواهر الماثوثة في الأرض لا يملك) محله (بالحفر والعمل) مطلقا ولا بالإحياء في موات على ما يأتي (في الأظهر) كالظاهر وفارق الموات بأن إحياءها متوقف

على العمار وهي مناسبة لها وإحياؤه متوقف على تخريبه بالحفر وهو غير مناسب له ومن ثم لو استدل بالإحياء لم يملك مطلقا كما عليه السلف والخلف وخرج بمحله نيلا فيملك بغير إذن الإمام بالأخذ قطعاً لا قبل الأخذ على المعتمد وأفهم سكوته عن الإقطاع هنا جوازه وهو الأظهر للاتباع لكن إقطاع إرفاق لا تمليك نعم لا يثبت فيه اختصاص بتحجر كالظاهر

(ومن أحياء مواتا فظهر فيه معدن باطن ملكه) بقعة ونيلا، لأنه من أجزاء الأرض التي ملكها بالإحياء بخلاف الركاز ومع ملكه للبقعة لا يملك ما فيها قبل أخذه على ما قاله الجوزي وقضية كلام السبكي تضعيفه وهو الأوجه وخرج بقوله فظهر المشعر بأنه لم يعلمه حال الإحياء ما لو علمه وبنى عليه داراً مثلاً فيملكه دون بقعته، لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة فالقصد فاسد ومع ملكه له لا يجوز له بيعه، لأن مقصوده النيل وهو مجهول وبما قرره في المعدنين وبقعتهما من ملكه للنيل عند العلم في الباطن والبقعة عند الجهل فيهما على المعتمد من اضطراب في ذلك يعلم أن في تقييده بالباطن هنا فائدة لما بينهما من التخالف في النيل عند العلم فلا اعتراض عليه. (والمياه المباحة) <ص: 227> بأن لم تملك (من الأودية) كالنيل (والعيون في الجبال) ونحوها من الموات وسيول الأمطار (يستوي الناس فيها) لخبر أبي داود {الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلاً والنار} وصح {ثلاثة لا يمنع: الماء والكلاً والنار} فلا يجوز لأحد تحجرها ولا للإمام إقطاعها إجماعاً وعند الأزدهام وقد ضاق الماء أو مشرعه يقدم السابق وإلا أقرع وعطشان على غيره وطالب شرب على طالب سقي وليس من المباح ما جهل أصله وهو تحت يد واحد أو جماعة، لأن اليد دليل الملك قال الأزرعي: ومحله إن كان منبعه من مملوك لهم <ص: 228> بخلاف ما منبعه بموات أو يخرج من نهر عام كدجلة فإنه باق على إباحته ويعمل فيما جهل قدره ووقته وكيفيته في المشارب والمساقى وغيرها بالعادة المطردة، لأنها محكمة في هذا وأمثاله وأفتى بعضهم فيمن لأرضه شرب من ماء مباح فعطله آخر بأن أحدث ما ينحدر به الماء عنه بأنه يآثم وعليه أجره منفعة الأرض مدة تعطيلها لو سقيت بذلك الماء. قال وجرى على ذلك جمع متأخرون

في نظيره. ا ه. وليس بصحيح بالنسبة للأجرة لقولهم لو منعه عن سوق ماء إلى أرضه فتلّف لا ضمان عليه. ا ه. وما هنا مثله بجامع أنه لم يستول فيهما على الأرض بوجه وإنما ضمن فرخ حمامة ذبحها فهلك لأنه كالجزة منها. وفي ثلاثة لهم ثلاث مساقى من ماء مباح أعلى وأوسط وأسفل فأراد ذو الأعلى أن يسقي من الأوسط برضا صاحبه بأن لذي الأسفل منعه لئلا يتقادم ذلك فيستدل به على أن له شرباً من الأوسط. ا ه. وفيه نظر، لأن الشريكين ثم ورثتهما يمنعان تلك الدعوى نظير ما مر في السكة غير النافذة على أن التقادم هنا لا يدل على ذلك لما يأتي عن الروضة أنه إنما يدل إذا لم يكن لها شرب من محل آخر وفيمن له أرضان عليا فوسطى فسفلى لآخر تشرب من ماء مباح كذلك فأراد أن يجعل للثانية شرباً مستقلاً ليشرّبها معاً ثم يرسل لمن هو أسفل منه وأراد هذا منعه بأنه ليس له منعه إذ لا ضرر عليه وليس فيه تأخير لسقي أرضه بل ربما يكون وصول الماء إليه إذا شرباً معاً أسرع منه إذا شرباً مرتباً (فإن أراد قوم سقي أرضيهم) بفتح الراء بلا ألف من ماء مباح (فضاق سقى الأعلى) مرة أو أكثر، لأن الماء ما لم <ص: 229> يجاوز أرضه فهو أحق به ما دامت له به حاجة (فالأعلى) أي الأقرب للنهر فالأقرب وإن هلك زرع الأسفل قبل انتهاء النوبة إليه، أما إذا اتسع فيسقي كل متى شاء. هذا كله إن أحيوا معاً أو جهل الحال.: أما لو كان الأسفل أسبق إحياء فهو المقدم بل له منع من أراد إحياء أقرب منه إلى النهر كما صرح به جمع واقتضاه كلام الروضة لئلا يستدل بقربه بعد على أنه مقدم عليه ولا ينافيه ما مر آنفاً، لأن ما هنا يتعذر رفعه فيقوى الاستدلال به بخلاف رضا المالك فإن الغالب الرجوع عنه من المالك أو من وارثه فلم يوجد ما يستدل به من أصله، وأيضاً فالأرض هنا لا شرب لها من محل آخر بخلافها فيما مر كما سبق ثم من وليه في الإحياء وهكذا. ولا عبرة حينئذ بالقرب من النهر ولو استوت أرضون في القرب للنهر وجهل المحيي أولاً أقرع للتقدم ولهم منع من أراد إحياء موات وسقيه منه إن ضيق عليهم كما يأتي (وحبس كل واحد الماء حتى يبلغ الكعبين) لما صح من قضائه صلى الله عليه وسلم بذلك <ص: 230> وبحث الأذرعي أن المراد جانب الكعب الأسفل وخالفه

غيره احتجاجا بآية الوضوء ويرد بأن المدال على دخول المغيا في تلك خارجي وجد ثم لا هنا التقدير بهما هو ما عليه الجمهور واعترضوا بأن الوجه أنه يرجع في قدر السقي للعدد والحاجة لاختلافهما زما ومكانا فاعتبرت في حق أهل كل محل بما هو المتعارف عندهم والخبر جار على عادة الحجاز وقيل النخل إن أفردت كل بحوض فالعادة ملؤه وإلا اتبعت عادة تلك الأرض انتهى ولا حاجة لهذا التفصيل، لأن كلا من قسميه لم يخرج عن العادة في مثله فشمله كلامهم (فإن كان في الأرض) الواحدة (ارتفاع) من طرف (وانخفاض) من طرف (أفرد كل طرف بسقي) لئلا يزيد الماء في المنخفضة على الكعبيين لو سقيا معا فيسقي أحدهما حتى يبلغهما ثم يسد عنها ويرسله إلى الآخر.

(وما أخذ من هذا الماء) المباح (في إناء ملك على الصحيح) بل حكى ابن المنذر فيه الإجماع ولا يصير شريكا بإعادته إليه اتفاقا وكأخذه في إناء سوقه لنحو بركة وحوض له مسدود وكذا دخوله في كيزان دولابه كما أفتى به ابن الصلاح وخرج بذلك دخوله في ملكه بنحو سيل وإن حفر نهرا حتى دخل فإنه لا يملكه بدخوله لكنه يكون أحق به بل جريا في موضع على أنه يملكه وينبغي حمله على ما إذا أحرز محله بالفعل عليه ونحوه (وحافر بئر بموات للارتفاع) لنفسه لشربه وشرب دوابه منه لا للتملك (أولى بمائها) الذي يحتاجه ولو لزرعه (حتى يرتحل) لسبقه إليه فإن ارتحل بطلت أحقيته وإن عاد <ص: 231> قال الأذري: ما لم يرتحل لحاجة بنية العود ولم تطل غيبته، وأما إذا حفرها لارتفاع المارة أو لا بقصد نفسه ولا المارة فهو كأحدهم فيشترك الناس فيها وإن لم يتلفظ بوقفها وليس له سدها، وإن حفرها لنفسه لتعلق حق الناس بها (والمحفورة) في الموات (للملك أو) المحفورة بل النابعة بلا حفر (في ملك يملك) حفرها ومالك محلها (مائها في الأصح)، لأنه نماء ملكه وإنما جاز لمكتري دار الانتفاع بماء بئرها، لأن عقد الإجارة قد يملك به عين تبعا كاللبن وقضية المعلل منع البيع والتعليق جوازه إلا أن يقال هو ملك ضعيف ملحظه التبعية فقصر على انتفاعه هو بعينه للحاجة فلا يتعدى ذلك لبيعه وهذا هو الوجه ومن ثم أفتيت في مستأجر حمام أراد بيع ماء من بئرها بمنعه لما ذكر،

ولأن البيع قد يؤدي لتعطيلها فيضر ذلك بمؤجرها (وسواء ملكه أم لا لا يلزمه بذل ما فضل عن حاجته) ولو لزرعه (الزرع) وشجر لغيره، أما على الملك فكسائر المملوكات وأما على مقابله، فلأنه أولى به لسبقه.

(ويجب) بذل الفاضل عن حاجته الناجزة كما قيد به الماوردي قال الأذرعي: محله إن كان ما يستخلف منه يكفيه لما يطرأ <ص: 232> بلا عوض قبل أخذه في نحو إناء (لماشية) إذا كان بقربه كلاً مباح ولم يجد صاحبها ماءً آخر مباحاً (على الصحيح) بأن يمكنه من سقيها منه حيث لم يضر زرعه ولا ماشيته وإلا فمن أخذه أو سوقه إليها حيث لا ضرر على الأوجه للأحاديث في ذلك ولحرمة الروح هذا إن لم يوجد اضطرار وإلا وجب بذله لذي روح محترمة كأدمي وإن احتاجه لماشيته وماشية وإن احتاجه لزرع. وجوز ابن عبد السلام الشرب وسقي الدواب من نحو جدول مملوك لم يضر بمالكة إقامة للإذن العرفي مقام اللفظي ثم توقف فيما إذا كان لنحو يتيم أو وقف عام ثم قال ولا أرى جواز ورود ألف إبل جدولاً ماؤه يسير انتهى، وهذا معلوم من قوله أولاً لم يضر بمالكة

(والقناة المشتركة) بين جماعة لا يقدم فيها أعلى على أسفل ولا عكسه بل (يقسم ماؤها) المملوك الجاري من نهر أو بئر قهراً عليهم إن تنازعوا وضاق لكن على وجه لا يتقدم شريك على شريك وإنما يحصل ذلك (بنصب خشبة) مثلاً مستواً أعلاها وأسفلها بمحل مستو وألحق بالخشبة ونحوها بناء جدار به ثقب محكمة بالحصص (في عرض النهر) أي فم المجرى (فيها ثقب متساوية أو متفاوتة على قدر الحصص) من القناة، لأنه طريق إلى <ص: 233> استيفاء كل حقه وعند تساوي الثقب وتفاوت الحقوق أو عكسه يأخذ كل بقدر حصته فإن جهل قدر الحصص قسم على قدر الأراضي، لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك وقيل يقسم بينهم سواء، وأطال البلقيني في ترجيحه هذا إن اتفقوا على ملك كل منهم والأرجح بالقرينة والعادة المطردة في ذلك كما مر فإن قلت ينافي ما رجحه المصنف ما ذكره كالرافعي في مكاتيب خسيس ونفيس كوتبا على نجوم متفاوتة بحسب قيمتهما فأحضرا مالا وادعى الخسيس أنه بينهما والنفيس أنه متفاوت على قدر النجوم صدق الخسيس عملاً باليد قلت لا ينافيه لإمكان

الفرق إذ المدار هنا على اليد وهي متساوية وفي مسألتنا على الأرض المسقية وهي متفاوتة فعمل في كل من المحليين بما يناسبه فتأمله. وفي الروضة وأصلها كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شربا من موضع آخر حكمنا عند التنازع بأن لها شربا منه انتهى، وأفهم كلامهما أن ما عد لإجراء الماء فيه عند وجوده إلى أرض مملوكة دال على أن اليد فيه لصاحب الأرض التي يمكن سقيها منها سواء اتسع المجرى وقلت الأرض أو عكسه وسواء المرتفع والمنخفض وليس لأحدهم أن يسقي بمائه أرضا له أخرى لا شرب لها منه سواء أحيائها أم لا، لأنه يجعل لها رسم شرب لم يكن كما في الروضة وفيها أيضا لو أراد إحياء موات وسقيه من هذا النهر أي المباح فإن ضيق على السابقين منع، لأنهم استحقوا أراضيهم بمرافقها والماء من أعظم مرافقها وإلا فلا منع انتهى وإذا منع من الإحياء فمن السقي بالأولى، ولو زاد نصيب أحدهم من الماء على ري أرضه لم يلزمه بذله لشركائه بل له التصرف فيه كيف شاء قال بعضهم: بل تحرم إعادته للوادي، لأنه إضاعة مال انتهى. وفي كون ذلك إضاعة <ص: 234> نظر ظاهر وأفتى بعضهم في أرض لواحد علوها ولآخر سفلها فأخرب السيل أحدهما فأعادها مالكه على وجه تنقص به الأخرى عن شربها المعتاد بأنه يجبر على إعادته كما كان. فإن تعذر ذلك وقف الأمر حتى يصطلحا (ولهم) أي الشركاء (القسمة مهاياة) مياومة مثلا كأن يسقي كل منهم يوما كسائر الأملاك المشتركة ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع التراضي على أن لهم الرجوع عن ذلك قال الزركشي: وتتعين المهاياة إذا تعذر ما مر لبعده أرض بعضهم من المقسم ونحو الخشبة إذا كانت القناة تارة يكثر ماؤها وتارة يقل فتمتنع المهاياة حينئذ كما منعوها في لبون ليحلب هذا يوما وهذا يوما لما فيه من التفاوت الظاهر انتهى.

وليس لأحد الشركاء أن يحفر ساقية قبل المقسم، لأن حافة النهر مشتركة بينهم ولكل حرث أرضه وخفضها ورفعها وحينئذ يفرد كل أرضه بساقية يجري الماء فيها إليها ومؤنة ما يخص كلا عليه بخلاف عمارة النهر الأصلية فإنها على جميعهم بقدر الحصص فإن عمرها بعضهم فزاد الماء لم يختص به، لأنه متبرع وإن كان إنما عمرها بعد امتناع

الآخرين ولصاحب السفلى أن يحرث ويحفر في أرضه ما يدفع به ضررها من غير أن يضر العليا وليس للأعلى ذلك كما أفتى به جمع أي، لأنه به يأخذ أكثر من حقه هذا إن كانا يشربان معا وإلا بأن كان شرب السفلى من ماء العليا فلا منع أي حيث لا ضرر، ومن ثم امتنع عليه أن يحدث في أرضه شجرا أو نحوه إن أضر بالسفلى لحبسه الماء وأخذه منه فوق ما كان يعتاد قبل إحداث ما ذكر وأفتى الغزالي بأن لصاحب السفلى إجراء الماء المستحق لإجرائه في العليا وإن أضر بنخلها أو زرعها ولا غرم عليه لتقصير صاحبها بالزرع أو الغرس في المجرى المستحق للأسفل.
<ص: 235>

كتاب الوقف

هو لغة الحبس ويرادفه التسييل والتحبيس وأوقف لغة رديئة وأحبس أفصح من حبس على ما نقل لكن حبس هي الواردة في الأخبار الصحيحة، وشرعا حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح وأصله قوله تعالى {لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون} ولما سمعها أبو طلحة رضي الله عنه بادر إلى وقف أحب أمواله إليه بيرحاء حديقة مشهورة كذا قالوه وهو مشكل فإن الذي في حديثه في الصحيحين وإن أحب أموالي إلي بيرحاء وأنها صدقة له تعالى وهذه الصيغة لا تفيد الوقف لشيئين أحدهما أنها كناية فيتوقف على العلم بأنه نوى الوقف بها لكن قد يقال سياق الحديث دال على أنه نواه بها ثانيهما وهو العمدة أنهم شرطوا في الوقف بيان المصرف فلا يكفي قوله لله عنه بخلافه في الوصية كما يأتي مع الفرق فقوله وأنها صدقة لله تعالى لا يصلح للوقف عندنا وإن نواه بها وحينئذ فكيف يقولون أنه وقفها فهو: إما غفلة عما في الحديث أو بناء على أن الوقف كالوصية وخبر مسلم {إذا مات المسلم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح أي مسلم يدعو له} وحمل العلماء الصدقة الجارية على الوقف <ص: 236> دون نحو الوصية بالمنافع المباحة لندرته ووقف عمر رضي الله عنه أرضا أصابها بخير بأمره صلى الله عليه وسلم وشرط فيها شروطا منها أنه لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب وأن من وليها

يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول فيه رواه الشيخان وهو أول وقف في الإسلام وقيل بل {وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أموال مخيريق المتي أوصى بها له في السنة الثالثة} وجاء عن جابر ما بقي أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم له مقدرة حتى وقف وأشار الشافعي رضي الله عنه إلى أن هذا الوقف بالمعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية. وعن أبي يوسف أنه لما سمع خبر عمر أنه لا يباع أصلها رجع عن قول أبي حنيفة رضي الله عنه ببيع الوقف وقال لو سمعه لقال به وإنما يتجه الرد به على أبي حنيفة إن كان يقول ببيعه أي الاستبدال به وإن شرط الواقف عدمه.

وأركانه موقوف وموقوف عليه وصيغة وواقف وبدأ به، لأنه الأصل فقال (شرط الواقف صحة عبارته) خرج الصبي والمجنون (وأهلية التبرع) في الحياة كما هو المتبادر وهذا أخص مما قبله لكن جمع بينهما إيضاحا فلا يصح من محجور عليه بسفه. وصحة نحو وصيته ولو بوقف داره لارتفاع حجره بمؤنة، ومكره فأيراده عليه وهم، لأنه في حالة الإكراه ليس صحيح العبارة ولا أهلا للتبرع ولا لغيره إذ ما يقوله أو يفعله لأجل الإكراه لغو منه ومكاتب ومفلس وولي ويصح <ص: 237> من مبعوض وكافر ولو لمسجد وإن اعتقده غير قربة وممن لم ير ولا يتخير إذا رأى ومن الأعمى (و) شرط (الموقوف) كونه عينا معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة تصح إجارتها كما يشير لذلك كلامه الآتي بذكره بعض محترزات ما ذكر فلا يصح وقف المنفعة وإن ملكها مؤبدا بالوصية، والملتزم في الذمة، وأحد عبيده، وما لا يملك ككلب نعم يصح وقف الإمام الذي ليس رقيقا لمبيت المال وإن أعتقه ناظره كما يأتي نحو أراضى بيت المال على جهة ومعين على المنقول المعتمد لكن بشرط أن يظهر له في ذلك مصلحة، لأن تصرفه فيه منوط بها كولي اليتيم ومن ثم لو رأى تمليك ذلك لهم جاز وأم ولد ومكاتب وحمل وحده وذو منفعة لا يستأجر لها كالة اللهو وطعام نعم يصح وقف فحل للضراب وإن لم تجز إجارتها له إذ يغتفر في القرية ما لا يغتفر في المعاوضة.

و (دوام الانتفاع) المذكور (به) المقصود منه ولو بالقوة بأن يبقى مدة تقصد بالاستئجار غالبا وعليه يحمل ما أفاده كلام

القاضي أبي الطيب أنه لا يكفي فيها نحو ثلاثة أيام فدخل وقف عين الموصى بمنفعته مدة والمأجور وإن طالت مدتهما ونحو الجحش الصغير والمدراهم لتصاغ حليا فإنه يصح وإن لم يكن له منفعة حالا كالمغصوب ولو <ص: 238> من عاجز عن انتزاعه وكذا وقف المدبر والمعلق عتقه بصفة فإنهما وإن عتقا بالموت ووجود الصفة وبطل الوقف لكن فيهما دوام نسبي ومن ثم صح وقف بناء وغراس في أرض مستأجرة لهما وإن استحقا القلع بعد الإجارة كما يأتي وفارق صحة بيعهما وعدم عتقهما مطلقا بأنه هنا اجتمع عليه حقان متجانسان فقدم أقواهما مع سبق مقتضيه، وبه فارق ما لو أولد الواقف الموقوفة فإنها لا تصير أم ولد، وخرج ما لا يقصد كنقد للتزين به أو الاتجار فيه وصرف ربحه للفقراء مثلا وكذا الوصية له لذلك كما يأتي وما لا يفيد نفعاً كزمن لا يرجى برؤه (لا مطعوم) بالرفع أي وقفه، لأن نفعه في إهلاكه وزعم ابن الصلاح صحة وقف الماء كربع أصبع على ما يفعل في بلاد الشام اختيار له (وريحان) لسرعة فساده ومن ثم كان هذا في محصود دون مزروع فيصح وقفه للشتم قاله المصنف وغيره، لأنه يبقى مدة وفيه نفع آخر وهو التنزه.

(ويصح وقف) نحو مسك وعنبر للشتم بخلاف عود البخور، لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاكه فالحاق جمع العود بالعنبر يحمل على عود ينتفع بدوام شمه و (عقار) إجماعاً (ومنقول) للخبر الصحيح فيه نعم لا يصح وقفه مسجداً، لأن شرطه الثبات (ومشاع) وإن جهل قدر حصته أو صفتها، لأن وقف عمر السابق كان مشاعاً ولا يسري للباقي وإن وقف مسجداً وإن نازع كثيرون <ص: 239> في صحة هذا من أصله لتعذر قسمته إذ الأوجه أنها لا تتعذر بل تستثنى هذه للضرورة، وتجويز الزركشي المهايأة هنا بعيد إذ لا نظير لكونه مسجداً في يوم وغير مسجد في يوم ثم رأيت بعضهم جزم بوجوب قسمته ومر في مبحث خيار الإجارة أنه يتصور لنا مسجد تملك منفعته ويمتنع نحو اعتكاف وصلاة فيه من غير إذن مالك المنفعة (لا) وقف (عبد وثوب في الذمة)، لأن حقيقته إزالة ملك عن عين نعم يجوز التزامه فيها بالنذر (ولا وقف حر نفسه)، لأن رقبته غير مملوكة له (وكذا مستولدة) لأنها لعدم قبولها للنقل كالحر ومثلها المكاتب أي كتابة صحيحة فيما يظهر بخلاف ذي

الكتابة الفاسدة، لأن المقلب فيه التعليق ومر في المعلق صحة وقفه (وكلب معلم)، لأنه لا يملك والتقييد بمعلم لأجل الخلاف (وأحد عبديه في الأصح) كالبيع وفارق العتق بأنه أقوى وأنفذ لسرايته وقبوله التعليق (ولو وقف بناء أو غراسا في أرض مستأجرة) إجارة صحيحة أو فاسدة أو مستعارة مثلا (لهما) ثناه مع أن العطف بأو لأنها بين ضدين باعتبار استحالة اجتماع حقيقتهما على شيء واحد في زمن واحد فلا اعتراض عليه خلافا لمن زعمه (فالأصح جوازه)، لأنه مملوك ينتفع به مع بقاء عينه وإن كان معرضا للقلع باختيار مالك الأرض المؤجر أو المعير له، لأنه بعده وقف بحاله أي على ما يأتي. والأرش اللازم للمالك باختياره قلعه يصرف في نقله لأرض أخرى إن أمكن وإلا فليل هو مع أرشه للموقوف عليه وقيل للواقف <ص: 240> والذي يتجه منهما الأول وإن كان الوجه ما اختاره السبكي والإسنوي من بقاء وقفه زاد الإسنوي أنه يشتري به عقار أو جزؤه كمنظائره ويضم إليه أرشه في ذلك فإن صار غير منتفع به ملكه الموقوف عليه وخرج بنحو المستأجرة المغصوبة فلا يصح وقف ما فيها أي، لأنه لما لم يوضع بحق كان في حكم غير المنتفع به هذا غاية ما يوجه به ذلك ومع ذلك ففيه نظر واضح لتوجه الوقف إلى عين الموضوع، والشروط السابقة موجودة فيها واستحقاق القلع حالا أمر خارج على أنه موجود في المستأجر فاسدا، والمستعار قولهم وإن كان معرضا إلى آخره يؤيد صحة وقف هذا كما هو واضح وقياس ما ذكر في المغصوب بطلان وقف بيوت منى بناء على الأصح من حرمة البناء فيها ووجوب قلعه حالا بل الذي يظهر أنه لا يأتي فيها ما ذكر في المغصوب من النظر لوضوح الفرق بينهما بإمكان بقاء دوام المغصوب برضا أو إجارة بخلاف تلك فإنه لا يتصور بقاءها فكانت منافاتها لمقصود الوقف من الدوام أشد فتأمل. ويصح شرط الواقف صرف أجرة الأرض المستأجرة لهما من ريعهما على الأوجه <ص: 241> إذا رضي المؤجر ببقائهما بها، لأن فيه عودة على الوقف بالبقاء المقصود للشارع. وإفتاء الشمس بن عدلان ببطلان وقف بناء في أرض محتكرة بشرط صرف أجرة الأرض من ريع الموقوف لأنها تلزمه كأرش جناية القن الموقوف مردود بأن الظاهر أنها لا تلزمه بل إن كان هناك ريع

وجبت منه وإلا لم يلزم الواقف أجره لما بعد الوقف، وللمستحق مطالبته بالتفريغ وفارق جناية القن إذا وقفه بأن رقبته محل لها لولا الوقف ولا كذلك نحو البناء إنما محل التعلق ذمة مالكة، وقد زال ملكه فزال التعلق ولهذا لو مات القن قبل اختيار الفداء لم يلزم سيده شيء ولو انهدم البناء لم تسقط الأجرة الماضية فالأوجه صحة الوقف ولزوم الشرط وانقطاع الطلب عن الواقف، ولو لم يشترط ذلك والإجارة فاسدة صرف الحكر من الوقف مقدما على غيره كالعمارة أو صحيحة أخذت من الواقف أو تركته أي لما قبل الوقف كما علم مما تقرر المعلوم منه أيضا أنه حيث بقي بالأجرة بأن اختارها المؤجر المالك أو كانت الأرض وقفا إذ لا يقلع حينئذ كانت في مغلته فإن نقص ففي بيت المال (فإن وقف) على جهة فسيأتي أو (على معين) واحد أو (جمع) قيل قول أصله جماعة أولى لشموله الاثنين انتهى ويرد بمنع ذلك بل هما سواء وحصول الجماعة باثنين كما مر في بابها اصطلاح يخص ذلك الباب لصحة الخبر به وحكم الاثنين يعلم من مقابلة الجمع بالواحد الصادق حينئذ مجازا بقريضة المقابلة بالاثنيين. (اشترط) عدم المعصية وتعيينه <ص: 242> كما أفاده قوله: معين و (إمكان تملكه) من الواقف في الحال بأن يوجد خارجا متأهلا للملك، لأن الوقف تملك المنفعة (فلا يصح) الوقف على معدود كعلى مسجد سيبنى أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده ولا فقير فيهم أو على أن يطعم المساكين ريعه على رأس قبره أو قبر أبيه وإن علم وأفتى ابن الصلاح بأنه لو وقف على من يقرأ على قبره بعد موته فمات ولم يعرف له قبر بطل انتهى، وكان الفرق أن القراءة على القبر مقصودة شرعا فصحت بشرط معرفته ولا كذلك الإطعام عليه على أنه يأتي تفصيل في مسألة القراءة على القبر فاعلمه فإن كان له ولد أو فيهم فقير صح وصرف للحادث وجوده في الأولى أو فقره في الثانية لصحته على المعدوم تبعا كوقفته على ولدي ثم على ولد ولدي ولا ولد له وكعلى مسجد كذا وكل مسجد سيبنى من تلك المحلة وسيذكر في نحو الحربي ما يعلم منه أن الشرط بقاؤه فلا يرد عليه هنا إيهامه الصحة عليه لإمكان تملكه خلافا لمن زعمه ولا (على) أحد هذين ولا على عمارة المسجد إذا لم يبينه

بخلاف داري على من أراد سكنها من المسلمين ولا على ميت ولا على (جنين)، لأن الوقف تسليط في الحال بخلاف الوصية. ولا يدخل أيضا في الوقف على أولاده بل يوقف فإن انفصل حيا ولم يسم الموجودين ولا ذكر عددهم دخل تبعا كما يأتي بزيادة <ص: 243> (ولا على العبد) ولو مدبرا (وأم ولد لنفسه)، لأنه ليس أهلا للملك نعم إن وقف على جهة قرينة كخدمة مسجد أو رباط صح الوقف عليه، لأن القصد تلك الجهة ويصح على الجزء الحر من المبعوض حتى لو وقف بعضه القن على بعضه الحر صح كالوصية له به ويؤخذ من العلة أن الأوجه صحته على المكاتب كتابة صحيحة لأنه يملك ثم إن لم يقيد بالكتابة صرف له بعد العتق أيضا وإلا انقطع به هذا كله إن لم يعجز وإلا بان بطلانه، لأنه منقطع الأول فيرجع عليه بما أخذه من غلته (فإن أطلق الوقف عليه فهو) محمول ليصح أو لا يصح على أنه (وقف على سيده) كما لو وهب منه أو أوصى له به والقبول إن شرط منه وإن نهاه سيده عنه لا من سيده إن امتنع نظير ما يأتي في الوصية (ولو أطلق الوقف على بهيمة) مملوكة (لغا) لاستحالة ملكها (وقيل هو موقوف على مالكة) كالعبد والفرق أن العبد قابل لأن يملك بخلافها وخرج بأطلاق الوقف على علفها أو عليها بقصد مالكة وبالمملوكة المسبلة في ثغر أو نحوه فيصح بخلاف غير المسبلة ومن ثم نقلا عن المتولي عدم صحته على الوجوش والطيور <ص: 244> المباحة ونوزعا فيه ويؤيده ما يأتي أن الشرط في الجهة عدم المعصية ويجاب بأن هذه الجهة لا يقصد الوقف عليها عرفا ومن ثم لما قصد حمام مكة بالوقف عليه عرفا كان المعتمد صحته عليه، أما المباحة المعينة فلا يصح عليها جزما على نزاع فيه (ويصح) الوقف ولو من مسلم (على ذمي) معين متحد أو متعدد كما يجوز التصديق عليه نعم إن ظهر في تعيينه قصد معصية كالوقف على خادم كنيسة للتعبد لغا كالوقف على نحو حصرها وكذا إن وقف عليه ما لا يملكه كقن مسلم ونحو مصحف، ولو حارب ذمي صار الموقوف عليه كمنقطع الوسط أو الآخر كما بحثه شارح وعليه فالفرق بينه وبين المكاتب إذا رق واضح (لا مرتد وحربي)، لأن الوقف صدقة جارية ولا بقاء لهما ويفرق بينهما وبين نحو الزاني المحصن وإن كانا دونه في الإهدار إذ لا تمكن

عصمته بحال بخلافهما بأن في الوقف عليهما منابذة لعز الإسلام لتمام معاندتهما له من كل وجه بخلافه ومن ثم ترددوا في معاهد ومستأمن هل يلحقان بالذمي كما رجحه الغزي أو بالحربي كما جزم به الدميري: وقال غيره إنه المفهوم من كلامهم وتردد السبكي فيمن تحتم قتله بالمحاربة ورجح أنه كالزاني المحصن

(ونفسه في الأصح) لتعذر تمليك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه، لأنه حاصل ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة إذ استحقاقه ونفا غيره ملكا الذي نظر إليه المقابل الذي اختاره جميع لا يقوى على دفع ذلك التعذر ومنه أن يشترط نحو قضاء دينه مما وقفه أو انتفاعه به لا شرط نحو شربه أو مطالعته أو طبخه من بئر أو كوز، وفي كتاب أو قدر وقفها على نحو الفقراء كذا قاله شارح وليس بصحيح وكأنه توهمه من قول عثمان رضي الله عنه في وقفه لبئر رومة بالمدينة دلوي فيها كدلاء المسلمين وليس بصحيح فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط بل على سبيل الإخبار <ص: 245> بأن للواقف أن ينتفع بوقفه العام كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها. ثم رأيت بعضهم جزم بأن شرط نحو ذلك يبطل الوقف نعم شرطه أن يضحي عنه منه صحيح أخذاً من قول الماوردي وغيره بصحة شرط أن يحج عنه منه أي، لأنه لا يرجع له من ذلك إلا الثواب وهو لا يضر بل هو المقصود من الوقف ويفرق بينه وبين شرطه الصلاة فيما وقفه مسجداً بأن الصلاة فيها انتفاع ظاهر بالبدن فعاد عليه بشرطه ذلك وفق دنيوي ولا كذلك في نحو الحج والأضحية وأفتى أبو زرعة فيمن وقف بناء أو بستانا وشرط أن يبدأ من ريعه بعمارته وما فضل له ثم لأولاده بأنه صحيح وما فضل عن العمارة يحفظ ما دام حيا لجواز الاحتياج إليه فيها ثم ما فضل حال موته يصرف لأولاده وإنما لم يبطل فيما جعله لنفسه، لأنه لا يعرف ومن ثم لم يكن كالوقف على زيد ونفسه حتى يصح في نصفه ويبطل في نصفه ولا كمنقطع الوسط حتى يصرف الفاضل في حياته لأقرب الناس إليه، لأنه هنا ليس طبقة ثانية بل من جملة الأولى وإن تقدم بعضها عليه وإنما لم يؤثر ضم المجهول وهو ما له إلى المعلوم، لأنه لم يشرك بينهما بل قدم المعلوم وهو نحو العمارة فصح فيه وأخر المجهول

المتعذر الصرف إليه فحفظنا الفاضل لموته لما مر هذا حاصل كلامه المبسوط في ذلك وفيه ما فيه للمتأمل. ولو وقف على الفقراء مثلا ثم صار فقيرا جاز له الأخذ منه وكذا لو كان فقيرا حال الوقف كما في الكافي واعتمده السبكي وغيره ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجرة المثل فأقل ومن حيل صحة الوقف على النفس أن يقف على أولاد أبيه ويذكر صفات نفسه فيصح كما قاله جمع متأخرون واعتمده ابن الرفعة وعمل به في حق نفسه فوقف على الأفقه من بني الرفعة وكان يتناوله <ص: 246> وخالف فيه الإسنوي وغيره تبعاً للغزالي والخوارزمي فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه والأصح لغيره قال السبكي وهو أقرب لبعده عن قصد الجهة وأن يؤجره مدة طويلة ثم يقفه على الفقراء مثلا ثم يتصرف في الأجرة أو يستأجره من المستأجر وهو الأحوط لينفرد باليد ويأمن خطر الدين على المستأجر وهاتان حيلتان لانتفاعه بما وقفه لا لوقفه على نفسه كما هو واضح وأن يستحكم فيه من يراه ولو أقر من وقف على نفسه ثم على جهات مفصلة بأن جاء كما يراه حكم به وبلزومه وأخذ بإقراره ويجوز نقض الوقف في حق غيره على ما أفتى به البرهان المراعي وخالفه التاج الفزاري فقال يقبل إقراره عليه وعلى من يتلقى منه كما لو قال هذا وقف علي ويأتي قبيل الفصل ما له تعلق بذلك.

(تنبيه) أفتى ابن الصلاح بأن حكم الحنفي بصحة الوقف على النفس لا يمنع الشافعي باطنا من بيعه وسائر التصرفات فيه قال، لأن حكم الحاكم لا يمنع ما في نفس الأمر وإنما منع منه في الظاهر سياسة شرعية ويلحق بهذا ما في معناه انتهى، وتبعه على ذلك جمع ورده آخرون بأنه مفرع على الضعيف إن حكم الحاكم في محل اختلاف المجتهدين لا ينفذ باطنا كما صرح به في تعليقه والأصح كما في الروضة في مواضع نفوذه باطنا ولا معنى له إلا ترتب الآثار عليه من حل وحرمة ونحوهما وقد صرح الأصحاب بأن حكم الحاكم في المسائل الخلافية يرفع الخلاف ويصير الأمر متفقا عليه

(فإن وقف) مسلم أو ذمي (على جهة معصية كعمارة نحو الكنائس) التي للتعبد أو ترميمها وإن مكناهم منه كما بسطه السبكي وتبعه الأذرعي وغيره رداً لإيهام وقع في

كلام ابن الرفعة أو قناديلها أو كتابة نحو التوراة (فباطل) لأنه إعانة على معصية نعم لا نبطل ما فعله ذمي إلا إن ترافعوا إلينا <ص: 247> وإن قضى به حاكمهم، أما نحو كنيسة لنزول المارة أو لسكنى قوم منهم دون غيرهم على الأوجه فيصح الوقف عليها وعلى نحو قناديلها أو إسراجها وإطعام من يأوي إليها منهم لانتفاء المعصية لأنها حينئذ رباط لا كنيسة كما يأتي في الوصية ومن ثم جرى هنا جميع ما يأتي ثم

(فرع) يقع لكثيرين أنهم يقفون أموالهم في صحتهم على ذكور أولادهم قاصدين بذلك حرمان إناثهم وقد تكرر من غير واحد الإفتاء ببطلان الوقف حينئذ وفيه نظر ظاهر بل الوجه الصحة، أما أولا فلا نسلم أن قصد الحرمان معصية كيف وقد اتفق أئمتنا كأكثر العلماء على أن تخصيص بعض الأولاد بماله كله أو بعضه هبة أو وقفا أو غيرهما لا حرمة فيه ولو لغير عذر وهذا صريح في أن قصد الحرمان لا يحرم، لأنه لازم للتخصيص من غير عذر وقد صرحوا بحله كما علمت، وأما ثانيا فبتسليم حرمة هي معصية خارجة عن ذات الوقف كإشراء عنب بقصد عصره خمرا فكيف يقتضي إبطاله (أو) على (جهة قرينة) يمكن حصرها (كالفقراء) والمراد بهم هنا فقراء الزكاة نعم المكتسب كفايته ولا مال له يأخذ هنا (والعلماء) وهم حيث أطلقوا هنا أصحاب علوم الشرع كالوصية (والمساجد والمدارس) والكعبة والقناطر وتجهيز الموتى فيختص به من لا تركة له ولا منفق يلزمه إنفاقه (صح) لعموم أدلة الوقف ولا نظر لكونه على جماد، لأن النفع عائد على المسلمين ولا لانقطاع العلماء دون الفقراء، لأن الدوام في كل شيء بحسبه وخرج ويمكن حصرها الوقف على جميع الناس فيلغو كما قاله الماوردي والرويانى لكن نازعهما السبكي (أو) على (جهة لا يظهر فيها القرينة). <ص: 248> بين به أن المراد بجهة القرينة ما ظهر فيه قصدها وإلا فالوقف كله قرينة (كالأغنياء صح في الأصح) كما يجوز بل يسن الصدقة عليهم فالمرعي انتفاء المعصية عن الجهة فقط نظرا إلى أن الوقف تمليك كالوصية ومن ثم استحسنا بطلانه على نحو الذميين والفساق لأنه إعانة على معصية لكن نازعهما نقلا ومعنى ومر في الطيور ما يعلم منه أنه يشترط فيها أيضا أن تكون مما يقصد الوقف عليه عرفا

قيل تمثيل المتن غير صحيح لسن الصدقة على الأغنياء فكيف لا يظهر فيهم قصد القرية ؟ انتهى وهو جمود إذ فرق واضح بين لا يظهر ولا يوجد فتأمله ولو حصرهم كأغنياء أقاربه صح جزماً كما بحثه ابن الرفعة وغيره والغني هنا من تحرم عليه الزكاة قاله الزبيري وبحث الأذرعى اعتبار العرف ثم شكك فيه ويأتي أوائل الوصية حكم الوقف على الشيخ الفلاني أو ضريحه

(ولا يصح) الوقف من الناطق الذي لا يحسن الكتابة (إلا بلفظ) ولا يأتي فيه خلاف المعاطاة وفارق نحو البيع بأنها عهدت فيه جاهلية فأمكن تنزيل النص عليها ولا كذلك الوقف فلو بنى بناء على هيئة مسجد أو مقبرة وأذن في إقامة الصلوات أو المدفن فيه لم يخرج بذلك عن ملكه <ص: 249> قيل بخلاف ما لو أذن في الاعتكاف فيه فإنه يصير بذلك مسجداً انتهى ويوجه مع ما فيه بأن الاعتكاف يستلزم المسجدية بخلاف نحو الصلاة. نعم بناء المسجد في الموات تكفي فيه النية، لأنه ليس في إخراج الأرض المقصودة بالذات عن ملكه أي لا حقيقة ولا تقديراً حتى يحتاج إلى لفظ قوي يخرج عنه ويزول ملكه عن الآلة باستقرارها في محلها من البناء لا قبله إلا أن يقول هي للمسجد ذكره الماوردي ومخالفة الفارقي فيه ضعيفة واعترض القمولي والبلقيني ما ذكره آخراً بأن الذي ينبغي توقف ملكه للآلة على قبول ناظره وقبضه وفيه نظر، لأن الكلام في الآلة التي يحصل بها الإحياء وهو حينئذ لا ناظر له لعدم وجود المسجدية إلا بعد أن يوجد من البناء ما يحصل به الإحياء وإذا تعذر الناظر حينئذ اقتضت الضرورة أن ما سيصير مسجداً يتبين أنه ملك تلك الآلة بمجرد قوله فما قاله صحيح لا غبار عليه، وغيرهما زوال الملك عن الآلة باستقرارها بقول الروياني لو عمر مسجداً خراباً ولم يقف الآلة كانت عارية يرجع فيها متى شاء انتهى وقد يجاب بحمل هذا على ما إذا لم يبين بقصد المسجد والأول على ما إذا بني بقصد ذلك وسيأتي في مبحث النظر ما يؤيد ذلك ثم رأيت في كلام البغوي ما يرد كلام الروياني هذا وهو قول فتاويه لو قال لقيم المسجد اضرب اللبن من أرضي للمسجد فضربه وبنى به المسجد صار له حكم المسجد وليس له نقضه كالصدقة التي اتصل بها القبض وله استرداده قبل أن يبني به انتهى. وألحق الإسنوي أخذاً

من كلام الرافعي بالمسجد في ذلك نحو المدارس والربط والبلقيني أخذاً منه أيضاً البئر المحفورة للسبيل والبقعة المحيطة بمقبرة قال الشيخ أبو محمد وكذا لو أخذ من الناس شيئاً لبني به زاوية أو رباطاً فيصير كذلك بمجرد بنائه واعترض بعضهم ما قاله الشيخ بأنه فرعه على طريقة ضعيفة قال ولده وكذا الشارع يصير وقفاً بمجرد الاستطراق بخلاف ملكه الذي يريد جعله شارعاً لا بد فيه من اللفظ انتهى وقياس ما مر في المسجد بالموات أنه لا بد في مصير الموات شارعاً <ص: 250> من نية وقفه شارعاً مع استطراقه له ولو مرة، أما الأخرس فيصح بإشارته وأما الكاتب فيصح بكتابته مع النية

(وصريحه) ما اشتق من لفظ الوقف نحو (وقفت كذا) على كذا (أو أرضي) أو أملاكي (موقوفة) أو وقف (عليه) والتسبيل والتحييس) أي ما اشتق منهما كأملأكي حبس عليه (صريحان على الصحيح) فيهما لاشتهارهما شرعاً وعرفاً فيه بل قال المتولي: ما نقل عن الصحابة وقف إلا بهما ومر في الإقرار حكم اشهدوا علي أنني وقفت كذا (ولو قال تصدقت بكذا صدقة محرمة) أو مؤبدة (أو موقوفة) واستشكل الخلاف في هذه مع صراحة أرضي موقوفة بلا خلاف وأجيب بأن فيه خلافاً أيضاً ويجب أن موقوفة في الأولى وقعت مقصودة وفي الثانية وقعت تابعة فضعفت صراحتها أو مسيلة أو محبسة أو صدقة حبس أو حبس محرم أو صدقة ثابتة أو بتله قاله ابن خيران أو لا تورث (أو لا تباع ولا توهب) الواو هنا بمعنى أو إذ الأوجه الاكتفاء بأحدهما كما صححه في البحر وجزم به ابن خيران وابن الرفعة وإن نازع فيه السبكي (فصريح في الأصح)، لأن لفظ التصدق مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف ومن ثم كان هذا صريحاً بغيره وإنما لم يكن قوله: لزوجه أنت بائن مني بينونة محرمة لا تحلين لي بعدها أبداً صريحاً لاحتماله غير الطلاق كالتحريم بالفسخ بنحو رضاع (وقوله: تصدقت فقط ليس بصريح) في الوقف ولا كناية فلا يحصل به وقف (وإن نواه) لتردده بين صدقة الفرض والنفل والوقف. وقوله: وإن نواه دليل على ما قدرته إذ لم يعهد تأثير النية في الصريح فلا اعتراض عليه (إلا أن يضيفه إلى جهة عامة) كتصدقت بهذا على الفقراء (وينوي الوقف) فيصير كناية كما هو ظاهر كلام الروضة كالعزيز وغيره

وصوبه الزركشي ويحصل به الوقف لظهور اللفظ حينئذ فيه بخلافه في المضاف إلى معين ولو جماعة فإنه لا يكون كناية وإن نواه إذ هو صريح في التملك بلا عوض فإن قبل وقبض ملكه وإلا فلا ونقل الزركشي عن <ص: 251> جمع أنه متى نوى به الوقف كان وقفا فيما بينه وبين الله تعالى (والأصح أن قوله حرمة أو أبدته ليس بصريح)، لأنه لا يستعمل مستقلا بل مؤكدا كما مر بل كناية لاحتماله وأتى بأو لئلا يوهم أن أحدهما غير كناية (و) الأصح وإن نازع فيه الإسنوي وغيره (أن قوله: جعلت البقعة مسجدا) من غير نية صريح فحينئذ (تصير به مسجدا) وإن لم يأت بلفظ مما مر، لأن المسجد لا يكون إلا وقفا فإن نوى به الوقف أو زاد لله صار مسجدا قطعاً ووقفته للاعتكاف صريح في المسجدية كما هو ظاهر وللصلاة صريح في مطلق الوقفية، وقوله: للصلاة كناية في المسجدية فإن نواها صار مسجدا وإلا صار وقفا على الصلاة وإن لم يكن مسجدا كالمدرسة (و) الأصح (أن الوقف على معين) واحد أو جماعة (يشترط فيه قبوله) إن تأهل وإلا فقبول وليه عقب الإيجاب أو بلوغ الخبر كالهبة ورجح في الروضة في السرقة أنه لا يشترط نظرا إلى أنه بالقرب أشبه منه بالعقود ونقله في شرح الوسيط عن النص وانتصر له جمع بأنه الذي عليه الأكثرون واعتمده بل قال المتولي محل الخلاف إن قلنا إنه ملك للموقوف عليه، أما إذا قلنا إنه لله تعالى فهو كالإعتاق واعترض بأن الإعتاق لا يرد بالرد ولا يبطله الشرط الفاسد ويرد بأن التشبيه به في حكم لا يقتضي لحوقه به في غيره وعلى الأول لا يشترط قبول من بعد البطن الأول وإن كان الأصح أنهم يتلقون من الواقف على ما رجحه جمع متأخرون لكن الذي استحسناه أنا إذا قلنا بالأصح اشترط قبولهم ولا قبول ورثة حائزين وقف عليهم مورثهم ما يفي به الثلث على قدر أنصبتهم فيصح ويلزم من جهتهم بمجرد اللفظ قهرا عليهم، لأن القصد من الوقف دوام الأجر للواقف فلم يملك الوارث رده إذ لا ضرر عليه فيه و، لأنه يملك إخراج الثلث عن الوارث بالكلية فوقفه عليه أولى وبحث بعضهم أنه لا أثر هنا بعد وقفه على أولاده <ص: 252> بقدر أنصبتهم لشرطه أنه بعدهم لأولاده الذكور دون أولاده الإناث وفيه نظر، لأنه إما وقف أو وصية وكل منهما

يؤثر فيه شرطه فلا وجه لخروج هذا إلا أن يجاب بأنه لما لزمه في أصل الوقف رعاية قدر أنصباهم لزمه ذلك فيمن بعدهم ولو وقف جميع أملاكه كذلك ولم يجيزوه نفذ في ثلث التركة قهرا عليهم كما تقرر. وخرج بالمعين الجهة العامة وجهة التحرير كالمسجد فلا قبول فيه جزما ولم ينب الإمام عن المسلمين فيه بخلافه في نحو القود، لأن هذا لا بد له من مباشر ولا يشترط قبول ناظر المسجد ما وقف عليه بخلاف ما وهب له

(ولو رد) الموقوف عليه المعين البطن الأول أو من بعده جميعهم أو بعضهم الوقف (بطل حقه) منه (شرطنا القبول أم لا) كالوصية نعم لو وقف على وارثه الحائز ما يخرج من الثلث لزم ولم يبطل حقه برده كما مر وانتصر جمع لقول البغوي لا يرتد به كالعقود وخرج بحقه أصل الوقف فإن كان الراد البطن الأول بطل عليهما أو من بعده فكمنقطع الوسط وقال السبكي الذي تحصل من كلام الشافعي والأصحاب أنه يرتد بردهم كما يرتد برد البطن الأول ولا أثر للرد بعد القبول كعكسه فلو رجع الراد وقبل لم يستحق شيئا إن حكم حاكم برده وإلا استحق كما نقله وأقراه لكن نازع فيه الأذرعوي ويظهر أنه لا أثر هنا لرد من بعد الأول قبل دخول وقت استحقاقه كرد الوصية في حياة الموصي (و) لما تمم الكلام على أركانه الأربعة شرع في ذكر شروطه وهي التأييد والتنجز وبيان المصرف والإلزام فحينئذ (لو قال وقفت هذا) على الفقراء (سنة) مثلا (فباطل) وقفه لفساد الصيغة، لأن وضعه على التأييد نعم إن أشبه التحرير كجعلته مسجدا سنة <ص: 253> صح مؤبدا كما قاله الإمام وتبعه غيره ولا أثر للتأقيت الصريح بما لا يحتمل بقاء الدنيا إليه كما بحثه الزركشي كالأذرعوي، لأن القصد منه التأييد لا حقيقة التأقيت ولا لتأقيت الاستحقاق كعلي زيد سنة ثم على الفقراء أو إلا أن يلد لي ولد ولا للتأقيت الضمني في منقطع الآخر المذكور في قوله (ولو قال وقفت على أولادي أو على زيد ثم نسله) ونحوهما مما لا يدوم (ولم يزد) على ذلك (فالأظهر صحة الوقف)، لأن مقصوده القرية والدوام فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير.

(فإذا انقرض المذكور) ومثله ما لو لم تعرف أرباب الوقف (فالأظهر أنه يبقى وقفا)، لأن وضع الوقف الدوام كالعقود

(و) الأظهر (أن مصرفه أقرب الناس) رحما لا إرثا فيقدم وجوبا ابن بنت علي ابن عم ويؤخذ منه صحة ما أفتى به أبو زرعة أن المراد بما في كتب الأوقاف ثم الأقرب إلى الواقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الإرث والعصوبة فلا ترجيح بهما في مستويين في القرب من حيث الرحم والدرجة ومن ثم قال لا يرجح عم علي خال بل هما مستويان والمعتبر الفقراء دون الأغنياء منهم ولا يفضل نحو الذكر على الأوجه (إلى الواقف) بنفسه أو بوكيله عن نفسه (يوم انقراض المذكور)، لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات فإذا تعذر الرد للواقف تعين أقربهم إليه، لأن الأقارب مما حث الشارع عليهم في جنس الوقف لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي طلحة لما أراد أن يقف بيرحاء أرى أن تجعلها في الأقربين وبه فارق عدم تعيينهم في نحو الزكاة علي أن لهذه مصرفا عنه الشارع بخلاف الوقف ولو فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء على المنقول خلافا للتاج السبكي أو قال ليصرف من غلته لفلان كذا وسكت عن باقيها صرفه الإمام في مصالح المسلمين كما نص عليه ورجحه جمع متقدمون. وقال آخرون واعتمده ابن الرفعة يصرف للفقراء والمساكين أي ببلد الموقوف أخذا من ترجيحه على مقابل الأظهر القائل بصرفه إليهم ومن ثم قال الزركشي <ص: 254> قياس منع نقل الزكاة عن فقراء بلدها منعه عن فقراء بلد الموقوف، أما الإمام إذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه (ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته علي) من يقرأ علي قبري أو علي قبر أبي وأبوه حي بخلاف وقفته الآن أو بعد موتي علي من يقرأ علي قبري بعد موتي فإنه وصية فإن خرج من الثلث أو أجزى وعرف قبره صح وإلا فلا وكوقفته علي (من سيولد لي) أو علي مسجد سيبنى ثم علي الفقراء مثلا (فالمذهب بطلانه) لبطلان الأول لتعذر الصرف إليه حالا ومن بعده فرعاه وإن قلنا يتلقى من الواقف ولو لم يذكر بعد الأول مصرفا بطل قطعها، لأنه منقطع الأول والآخر ولو قال وقفت علي أولادي ومن سيولد لي علي ما أفصله ففصله علي الموجودين وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له جاز وأعطي من ولد له نصيب من مات منهم بلا عقب فقط ولا يؤثر فيه قوله: وقفت علي أولادي ومن سيولد لي، لأن التفصيل

بعده بيان له (أو) كان (منقطع الوسط) بالتحريك (كوقفت على أولادي ثم) على عبد عمرو ثم الفقراء أو ثم على (رجل) منهم وبه يعلم أنه لا يضر تردد في وصف أو شرط أو مصرف قامت قرينة قبله أو بعده على تعيينه، لأنه لا يتحقق الانقطاع إلا إن كان الإبهام من كل وجه كما هو واضح وكلام الأئمة في فتاويهم صريح في ذلك (ثم) على (الفقراء فالمذهب صحته) لوجود المصرف حالا ومآلا. ومصرفه عند توسط الانقطاع كمصرف منقطع الآخر وبحث أن محله إن عرف أمد انقطاعه بأن كان معينا كالمثال الأول وإلا كرجل في المثال الثاني صرف بعد موت الأول لمن بعد المتوسط كالفقراء فيما ذكر وفيه كلام ذكرته في شرح الإرشاد

(ولو اقتصر على) قوله (وقفت) كذا ولم يذكر مصرفه أو ذكر مصرفا متعذرا كوقفت كذا على جماعة (فالأظهر بطلانه) وإن قال لله، لأن الوقف يقتضي تملك المنافع فإذا لم يعين مملكا بطل كالبيع و، لأن جهالة المصرف كعلى من شئت ولم يعينه عند الوقف أو من شاء الله تبطله فعدمه أولى. وإنما صح أوصيت بثلاثي وصرف للمساكين، لأن غالب الوصايا لهم فحمل الإطلاق عليهم و، لأنها أوسع لصحتها بالمجهول والنجس وبحث الأذرعى أنه لو نوى المصرف واعترف به ظاهرا صح ورده الغزي بأنه لو قال طالق ونوى زوجته لم يصح لأن النية إنما تؤثر مع لفظ يحتملها ولا لفظ هنا يدل على المصرف أصلا ومنه يؤخذ أنه لو قال في جماعة أو واحد نويت معينا قبل <ص: 255> وهو متجه

(ولا يجوز) أي لا يحل ولا يصح (تعليقه) فيما لا يضاهاى التحرير (كقوله إذا جاء زيد فقد وقفت) كذا على كذا، لأنه عقد يقتضي نقل الملك إلى الله تعالى أو للموقوف عليه حالا كالبيع والهبة نعم تعليقه بالموت كإذا مت فداري وقف على كذا أو فقد وقفها إذ المعنى فاعلموا أنني قد وقفها بخلاف إذا مت وقفها والفرق أن الأول إنشاء تعليق والثاني تعليق إنشاء وهو باطل لأنه وعد محض ذكره السبكي.

وإذا علق بالموت كان كالوصية ومن ثم لو عرضه على البيع كان رجوعا ويفرق بينه وبين المدبر بأن الحق المتعلق به وهو العتق أقوى فلم يجز الرجوع عنه إلا بنحو

البيع دون نحو العرض عليه ونقل الزركشي عن القاضي أنه لو نجزه وعلق إعطاءه للموقوف عليه بالموت جاز كالوكالة انتهى وعليه فهو كالوصية أيضا فيما يظهر، أما ما يضاهاه التحرير كإذا جاء رمضان فقد وقفت هذا مسجدا فإنه يصح كما بحثه ابن الرفعة، لأنه حينئذ كالعق (ولو وقف) شيئا (بشرط الخيار) له أو لغيره في الرجوع فيه أو في بيعه متى شاء أو في تغيير شيء منه بوصف أو زيادة أو نقص أو نحو ذلك (بطل) الوقف (على الصحيح) لما مر أنه كالبيع والهبة وإنما لم يفسد العتق بالشرط الفاسد كما قاله القفال واعتمده السبكي بل قال إن خلافه غير معروف، لأنه مبني على السراية لتشوف الشارع إليه (والأصح أنه) أي الواقف لملكه بخلاف الأثر إن شروطهم <ص: 256> في أوقافهم لا يعمل بشيء منها كما قاله أجلاء المتأخرين، لأنهم أرقاء لبيت المال فيتعذر عتقهم حتى يبيعهم لأنفسهم على ما مر أول العارية ويأتي أوائل العتق وحينئذ فمن له حق بيت المال تناولها وإن لم يباشر ومن لا فلا وإن باشر فتفطن له قال الدميري وأول الأثر عز الدين أبيك الصالحي ثم ابنه المنصور ثم قطز ثم الظاهر بيبرس

(إذا وقف بشرط أن لا يؤجر) مطلقا أو إلا كذا كسنة أو شهر أو أن لا يؤجر من نحو متجوه وكذا شرط أن الموقوف عليه يسكن وتكون العمارة عليه كما ملت إليه وبسطت أدلته في الفتاوى (اتبع) في غير حالة الضرورة (شرطه) كسائر شروطه التي لم تخالف الشرع وذلك لما فيه من وجوه المصلحة: أما ما خالف الشرع كشرط العزوبة في سكان المدرسة أي مثلا فلا يصح كما أفتى به البلقيني وعلله بأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع أي من الحض على الزوج ودم العزوبة. ويؤخذ من قوله لا يصح المستلزم لعدم صحة الوقف عدم صحته أيضا فيما لو وقف كافر على أولاده إلا من يسلم منهم وأما قول السبكي يصح ويلغو الشرط فبعيد وإن أمكن توجيهه بأن الشرط كالاتثناء وتوهم فرق بينهما خيال لا يعول عليه وبحث الأذرعي أن الموقوف عليه لو تعذر انتفاعه بدون الإجارة كسوق أطل شرط امتناعها الوقف، ورد بأنه يمكنه أن ينتفع بها من وجه آخر وأن يعيرها بناء على الظاهر في المطلب أن للموقوف عليه الإجارة إذا منع من الإجارة

ما لم يمنعه الواقف منها أيضا وإذا منع الموقوف عليهم الإجارة ولم يمكن سكناهم كلهم فيه معا تهايؤا بحق السكنى ويقرر للابتداء. ونفقة الحيوان على من هو في نوبته وبحث ابن الرفعة وجوب المهايأة، لأن بها يتم مقصود الواقف واستبعده السبكي بأنه لا يلزم المستحق السكنى وغرض الواقف تم بإباحتها وأجاب الأذرعى بأن ابن الرفعة لم يرد إيجابها بل إيجاب أصل المهايأة ثم يتخير ذو النوبة بين السكنى وعدمها. قال لكن الذي أطلقه الأصحاب أن لأهل الوقف المهايأة وأنه لا يجبر الممتنع عليها ولو قيل أنه يجبر المعاند لم يبعد انتهى وخرج بغير حالة الضرورة ما لو لم يوجد غير مستأجر الأولى وقد شرط أن لا يؤجر لإنسان أكثر من سنة أو أن الطالب لا يقيم أكثر من سنة ولم يوجد غيره في السنة الثانية فيهمل شرطه حينئذ كما قاله ابن عبد السلام، لأن الظاهر أنه لا يريد تعطيل وقفه ولو انهدمت المدار المشروط أن لا تؤجر إلا كذا وأن لا يدخل عقد على عقد أو أن لا تؤجر ثانيا ما بقي من مدة الأولى شيء أو أشرفت على الانهدام بأن تعطل الانتفاع بها من الوجه الذي قصده الواقف كالسكنى ولم تمكن عمارتها إلا بإيجارها أكثر من ذلك فتؤجر بأجرة مثلها مراعى فيها تعجيل الأجرة المدة الطويلة إذ يتسامح لأجل ذلك في الأجرة بما لا يتسامح به في إجارة كل سنة على حدتها كما هو مشاهد وقد قال السبكي إن تقويم المنافع مدة مستقبله صعب أي فليحتط لذلك ويستظهر <ص: 257> لتلك الأجرة بقدر ما بقي بالعمارة فقط مراعى فيها مصلحة الوقف لا مصلحة المستحق وفي ذلك بسط بينته مع ما لا يستغنى عن مراجعته في كتابي الإتحاف في إجارة الأوقاف ويجب أن تعدد العقود في منع أكثر من سنة مثلا وإن شرط منع الاستئناف كذا أفتى به ابن الصلاح وخالفه تلميذه ابن رزين وأئمة عصره فجوزوا ذلك في عقد واحد وقول الأذرعى وغيره لا تجوز إجارته مدة طويلة لأجل عمارته، لأن بها يفسخ الوقف بالكلية كما بمكة فيه نظر بل لا يصح، لأن غرض الواقف إنما هو في بقاء عينه وإن تملكه ظاهرا كما مر (و) الأصح (أنه إذا شرط في وقف المسجد اختصاصه بطائفة كالشافعية) وزاد إن انقضوا فللمسلمين مثلا أو لم يزد شيئا (اختص) بهم فلا يصلي ولا يعتكف به غيرهم رعاية لغرضه وإن كره هذا

الشرط. وبحث بعضهم أن من شغله بمتاعه لزمه أجرته لهم وفيه نظر إذ الذي ملكوه هو أن ينتفعوا به لا المنفعة كما هو واضح فالأوجه صرفها لمصالح الموقوف ومر في إحياء الموات ماله تعلق بهذا ولو انقرض من ذكرهم ولم يذكر بعدهم أحدا ففيما ذا يفعل ؟ فيه نظر ويظهر جواز انتفاع سائر المسلمين به، لأن الواقف لا يريد انقطاع وقفه ولا أحد من المسلمين أولى به من أحد ثم رأيت الإسنوي بحث ذلك (كالمدرسة والرباط) والمقبرة إذا خصصها بطائفة فإنها تختص بهم قطعاً لعود النفع هنا إليهم بخلافه ثم فإن صلاتهم في ذلك المسجد كهي في مسجد آخر وقيل المقبرة كالمسجد فيجري فيها خلافه

(فرع) أطلق بعضهم أنه لا يجوز وضع منبر بمسجد لقراءة قرآن أو علم فيبطل الوقف له وعليه <ص: 258> وهو متجه إن ضيق على المصلين ولو في وقت وإلا جاز وضعه كحفر البئر وغرس الشجرة بل أولى لأن النفع هنا أعلى وأجل وللرافعي كلام في ذلك بسطته مع الكلام عليه في شرح العباب في أحكام المساجد ومر بعضه في الغصب (ولو وقف على شخصين) كهذين (ثم الفقراء) مثلا (فمات أحدهما فالأصح المنصوص أن نصيبه يصرف إلى الآخر)، لأنه شرط في الانتقال للفقراء انقراضهما جميعاً ولم يوجد وإذا امتنع الصرف إليهم بنصه تعين لمن ذكره قبلهم وبحث بعضهم فيمن شرط أن يصرف من ريع وقفه لثلاثة معينين قدرا معيناً ثم من بعدهم لأولادهم فمات أحدهم ثم الثاني صرف فيهما لمصرف منقطع الوسط فإذا مات الثالث صرف معلوم كل لولده قال ومحل انتقال نصيب الميت لمن سمي معه أي المذكور في المتن إذا لم يفصل الواقف معلوم كل. انتهى وهو بعيد إذ كلامهم والمدرك يشهد لعدم الفرق فالوجه انتقال نصيب كل من مات إلى الباقي من الثلاثة، لأنه لم يجعل للأولاد شيئاً إلا بعد فقد الثلاثة وذكر الماوردي والرويانى فيمن وقف على ولده ثم ورثته ثم الفقراء فمات ولده وهو أحد ورثته أنه لا شيء له بل حصته للفقراء والباقي لبقية الورثة وبه أفتى الغزالي ويكون بينهم بالسوية إن شرطها أو أطلق. واعترض صرف حصته للفقراء بأن قياس المتن صرفها للبقية أيضاً وفي كليهما نظر وليس قياس المتن ذلك كما هو واضح وقياس ما مر فيمن وقف على الفقراء وهو فقير أو حدث

فقره أنه يدخل فإن قلت يفرق بأن المقصود ثم الجهة لا هنا قلت لا أثر لذلك وإنما الملحظ (قوله: حق ميت لعله بقي ما لو بان إلخ. ا.ه.) <ص: 259> أن المتكلم يدخل في عموم كلامه على خلاف فيه في الأصول لا يأتي هنا للقرينة وخرج بشخصين ما لو رتبهما كعلى زيد ثم عمرو ثم بكر ثم الفقراء فمات عمرو ثم زيد صرف لبكر كما اعتمده الزركشي، لأن الصرف إليهم مشروط بانقراضه ولا نظر لكونه رتبه بعد عمرو، وعمرو بموته أولاً لم يستحق شيئاً ولو قال وقفت على أولادي فإذا انقضوا أولادهم فعلى الفقراء كان منقطع الوسط كما في الروضة كأصلها، لأنه لم يشترط لأولاد الأولاد شيئاً وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم وادعاء أن هذا قرينة على دخولهم ممنوع ويفرضه هي قرينة ضعيفة وهي لا يعمل بها هنا فاندفع تأييده بأن الانقطاع لا يقصد وإنما هذا من الكتاب وبيان النظر إلى مقاصد الواقفين معتبر كما قاله القفال (فروع) جهلت مقادير معالم وظائفه أو مستحقه اتبع ناظره عادة من تقدمه وإن لم يعرف لهم عادة سوى بينهم إلا أن تطرد العادة الغالبة بتفاوت بينهم فيجتهد في التفاوت بينهم بالنسبة إليها ولا يقدم أرباب الشعائر منهم على غيرهم هذا إن لم يكن الموقوف في يد غير الناظر وإلا صدق ذو اليد بيمينه في قدر حصة غيره كما يصرح به قولهم لو تنازعوا في شرطه ولأحدهم يد صدق بيمينه فإن لم يعرف مصرفه صرف لأقرباء الواقف <ص: 260> نظير ما مر ومن أقر بأنه لا حق له في هذا الوقف فظهر شرط الواقف بخلافه فالصواب كما قاله التاج السبكي أنه لا يؤاخذ بإقراره. وقد يخفى شرط الواقف على العلماء فضلا عن العوام وسبقه لذلك والده في فتاويه فقال لا عبرة بإقرار مخالف لشرط الواقف بل يجب اتباع شرطه نسا كان أو ظاهرا ثم الإقرار إن كان لا احتمال له مع الشرط أصلا وجب إلغاؤه لمخالفته الشرع، ومن شرط الإقرار أن لا يكذبه الشرع وإن كان له احتمال ما وأخذناه به ولم يثبت حكمه في حق غيره بل يحمل الأمر فيه أي الغير على شرط الواقف انتهى وأفتى غيره بأنه يقبل إقراره في حق نفسه مدة حياته قال بعضهم: ويؤخذ منه ما أفتى به البدر بن شهبة أن ذلك حيث لم يعلم المقر شرط الواقف الصريح في اختصاصه بالوقف وإلا أوخذ

بإقراره لتضمنه رد الوقف وتكذيب البينة الشاهدة باختصاصه ومع ذلك لا يثبت للمقر له إلا أن يكون الواقف شرطه له بعد انتقاله عن المقر وتقبل دعواه جهله لشرط الواقف ورجوعه عن الإقرار المبطل لحقه ما لم يحكم حاكم به للمقر له لما مر من صحة رجوع راد الوقف صريحا ما لم يحكم حاكم برده فكيف برده احتمالا ؟ ولو وقف أرضا على قراء وجعل غلتها لهم فزادت عما كانت عليه في زمن الواقف استحقوا الزائد بنسبة أنصبتهم كما أفتى به بعضهم وأيده بقول الماوردي لو وقف دارا على زيد وعمرو على أن لزيد منها النصف ولعمرو الثلث اقتسماها على خمسة أسهم ويرجع السدس الفاضل بينهما بالرد فيكون لزيد ثلاثة أخماسها ولعمرو خمسها ونازعه البلقيني في السدس بأن الذي يتجه أنه يرجع عليهما بالسوية بينهما وفيه نظر بل الذي يتجه بطلان الوقف فيه، لأنه بالنسبة له منقطع الأول

(تنبيه) حيث أجمل الواقف شرطه اتبع فيه العرف المطرد في زمنه، لأنه بمنزلة شرطه ثم ما كان أقرب إلى مقاصد الواقفين كما يدل عليه كلامهم ومن ثم امتنع في السقايات المسيلة على الطرق غير الشرب ونقل الماء منها ولو للشرب وظاهر كلام بعضهم اعتبار العرف المطرد الآن في شيء فيعمل به أي عملا بالاستصحاب المقلوب، لأن الظاهر وجوده في زمن الواقف وإنما يقرب العمل به حيث انتفى كل من الأولين وقد استفتيت عن قراء الأجزاء المسميين بالصوفية هل يدخلون في أرباب الشعائر إذا شرط تقديمهم ؟ فأجبت بحاصل ما تقرر هنا وفيما مر مع الزيادة عليه أنه إن عرف عرف مطرد في زمن الواقف وقد علم به عملنا به عمل النظار فإن اختلف فالأكثر وإلا فما دلت عليه القرائن وهو أنه ليس المراد بالشعائر هنا ما في الآية من علامات الدين لئلا يلزم عليه إلغاء شرطه إذ تفسيرهم بذلك يدخل جميع أرباب الوظائف لشمول علامات الدين لها والذي صرح به شرطه أن ثم وظائف تسمى أرباب شعائر ووظائف لا تسماه فتعين أن المراد بهم هنا من تعود أعمالهم بوضعها على نفع الوقف أو المسلمين، ومجرد قراءة في جزء ليست كذلك بخلاف نحو تدريس وطلب وناظر ومشد وجاب وأوقع لبعضهم مخالفة في بعض هذا والوجه ما قررته، وبحث بعضهم حرمة نحو

بصاق وغسل وسخ في ماء مطهرة المسجد وإن كثر وأن ما وقف للفطر به في رمضان وجهل مراد الواقف ولا عرف له يصرف لصوامه في المسجد <ص: 261> ولو قبل الغروب ولو أغنياء وأرقاء ولا يجوز الخروج به منه وللناظر التفضيل والتخصيص انتهى والوجه أنه لا يتقيد بمن في المسجد، لأن القصد حيازة فضل الإفطار وهو لا يتقيد بمحل قال القفال وتبعوه ويجوز شرط رهن من مستعير كتاب وقف يأخذه الناظر منه ليحمله على رده وألحق به شرط ضامن فليس المراد منهما حقيقتهما وذكروا في الجعالة أنه يجوز أخذ العوض على النزول عن الوظائف نعم إن بان بطلان النزول رجع بما دفعه وإن كان قد أبرأ منه كما أفتى به بعضهم قال، لأن الإبراء وقع في مقابلة استحقاق الوظيفة ولم تحصل فهو كما لو صالحه عن عشرة دراهم مؤجلة على خمسة حالة فالصلح باطل، لأنه أبرأه من الخمسة في مقابلة حلول الباقي وهو لا يحل فلا يصح الإبراء انتهى وفي قياسه نظر، لأن الصلح المذكور متضمن لاشتراط كون الإبراء في مقابلة الحلول فإذا انتفى الحلول انتفى الإبراء وفي مسألتنا لم يقع شرط ذلك لا صريحا ولا ضمنا وإنما وقع الإبراء مبتدأ مستقلا وذلك يقتضي التبرع وأنه لا يقبل قوله: صدته في مقابلة صحة النزول، لأنه لو سكت عنه رجع فتصريحه به قرينة على التبرع، والكلام في إبراء بعد تلف المعطي وإلا فالإبراء من الأعيان باطل اتفاقا ولو مات ذو وظيفة فقرر الناظر آخر فبان أنه نزل عنها لآخر لم يقدح ذلك في التقرير كما أفتى به بعضهم وهو ظاهر بل لو قرره مع علمه بذلك فكذلك، لأن مجرد النزول سبب ضعيف إذ لا بد من انضمام تقرير الناظر إليه ولم يوجد فقدم المقرر.

وأفتى بعضهم في الوقف على النبي صلى الله عليه وسلم أو النذر له بأنه يصرف لمصالح حجته الشريفة فقط أو على أهل بلد أعطي مقيم بها غاب عنها لحاجة غيبة لا تقطع نسبه إليها عرفا انتهى والأولى تأتي في النذر بزيادة.

(فصل) في أحكام الوقف اللفظية (قوله وقفت على أولادي وأولاد أولادي يقتضي التسوية بين الكل) في الإعطاء وقدر المعطي، لأن الواو لمطلق الجمع وقول العبادي إنها

للترتيب شاذ <ص: 262> وإن نقله الماوردي عن أكثر الأصحاب وبفرض ثبوته قيل محله في واو لمجرد العطف، أما الواردة للتشريك كما في {إنما الصدقات للفقراء والمساكين} فلا خلاف أنها ليست للترتيب انتهى وإدخال آل على كل أجزائه جمع (وكذا) هي للتسوية و (لو زاد) على ما ذكر (ما تناسلوا) إذ لا تخصيص فيه (، أو) زاد (بطنا بعد بطن)، لأن بعد تأتي بمعنى مع كما في {والأرض بعد ذلك دحاها} أي: مع ذلك على قول، وللإستمرار وعدم الانقطاع حتى لا يصير منقطع الآخر فهو كقوله ما تناسلوا واعترض بأن الجمهور على أنها للترتيب، لأن صيغة بعد موضوعة لتأخير الثاني عن الأول وهذا هو معنى الترتيب وأي فرق بينه وبين الأعلى فالأعلى زاد الإسنوي أن لفظ بعد أصرح في الترتيب من، ثم، والفاء ورد بأنه خطأ مخالف لنص {ولقد كتبنا في الزبور من بعد الذكر} أي: قبل القرآن إنزالاً وإلا فكل كلام الله تعالى قديم لا تقدم فيه ولا تأخر ونص {عتل بعد ذلك زيم} أي: هو مع ما ذكرنا من أوصافه القبيحة زيم ولكلام العرب لاستعمالهم بعد بمعنى مع، وعلى الأول ففارق ما هنا ما يأتي في الطلاق أن طلقة بعد أو بعدها طلقة، أو قبل أو قبلها طلقة تقع به واحدة في غير موطوءة وثنان متعاقبتان في موطوءة بأن ما هنا تقدم عليه ما هو صريح في التسوية وتعقيبها بالبعديّة ليس صريحاً في الترتيب لما مر أنها تأتي للإستمرار وعدم الانقطاع، وأما ثم فليس قبلها ما يفيد تسوية فعمل بما هو المتبادر من بعد وبهذا فارقت الأعلى فالأعلى، لأنه صريح في الترتيب. (ولو قال) وقفته (على أولادي، ثم أولاد أولادي، ثم أولادهم ما تناسلوا أو) قال وقفته (على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى <ص: 263> أو) الأقرب فالأقرب، أو (الأول فالأول) بالجر كما بخطه بدلا مما قبله (فهو للترتيب)، لدلالة ثم عليه على الأصح، وما ورد مما يخالف ذلك مؤول كقوله تعالى {ثم جعل منها زوجها} إذ هو عطف على أنشأها المقدر صفة لنفس وقوله {ثم سواه} إذ هو عطف على الجملة الأولى لا الثانية وقوله {ثم اهتدى} إذ معناه دام على الهداية، والجواب بأن، ثم فيها لترتيب الأخبار لا لترتيب الحكم فيه نظر، ولتصريحه به في الثانية وعمل به فيما لم يذكره في الأولى، لأن ما تناسلوا يقتضي التعميم بالصفة المتقدمة

وهي أن لا يصرف لبطن وهناك أحد من بطن أقرب منه وظاهر كلامه كالروضة وأصلها أن ما تناسلوا قيد في الأولى فقط وله وجه لكن الذي صرح به جمع أنه قيد في الثانية أيضا فإن حذفه من إحداهما اقتضى الترتيب في البطنين المذكورين فقط ويكون بعدهما منقطع الآخر حيث لم يذكر مصرفا آخر وبحث السبكي أنه لو وقف على ولده، ثم ولد أخيه، ثم ولد ولد بنته فمات ولده ولا ولد لأخيه، ثم حدث لأخيه ولد استحق.

(فرع) اختلف البطن الأول، والثاني مثلا في أنه وقف ترتيب، أو تشارك، أو في المقادير <ص: 264> ولا بينة حلفوا، ثم إن كان في أيديهم أو يد غيرهم قسم بينهم بالسوية، أو في يد بعضهم فالقول قوله وكذا الناظر إن كان في يده وأفتى البلقيني فيمن وقف على مصاريف ثم الفقراء واحتاج الوقف لعمارة فعمر وبقيت فضلة بأنها تصرف لما تجمد لتلك المصاريف، لأن الواقف قدمها على الفقراء. (ولا يدخل) الأرقاء من الأولاد في الوقف على الأولاد، لأنهم لا يملكون ويدخل فيهم الخنثى بخلاف ما لو قال بني أو بناتي لكن يظهر أنه يوقف <ص: 265> نصيبه المتيقن له لو اتضح فإن قلت قياس ما يأتي قبيل خيار النكاح في ثمان كتابيات أسلم منهن أربع لا شيء للمسلمات لاحتمال أن الكتابيات هن الزوجات أنه لا يوقف له شيء هنا قلت يفرق بأن التبين ثم تعذر بموته فلم يمكن الوقف حينئذ لذلك بخلافه هنا فإن التبين ممكن فوجب الوقف إليه، والكفار ولو حربيين كما هو ظاهر نعم المرتد ينبغي وقف دخوله على إسلامه ولا (أولاد الأولاد) الذكور، والإناث (في الوقف على الأولاد)، والنوعان موجودان (في الأصح)، لأنه لا يسمى ولدا حقيقة ولهذا صح أن يقال ما هو ولده بل ولد ولده <ص: 266> وكذا أولاد أولاد الأولاد في أولاد الأولاد وكأنهم إنما لم يحملوا اللفظ على مجازه أيضا، لأن شرطه إرادة المتكلم له ولم تعلم هنا ومن ثم لو علمت اتجاه دخولهم ولو سلمنا أنه لا عبرة بإرادته فهنا مرجح وهو أقرية الولد المراعاة في الأوقاف غالبا فرجحته وبه فارق ما يأتي في الوقف على الموالي، ثم رأيت ابن خيران قطع بدخولهم عند إرادتهم، أما إذا لم يكن حال الوقف على الولد إلا ولد الولد فيحمل عليه قطعاً صوتاً له عن الإلغاء نعم إن حدث له ولد صرف إليه

أي: وحده على الأوجه، لأن الصرف إليهم إنما كان لتعذر الحقيقة وقد وجدت وبحث بعضهم أنهما يشتركان بعيد وبحث الأذرعى أنه لو قال على أولادي وليس له إلا ولد وولد أنه يدخل لقرينة الجمع وفيه نظر، والأوجه ما يصرح به إطلاقهم أنه يختص به الولد وقرينة الجمع يحتمل أنها لشمول من يحدث له من الأولاد ولا يدخل في الولد المنفي بلغان إلا أن يستلحقه

(وتدخل أولاد البنات) قريبتهم وبعيدهم (في الوقف على الذرية والنسل، والعقب وأولاد الأولاد) لصدق كل من هذه الأربعة بهم (إلا أن يقول) الرجل (على من ينسب إلي منهم)، أو وهو هاشمي مثلا الهاشمية وأولاد بناته ليسوا كذلك فلا يدخلون حينئذ، لأنهم حينئذ لا ينسبون إليه بل إلى آبائهم {وقوله صلى الله عليه وسلم في الحسن رضي الله عنه أن ابني هذا سيد} من خصائصه، أما المرأة فقولها <ص: 267> ذلك لا يمنع دخول أولاد البنات، لأن الانتساب فيها لبيان الواقع لا للاحتراز إذ هو محمول على الانتساب اللغوي لا الشرعي وبه يعلم أن هذا لا ينافي قولهم في النكاح لا مشاركة بين الأم والابن في النسب ولا يدخل الحمل عند الوقف، لأنه لا يسمى ولدا وإنما يستحق من غلة ما بعد انفصاله كالحمل الحادث علوقه بعد الوقف فإنه إنما يستحق من غلة ما بعد انفصاله خلافا لمن نازع فيه وبنو زيد لا يشمل بناته بخلاف بني تميم، لأنه اسم للقبيلة وذكرنا في الآل في الوصية كلاما لا يبعد مجيئه هنا.

(فائدة) يقع في كتاب الأوقاف ومن مات انتقل نصيبه إلى من في درجته من أهل الوقف المستحقين وظاهره أن المستحقين تأسيس لا تأكيد فيحمل على وضعه المعروف في اسم الفاعل من الاتصاف حقيقة بالاستحقاق من الوقف حال موت من ينتقل إليه نصيبه ولا يصح حمله على المجاز أيضا بأن يراد الاستحقاق ولو في المستقبل، لأن قوله من أهل الوقف كاف في إفادة هذا فيلزم عليه إلغاء قوله المستحقين وأنه لمجرد التأكيد، والتأسيس خير منه فوجب العمل به ويقع فيها أيضا لفظ النصيب، والاستحقاق وقد اختلف المتقدمون والمتأخرون في أنه هل يحمل على ما يعم النصيب المقدر مجازا لقرينة وهو ما عليه جماعة كثيرون وكاد السبكي أن ينقل إجماع الأئمة

الأربعة عليه أو يختص بالحقيقي، لأنه الأصل، والقرائن في ذلك ضعيفة وهو المنقول وعليه كثيرون أيضا ويؤيد الأول قول السبكي الأقرب إلى قواعد الفقه واللغة أن ذا الدرجة الثانية مثلا المحجوب بغيره يسمى موقوفا عليه لشمول لفظ الواقف له قال وإذا كان موقوفا عليه كان له نصيب بالقوة بل بالفعل إذ الموقوف على انقراض غيره إنما هو أخذه لا دخوله في الموقوف عليهم وعلى هذا أفتيت في موقوف على محمد ثم بنته وعتيقه فلان، على أن من توفيت منهما تكون حصتها للأخرى فتوفيت إحداهما في حياة الواقف بعد الوقف، ثم محمد عن الأخرى وفلان بأن لها الثلثين وللعتيق الثلث ويؤيده أن الواقف لما جعل العتيق في مرتبتهما خشي أنه ربما انفرد مع إحداهما فيناصفها فأخرج ذلك بقوله على إلى آخره وبين أن إحداهما متى انفردت مع العتيق لم تناصفه بل تأخذ ضعفه وبينت في الفتاوى أن محل ذلك الخلاف ما لم يصدر من الواقف ما يدل على أن المراد النصيب ولو بالقوة >ص: 268< كما هنا ثم رأيتني ذكرت في بعض الفتاوى ما حاصله الاستحقاق والمشاركة هل يحملان على ما بالقوة نظرا لقصد الواقف أنه لا يحرم أحدا من ذريته، أو على ما بالفعل، لأنه المتبادر من لفظه فيكون حقيقة فيه، والحقيقة لا تنصرف عن مدلولها بمجرد غرض لم يساعده اللفظ، فيه اضطراب طويل والذي حررته في كتابي سوابغ المدد أن الراجح الثاني وهو الذي رجعت إليه شيخنا بعد إفتائه بالأول ورد على السبكي وآخرين ومنهم البلقيني اعتمادهم له أعني الأول.

(ولو وقف على مواليه)، أو مولاه على الأوجه (وله معتق) بكسر التاء أو عصبته (ومعتق) تبرعا أو وجوبا بفتحها، أو فرعه صح و (قسم بينهما) باعتبار المرءوس على الأوجه لتناول الاسم لهما نعم لا يدخل مدبر وأم ولد، لأنهما ليسا من الموالي حال الوقف ولا حال الموت (وقيل يبطل) لإجماله بناء على أن المشترك مجمل وهو ضعيف أيضا، والأصح أنه كالعام فيحمل على معنياه أو معانيه بقرينة وكذا عند عدمها قيل عموما وقيل احتياطا ولو لم يوجد إلا أحدهما حمل عليه قطعا فإذا طرأ الآخر شاركه على ما بحثه ابن النقيب وقاسه على ما لو وقف على إخوته فحدث آخر واعترضه أبو زرعة بأن إطلاق المولى عليهما

اشترك لفظي وقد دلت القرينة على إرادة أحد معنييه وهو الانحصار في الموجود فصار المعنى الآخر غير مراد وأما الأخوة فحقيقة واحدة وإطلاقها على كل من المتواطئ فتصدق على من طراً <ص: 269> ورد بأن إطلاق المولى عليهما على جهة التواطؤ أيضاً، والموالة شيء واحد لا اشترك فيه لاتحاد المعنى ويرد بمنع اتحاده، لأن المولاء بالنسبة للسيد من حيث كونه منعماً وبالنسبة للعتيق من حيث كونه منعماً عليه وهذان متغايران بلا شك ولو وقف على مواليه من أسفل دخل أولادهم وإن سفلوا لا مواليهم وقاس به الإسنوي ما لو وقف على مواليه من أعلى ورد بأن نعمة ولاء المعتق تشمل فروع العتيق فسموا موالي بخلاف نعمة الإعتاق فإنها تختص بالمعتق بخلاف فروعه ويرد بأن قوله صلى الله عليه وسلم {الولاء لحمة كلحمة النسب} صريح في شمول الولاء لعصبة السيد بل المصرح به في كلامهم كما سيأتي أن الولاء يثبت لهم في حياته (والصفة) وليس المراد بها هنا مدلولها النحوي بل ما يفيد قيماً في غيره (المتقدمة على جمل)، أو مفردات ومثلوا بها لبيان أن المراد بالجمل ما يعمها (معطوفة) لم يتخلل بينها كلام طويل (تعتبر في الكل كوقف على محتاجي أولادي وأحفادي) وهم أولاد الأولاد (وإخوتي وكذا المتأخرة عليها) أي: عنها. (و) كذا (الاستثناء إذا عطف) في الكل (بواو) كقوله على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين، أو إلا أن يفسق بعضهم)، لأن الأصل اشترك المتعاطفات في جميع المتعلقات كالصفة والحال والشرط، ومثلها الاستثناء بجامع عدم الاستقلال ومثل الإمام للجمل بوقفت على بني داري وحبست على أقاربي ضعيتي وسبلت على خدمي بيتي إلا أن يفسق منهم أحد أي، أو إن احتجوا، وأما تقدم الصفة على الجمل فاستبعد الإسنوي رجوعها للكل، لأن كل جملة مستقلة بالصيغة والصفة مع الأولى خاصة وقد يجاب عن استبعاده بأنها حينئذ كالصفة المتوسطة فإنها ترجع للكل على المنقول المعتمد، لأنها متقدمة بالنسبة لما بعدها متأخرة بالنسبة لما قبلها وادعاء ابن العماد أن ما مثل به الإمام خارج عن صورة المسألة، لأنه وقوف متعددة والكلام في وقف واحد ممنوع إذ ملحظ الرجوع للكل موجود فيه أيضاً نعم رده قول الإسنوي إن ما قاله هنا في الاستثناء يخالف ما ذكره في الطلاق ظاهر ويفرق بين ما ذكره

في <ص: 270> المتوسطة، وما اقتضاه كلامهما في عبيد حر إن شاء الله وامراتي طالق أنه إذا لم ينو عوده للأخير لا يعود إليه بأن العصمة هنا محققة فلا يزيلها إلا مزيل قوي، ومع الاحتمال لا قوة وهنا الأصل عدم الاستحقاق فيكفي فيه أدنى دال فتأمله وخرج بتمثيله أولاً بالواو وباشتراطها فيما بعده ما لو كان العطف، ثم، أو الفاء فيختص المتعلق بالأخير أي: فيما تأخر كما قاله جمع متقدمون ونقله عن الإمام وأقراه واعترضه جمع متأخرون بأن المذهب أن الفاء وثم كالواو بجامع أن كلا جامع وضعا بخلاف بل ولكن، وبعدم تخلل كلام طويل ما لو تخلل كوقفت على أولادي على أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده {للذكر مثل حظ الأنثيين} وإلا فنصيبه لمن في درجته فإذا انقرضوا صرف إلى إخواني المحتاجين أو إلا أن يفسق واحد منهم فيختص بالأخير وبحث شارح أن الجمل الغير المتعاطفة ليست كالمتعاطفة وكلامهما في الطلاق يدل على أنه لا فرق.

(فروع) ذكر الرافي أن لفظ الإخوة لا يدخل فيه الأخوات ونوزع فيه أي: بأن قياس الأولاد الدخول ويرد بوضوح الفرق بأن هذا اللفظ لا مقابل له يتميز عنه بالتاء فشمّل النوعين معا بخلاف الإخوة فإن له مقابلا كذلك وهو الأخوات فلم يشملهن ودخول الإناث في {فإن كان له إخوة فلأمه السدس} قياسي لا لفظي ولو وقف على زوجته، أو أم ولده ما لم تتزوج بطل حقها بتزوجها ولم يعد بتعزبها أخذاً من كلامهم في الطلاق والأيمان بخلاف نظيره في بنته الأرملة، لأنه أناط استحقاقها بصفة وبالتعزب وجدت <ص: 271> وتلك بعدم المتزوج وبالتعزب لم ينتف ذلك، ولأن له غرضاً أن لا تحتاج بنته وأن لا يخلفه أحد على حليلته وبهذا يندفع إفتاء الشرف المناوي ومن تبعه يعود استحقاقها نظراً إلى أن غرضه بهذا الشرط احتياجها وقد وجد بتعزبها. ويوافق الأول قول الإسني أخذاً من كلام الرافي في الطلاق أنه لو وقف على ولده ما دام فقيراً فاستغنى، ثم افتقر لا يستحق لانقطاع الديمومة لكن فيه نظر ويفرق بأن المدار ثم على الوضع اللغوي القاضي بانقطاع الديمومة وهنا لا تأثير له وحده بل لا بد من النظر لمقاصد الواقفين كما مر ومقصود الواقف هنا ربط الاستحقاق بالفقر لا غير من غير أن يخلفه شيء

ينفيه وبه فارق ما تقرر في إلا أن تتزوج فإذا وجد الفقر ولو بعد الغنى استحق فيما يظهر، ولو وقف، أو أوصى للضيف صرف للوارد على ما يقتضيه العرف ولا يزداد على ثلاثة أيام مطلقاً ولا يدفع له حب إلا إن شرطه الواقف وهل يشترط فيه الفقر الظاهر لا قال التاج الفزاري والبرهان المراغي وغيرهما ومن شرط له قراءة جزء من القرآن كل يوم كفاه قدر جزء ولو مفرقا ونظرا انتهى وفي المفرق نظر ولو قال ليتصدق بغلته في رمضان، أو عاشوراء ففات تصدق بعده ولا ينتظر مثله نعم إن قال فطرا لصوامه انتظره وأفتى غير واحد بأنه لو قال على من يقرأ على قبر أبي كل جمعة يسن بأنه إن حد القراءة بمدة معينة وعين لكل سنة غلة اتبع وإلا بطل نظير ما قالوه من بطلان الوصية لزيد كل شهر بدينار إلا في دينار واحد انتهى وإنما يتجه إلحاق الوقف بالوصية إن علق بالموت، لأنه حينئذ وصية ووجه بطلانها فيما ذكر أنها لا تنفذ إلا في الثلث ومعرفة مساواة هذه الوصية له وعدمها متعذرة. وأما الوقف الذي ليس كالوصية فالذي يتجه صحته إذ لا يترتب عليه محذور بوجه، لأن الناظر إذا قرر من يقرأ كذلك استحق ما شرط ما دام يقرأ فإذا مات مثلا قرر الناظر غيره وهكذا وعجيب توهم أن هذه الصورة كالوصية، ولو قال الواقف وقفت هذا على فلان ليعمل كذا قال ابن الصلاح احتمال أن يكون شرطا للاستحقاق وأن يكون توصية له لأجل وقفه فإن علم مراده اتبع وإن شك لم يمنع الاستحقاق وإنما يتجه فيما لا يقصد عرفاً صرف الغلة في مقابلته وإلا ك ليقراً، أو يتعلم كذا فهو شرط للاستحقاق فيما يظهر وأفتى الغزالي في وقفت جميع أملاكي بأنه يختص بالعقار، لأنه المتبادر للذهن وفيه وقفة بل الذي يتجه صحة وقف جميع ما في ملكه مما يصح وقفه <ص: 272> قال ابن عبد السلام ولا يستحق ذو وظيفة كقراءة أخل بها في بعض الأيام وقال المصنف إن أخل واستتاب لعذر كمرض، أو حبس بقي استحقاقه وإلا لم يستحق لمدة الاستتابة فأفهم بقاء أثر استحقاقه لغير مدة الإخلال وهو ما اعتمده السبكي كابن الصلاح في كل وظيفة تقبل الإنابة كالتدريس بخلاف التعلم قيل ظاهر كلام الأكثر جواز استتابة الأدون لكن صرح بعضهم بأنه لا بد من المثل، والكلام في غير أيام البطالة، والعبرة فيها بنص

الواقف وإلا فبعرف زمنه المطرد الذي عرفه وإلا فبعبادة محل الموقوف عليهم وأفتى بعضهم بأن المعلم في سنة لا يعطي من غلة غيرها وإن لم يحصل له من الأولى شيء وفيه نظر ظاهر، ولعله محمول على ما إذا علم ذلك من شرط الواقف، أو قرائن حاله الظاهرة فيه.

(فصل) في أحكام الوقف المعنوية (الأظهر أن الملك في رقة الموقوف) على معين (أو جهة ينتقل إلى الله تعالى أي:) تفسير لمعنى الانتقال إليه تعالى وإلا فجميع الموجودات ملك له في جميع الحالات بطريق الحقيقة وغيره إن سمي مالكا وإنما هو بطريق التوسع (ينفك عن اختصاص الآدميين) <ص: 273> كالعق و إنما يثبت بشاهد وبمين دون بقية حقوق الله تعالى، لأن المقصود ريعه وهو حق آدمي وظاهر إطلاقهم ثبوته بالشاهد واليمين، واختلافهم في الثابت بالاستفاضة هل تثبت بها شروطه أو ثبوت شروطه أيضا في الأول، وقد يفرق بأنه أقوى من الاستفاضة وإن كان في كل خلاف (فلا يكون للواقف) وفي قول يملكه، لأنه إنما أزال ملكه عن فوائده (ولا للموقوف عليه) وقيل يملكه كالصدقة، والخلاف فيما يقصد به تملك ريعه بخلاف ما هو تحرير نص كالمسجد، والمقبرة وكذا الربط، والمدارس ولو شغل المسجد بأمته وجبت الأجرة له وافتاء ابن رزين بأنها لمصالح المسلمين ضعيف كما مر (ومنافعه ملك للموقوف عليه)، لأن ذلك مقصوده (يستوفيهما بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة) إن كان له النظر وإلا لم يتعاط نحو الإجارة إلا الناظر أو نائبه وذلك كسائر الأملاك ومحلها إن لم يشترط ما يخالف ذلك ومنه وقف داره على أن يسكنها معلم الصبيان، أو الموقوف عليهم، أو على أن يعطي أجرتها فيمتنع غير سكنها في الأولى، وما نقل عن المصنف أنه لما ولي دار الحديث وبها قاعة للشيخ أسكنها غيره اختيار له، أو لعله لم يثبت عنده أن الواقف نص على سكنى الشيخ، ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه أوجرت بما يعمرها للضرورة إذ الفرض أنه ليس للوقف ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة وغير استغلالها في الثانية وفي المطلب يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف كرصا ص الحمام <ص: 274> فيشتري من أجرته بدل فائته ولو وقف أرضا غير مغروسة على معين

لم يجر له غرسها إلا إن نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات كما رجحه السبكي وكذا البناء ولا يبني ما كان مغروسا وعكسه. والضابط أن كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذي كان عليه حال الوقف امتنع وإلا فلا، نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله كما يأتي مبسوطا آخر الفصل وأفتى أبو زرعة في علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواشن له في هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة، أو غيرها وأضر بجدار الوقف وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ريع الوقف إلا ما يصرف في إعادته على ما كان عليه، وما زاد في ماله ومر في فصل اشتراط علم المنفعة في الإجارة عن ابن الرفعة والسبكي ماله تعلق بذلك فراجعه وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا، لأنها لا تغير معالم الوقف (ويملك الأجرة)، لأنها بدل المنافع المملوكة له وقضيته أنه يعطي جميع المعجلة ولو لمدة لا يحتمل بقاءه إليها ومر ما فيه آخر الإجارة (و) يملك (فوائده) أي: الموقوف (كثمرة) ومن ثم لزمه زكاتها كما مر بقيدته في بابها ومنها غصن وورق توت اعتيد قطعهما أو شرط ولم يؤد قطعه لموت أصله، والثمرة الموجودة حال الوقف إن تأبرت فهي للواقف <ص: 275> وإلا شملها الوقف على الأوجه نظير ما مر في البيع أن المؤبرة للبائع وغيرها للمشتري ويلحق بالتأبير هنا ما ألحق به ثم كما هو ظاهر. ثم رأيت السبكي ذكر نحو ذلك فقال فيمن وقف كرما به حصرم ومات أن الحصرم لورثته، لأنه أولى به من الموقوف عليهم ويؤيد القياس أيضا تصحيح الأذرعى أنه لو وقف شجرة أو جدارا لم يدخل مقرهما. وبه صرح القفال في الأولى قال أعني الأذرعى ورأيت من صحح دخوله أي: كما وجه في المبيع وإذا قلنا إن ما هنا كالبيع يأتي هنا نظير ما في الأنوار وغيره، ثم إن البائع يصدق في أن المبيع وقع بعد نحو التأبير، أو وضع الحمل أي:، لأن الأصل بقاء ملكه من غير أن يعارضه شيء فلا نظر حينئذ ليد ولا لعدمها خلافا للأذرعى ولمن نازع في أصل هذا الحكم بكلامهم في الكتابة مع وضوح الفرق كما ذكرته في شرح العباب فحينئذ يصدق الواقف أن الوقف وقع بعد نحو التأبير للأصل المذكور، ولو كان البعض مؤبرا فقط فهل يجري هنا ما مر ثم من التبعية أو يفرق محل نظر، والأول أقرب، لأنهم

عللوا التبعية ثم بعسر الأفراد وأداء الشركة إلى التنازع لا إلى غاية وهذا موجود هنا وفي الروضة كأصلها أن الولد مثلا لو كان حملا وانفصل لا يستحق من غلة زمن حمله شيئا، لأنه حينئذ لا يسمى ولدا بل مما حدث بعد انفصاله زاد في الروضة أنه يتفرع على ذلك أنه لو كان الموقوف نخلة فخرجت ثمرتها قبل انفصاله لا يكون له شيء منها كذا قطع به الفوراني والبعوي وأطلقاه وقال الدارمي في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبر قولان هل لها حكم المؤبرة فتكون للبطن الأول أم لا فتكون للثاني وهذان القولان يجريان هنا انتهى. قال البلقيني، والصواب ما أطلقه الفوراني والبعوي في الحمل وقال غيره أي: من أن المعتبر في الثمرة وجودها لا تأبيرها وممن قطع به القاضي في تعليقه انتهى وفرق أعني البلقيني بين مسألة الحمل ومسألة البطنين لكن من حيث الخلاف لا الحكم كما هو الظاهر من كلامه ويفرق بين هذا وما مر في البيع بأن المملك ثم صيغة فنظر لما تشمله عرفا أو شرعا وهو غير المؤبر، ومالا وهو المؤبر والمملك هنا وصف فقط فنظر لما يقارن الوصف <ص: 276> وهو أول وجود نحو الثمرة وهذا لوضوحه هو الحامل لي على إلحاق الوقف بالبيع بالنسبة للواقف بجامع ما ذكر أن كلا فيه صيغة مملكة لا بالنسبة للمستحقين مع بعضهم فتأمله فإنه دقيق مهم. وقد سبق البلقيني لاعتماد النظر لمجرد وجود الثمرة في صورة الحمل والبطن الأول مثلا السبكي وغيره فمتى وجدت قبل تمام انفصال الحمل تأبرت أو لا لم يستحق منها شيئا، لأن بروزها سبق بروزه بخلاف ما إذا برزت بعد بروزه وإن لم تتأبر فإنه يستحقها كلا أو بعضا، وكذا لو وجدت ولو طلعا ثم مات المستحق فتنقل لورثته لا لمن بعده وقد أطال السبكي الكلام في تقرير هذا ونقل ما مر عنه عن القاضي أي: في تعليقه كما مر وأما الذي في فتاويه فهو أن الميت بعد خروج الثمرة يملكها إن كانت من غير النخل، أو منه وتأبرت وإلا فوجهان أي: وأصحهما أنها كذلك قال أعني السبكي. وهذا الفرع ينبغي الاعتناء به فإن البلوى تعم به، والنزاع فيه قد يكون بين البطن الثاني وورثة البطن الأول مثلا في وقف المترتب وبين الحادث، والموجود في وقف التشريك والذي اقتضاه نظري موافقة الجمهور في أن المعتبر وجود الثمرة لا تأبيرها، ثم أشار

للفرق بين ما هنا والبيع بما يوافق ما فرقت به وهو أن التأبير وإن اعتبره الشرع إلا أن الثمرة به تصير كعين أخرى أي: فلا يتناولها نحو البيع إلا بالنص عليها وقبله تتبع الثمرة الرقبة أي: فيتناولها البيع قال فليس هذا مما نحن فيه في شيء أي: لما قررته أن المدار هنا على مجرد تعلق الاستحقاق قال: هذا كله في موقوف لا على عمل ولا شرط للواقف فيه وإلا كالذي على المدارس أو على نحو الأولاد وشرط الواقف تقسيطه على المدة فهنا تقسط الغلة كالثمرة على المدة فيعطى منه ورثة من مات قسط ما باشره أو عاشه وإن لم توجد الغلة إلا بعد موته انتهى والذي يتجه أن غير الموجود هنا لا يتبع الموجود، لأنه لا يعسر إفراده بخلافه فيما مر فإن اختلط ولم يتميز تأتي كما هو ظاهر هنا ما مر آخر الأصول والثمار من تصديق ذي اليد، ولو مات المستحق وقد حملت الموقوفة بالحمل له، أو وقد زرعت الأرض فالربيع لذي البذر فإن كان البذر له أي: المستحق فهو لورثته، ولمن بعده أجره بقائه في الأرض <ص: 277> أو لعامله وجوزناه قال الغزي فإن مات قبل أن يسنبل اتجه أن الحاصل من الغلة يوزع على المدد قال غيره أو بعد أن سنبل. فالقياس أنه بعد الاشتداد كبعد تأبير النخل، أو لمن أجره أن يزرعه بطعام معلوم استحق حصة الماضي من المدة على المستأجر وأفتى جمع متأخرون في نخل وقف مع أرضه ثم حدث منها ودي بأن تلك الودي الخارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكمها كأغصانها وسبقهم لنحو ذلك السبكي فإنه أفتى في أرض وقف بها شجر موز فزالت بعد أن نبت من أصولها فراخ، ثم كذلك في الثانية وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل من نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه وإنما احتيج له في بدل عبد قتل لفوات الموقوف بالكلية (وصوف) وشعر ووبر وريش وبيض (ولبن وكذا الولد) الحادث بعد الوقف من مأكول وغيره كولد أمة من نكاح أو زنا (في الأصح) كالثمرة وفارق ولد الموصي بمنافعها بأن التعلق هنا أقوى لملكه الأكساب النادرة به وخروج الأصل عن استحقاق الآدمي ولا كذلك ثم فيهما، أما إذا كان حملا حين الوقف فهو وقف وألحق به نحو الصوف وولد الأمة من شبهة حر فعلى أبيه قيمته ويملكها الموقوف عليه (والثاني يكون وقفا) تبعا لأمه كولد الأضحية

ومحله في غير المحبس في سبيل الله، أما هو فولده وقف كأصله هذا إن أطلق أو شرط ذلك للموقوف عليه فالموقوفة على ركوب إنسان فوائدها للواقف كما رجحاه وإن نوزعا فيه.

(ولو ماتت البهيمة) الموقوفة (اختص بجلدها)، لأنه أولى من غيره هذا إن لم يندبغ <ص: 278> وإلا عاد وقفا وعبر بالاختصاص، لأن النجس لا يملك ولو أشرفت مأكولة على الموت ذبحت واشتري بثمنها من جنسها فإن تعذر وجب شراء شقص فإن تعذر صرف للموقوف عليه فيما يظهر نظير ما يأتي (وله مهر الجارية) الموقوفة عليه البكر أو الثيب (إذا وطئت) من غير الموقوف عليه (بشبهة) منها كأن أكرهت، أو طاوعته وهي نحو صغيرة، أو معتقدة الحل وعذرت (أو نكاح)، لأنه من جملة الفوائد هذا (إن صحناه) أي نكاحها وكذا إن لم نصححه، لأنه وطء شبهة هنا أيضا (وهو الأصح)، لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع الوقف كالإجارة ويزوجها القاضي بإذن الموقوف عليه لا منه ولا من الواقف ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه، وخرج بالمهر أرش البكارة <ص: 279> فهو كأرش طرفها (تنبيه) يحرم وطؤها على الواقف ويحد به على ما حكى عن الأصحاب وتخرجهما كغيرهما له على أقوال الملك المقتضي لعدم حده، لأنه مالك على قول أشار في البحر إلى شذوذه لكنه القياس، وعلى الموقوف عليه ويحد به على ما رجحاه قالا كوطء الموصي له بالمنفعة واعترضا بتصريح الأصحاب بخلافه للشبهة وبأنه الموافق لما رجحاه في الوصية في وطء الموصي له بالمنفعة وسيأتي الفرق بينهما. (والمذهب أنه) أي: الموقوف عليه (لا يملك قيمة العبد) وذكره للتمثيل (الموقوف إذا تلف) من واقفه أو أجنبي وكذا موقوف عليه تعدى كأن استعمله في غير ما وقف له، أو تلف تحت يد ضامنة له، أما إذا لم يتعد بإتلاف ما وقف عليه فلا يضمن كما لو وقع منه من غير تقصير بوجه كوز مسبل على حوض فانكسر (بل يشتري) من جهة الحاكم وقال الأذرعى بل الناظر الخاص ويرد وإن جرى عليه صاحب الأنوار بأن الوقف ملك لله تعالى، والمختص بالتكلم على جهاته تعالى العامة هو الحاكم دون غيره (بها عبده مثله) سنا وجنسا وغيرهما (ليكون وقفا مكانه) مراعاة لغرض الواقف وبقية البطون، ثم بعد شرائه

لا بد من إنشاء وقفه من جهة <ص: 280> مشتريه الحاكم أو الناظر فيتعين أحد ألفاظ الوقف وقال القاضي يقول أقمته مقامه ونظر غيره فيه وفارق هذا صيرورة القيمة رهنا في ذمة الجاني كما مر بأنه يصح رهنها دون وقفها وعدم اشتراط جعل بدل الأضحية أضحية إذا اشترى بعين القيمة أو في الذمة ونوى، بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشتري نائب عنهم فوقع الشراء لهم بالعين أو مع النية، وأما القيمة هنا فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف ما يشتري بها حتى ينتقل إلى الله تعالى، وأفهم قوله عبد أنه لا يجوز أن يشتري أمة بقيمة عبد كعكسه بل لا يجوز شراء صغيرة بقيمة كبير وعكسه لاختلاف الغرض، وما فضل من القيمة يشتري به شقص كالأرش بخلاف نظيره الآتي في الوصية لتعذر الرقبة المصرح بها فيها فإن لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر بل لنا وجه بصرف جميع ما أوجبت الجناية إليه ولو أوجبت قودا استوفاه الحاكم كما قاله وإن نوزعا فيه.

(فإن تعذر) شراء عبد بها (فبعض عبد) يشتري بها، لأنه أقرب لمقصوده، وإنما اختلفوا في نظيره من الأضحية، لأن الشقص من حيث هو يقبل الوقف لا الأضحية فإن تعذر شراء شقص صرفت للموقوف عليه نظير ما مر <ص: 281> ولو جنى الموقوف جناية أوجبت مالا فهي في بيت المال، وفي فتاوى القاضي لو اشترى الموقوف عليه حجر رحا لرقعة الموقوف كان ما اشتراه ملكه ولا ضمان عليه في استعماله الأول حتى رق، كما لا يضمن المستأجر والمستعير ما تلف بالاستعمال، ولو اشتراه من غلة الوقف فهو ملكه أيضا إلا أن يكون الواقف اشترط أن يبدأ من غلته بعمارته فيكون وقفا كالأصل قال القمولي، ولعله منه تفريع على أن نفقة العبد لا تجب في كسبه إذا لم يشرطها الواقف فيه قيل وفيه نظر كقول القاضي إلا أن يكون إلخ، لأن شراء غيره ليس عمارة نعم إن شرط الواقف إبداله إذا رق اتجه ما قاله وكقوله ليكون وقفا بل لا بد من إنشاء وقفه ومن ثم أفتى الغزالي بأن الحاكم إذا اشترى للمسجد من غلة وقفه عقارا كان طلقا إلا إذا رأى وقفه عليه انتهى ومراده بالطلق أنه ملك للمسجد.

(ولو جفت الشجرة) الموقوفة، أو قلعتها نحو ربح، أو زمنت الدابة (لم ينقطع الوقف على المذهب) وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام (بل ينتفع بها جذعا) بإجارة وغيرها فإن تعذر الانتفاع بها إلا باستهلاكها انقطع <ص: 282> أي: ويملكها الموقوف عليه حينئذ على المعتمد وكذا الدابة الزمته بحيث صار لا ينتفع بها هذا إن أكلت إذ يصح بيعها للحمها بخلاف غيرها (وقيل تباع) لتعذر الانتفاع كما شرطه الواقف (والثمن) الذي بيعت به على هذا الوجه (كقيمة العبد) فيأتي فيه ما مر وأفيتت في ثمرة وقفت للفرقة على صوام رمضان فخشي تلفها قبله بأن الناظر يبيعها ثم فيه يشتري بثمنها مثلها فإن كان إقراضها أصلح لهم لم يبعد تعينه (، والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت)، أو أشرفت على الانكسار (ولم تصلح إلا للإحراق) لئلا تضيع فتحصيل يسير من ثمنها يعود على الوقف أولى من ضياعها واستثنت من بيع الوقف، لأنها صارت كالمعدومة ويصرف ثمنها لمصالح المسجد إن لم يكن شراء حصر أو جذوع به وأطال جمع في الانتصار للمقابل أنها تبقى أبدا نقلا ومعنى، والخلاف في الموقوفة ولو بأن اشتراها الناظر ووقفها بخلاف المملوكة للمسجد بنحو شراء فإنها تباع جزما وخرج بقوله ولم تصلح إلخ ما إذا أمكن أن يتخذ منه نحو ألواح فلا تباع قطعا بل يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب لمقصود الواقف قال السبكي حتى لو أمكن استعماله بإدراجه في آلات العمارة امتنع بيعه فيما يظهر وقد تقوم قطعة جذع مقام آجرة، والنحاتة مقام التراب ويختلط به أي: فيقوم مقام التبن الذي يخلط به الطين <ص: 283> وأجريا الخلاف في دار منهمة أو مشرفة على الانهدام ولم تصلح للسكنى وأطال جمع في رده أيضا وأنه لا قائل بجواز بيعها من الأصحاب ويؤيد ما قالاه نقل غير واحد الإجماع على أن الفرس الموقوف على الغزو إذا كبر ولم يصلح له جاز بيعه على أن بعضهم أشار للجمع بحمل الجواز على نقضها، والمنع على أرضها، لأن الانتفاع بها ممكن فلا مسوغ لبيعها (ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته لم يبع بحال) لإمكان الانتفاع به حالا بالصلاة في أرضه وبه فارق ما مر في الفرس ونحوه ولا ينقض إلا إن خيف على نقضه فينقض ويحفظ، أو يعمر به مسجد آخر إن رآه الحاكم، والأقرب

إليه أولى لا نحو بئر، أو رباط قال جمع إلا إن تعذر النقل لمسجد آخر وبحث الأذرع تعين مسجد خص بطائفة خص بها المنهدم إن وجد وإن بعد والذي يتجه ترجيحه في ريع وقف المنهدم أخذا مما مر في نقضه أنه إن توقع عوده حفظ له وإلا صرف لمسجد آخر فإن تعذر صرف للفقراء كما يصرف النقض لنحو رباط <ص: 284> أما غير المنهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه فيشترى له بها عقار ويوقف عليه بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجلها أي: إن توقعت عن قرب كما أشار إليه السبكي ويظهر ضبطه بأن تتوقع قبل عروض ما يخشى منه عليه وإلا لم يدخر منه شيء لأجلها، لأنه يعرضه للضياع، أو لظالم يأخذه أي وحينئذ يتعين أن يشتري به عقارا له وإن أخرجه شرطه لعمارته للضرورة حينئذ وعليه ينبغي تعين صرف غلة هذا للعمارة إن وجدت، لأنه أقرب إلى غرض الواقف المشترط له على عمارته فإن لم يحتج لعمارة فإن أمن عليها حفظها وإلا صرفها لمصالحه لا لمطلق مستحقه، لأن المصالح أقرب إلى العمارة، ولو وقف أرضا للزراعة فتعذرت وانحصر النفع في الغرس أو البناء فعل الناظر أحدهما، أو أجرها لذلك وقد أفتى البلقيني في أرض موقوفة لتزرع حبا فأجرها الناظر لتغرس كرما بأنه يجوز إذا ظهرت المصلحة ولم يخالف شرط الواقف انتهى فإن قلت هذا مخالف لشرط الواقف فإن قوله لتزرع حبا متضمن لاشتراط أن لا تزرع غيره قلت من المعلوم أنه يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المنطوق به على أن الفرض في مسألتنا أن الضرورة ألجأت إلى الغرس أو البناء، ومع الضرورة تجوز مخالفة شرط الواقف للعلم بأنه لا يريد تعطيل وقفه وثوابه ومسألة البلقيني ليس فيها ضرورة فاحتاجت للتقييد بعدم مخالفة شرط الواقف.

(فرع) في فتاوى ابن عبد السلام يجوز إيقاد اليسير في المسجد الخالي ليلا تعظيما له لا نهارا للسرف والتشبه بالنصارى وفي الروضة يحرم إسراج الخالي، وجمع بحمل هذا على ما إذا أسرج من وقف المسجد أو ملكه، والأول على ما إذا تبرع به من يصح تبرعه وفيه نظر، لأنه إضاعة مال بل الذي يتجه الجمع بحمل الأول على ما إذا توقع ولو على ندور احتياج أحد لما فيه من النور، والثاني على

ما إذا لم يتوقع ذلك وفي الأنوار ليس للإمام إذا اندرست مقبرة ولم يبق بها أثر إجارتها للزراعة أي: مثلا وصرف غلتها للمصالح وحمل على الموقوفة، <ص: 285> فالمملوكة لمالكها إن عرف وإلا فمال ضائع أي: إن أيس من معرفته يعمل فيه الإمام بالمصلحة وكذا المجهول ولا يجوز لغير الموقوف عليه البناء مثلا في هواء الموقوف، لأنه موقوف كما أن هواء المملوك مملوك، والمستأجر مستأجر فللمستأجر منع المؤجر من البناء فيه أي: إن أضره كما هو ظاهر

(تنبيه) يقع كثيرا الوقف على الحرمين مع عدم بيان مصرفه وخرجه أبو زرعة على اختلافهم في الوقف على المسجد من غير بيان مصرفه فالقفال يبطله وغيره يصححه وهو المعتمد وعليه فهو كالوقف على عمارة المسجد، وما نحن فيه كذلك فتصرف لعمارة المسجدين وتوابعها لا للفقراء المجاورين فيهما هذا حاصل كلامه وهو ظاهر إن قامت قرينة على أن المراد بالحرمين بعضهما وهو المسجدان وإلا فحقيقتهما المتبادرة منهما جميعهما، والواجب الحمل على الحقيقة ما لم يمنع منه مانع ولا مانع هنا فتعينت الحقيقة الشاملة لهما بمعنى عمارتهما ولغيرهما بمعنى أهلها إذ لا معنى للوقف عليهما بالنسبة لغير مسجديهما إلا ذلك فالذي يتجه أن ناظرهما مخير في الصرف لعمارة المسجدين ولمن فيها من الفقراء، والمساكين.

(فصل) في بيان النظر على الوقف وشروطه ووظيفة الناظر (إن) كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه إلا الناظر الخاص أو العام، أو لينتفع به الموقوف عليه وأطلق أو قال كيف شاء فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلا ليقضي له عليها حاجة فلا ينافي ذلك ما مر أنفا في قول المتن بإعارة وإجارة، وما قيدته به وهل يعتبر كونه مثله خلقة نظير ما مر في الإجارة، أو يفرق بأن القصد هنا تحصيل منفعة الموقوف عليه من غير نظر لخلقته بخلافه ثم كل محتمل، ثم إن (شرط الواقف النظر لنفسه، أو غيره) وكذا لو شرط نيابة النظر أي: عن كل من وليه لزيد وأولاده (قوله: التفرع) كذا بخطه، ولعل الأولى التفرع ا ه من هامش <ص: 286>

(اتبع) كسائر شروطه وروى أبو داود أن عمر رضي الله عنه ولي أمر صدقته، ثم جعله لحفصة ما عاشت، ثم لأولي الرأي من أهلها، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل على الأوجه لا الموقوف عليه إلا أن يشترط له شيء من مال الوقف على ما بحث، وقول السبكي إنه أشبه بالإباحة فلا يترد بالرد بعيد بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط وإن شرط نظره حال الوقف فلا يعود إلا بتولية من الحاكم كما اقتضاه كلام الروضة خلافا لمن نازع فيه ويؤيده كلامهم في الوصي ومن ثم ينبغي أن يجيء فيه ما في الوصي من أنه لو خيف من انعزاله ضرر يلحق المولى عليه ثم يعزله لنفسه ولم ينفذ، ويؤيد كونه كالوصي ما صرحوا به أنه يأتي هنا في جعل النظر لاثنين تفصيل الإيضاء لاثنين من وجوب الاجتماع تارة وعدمه أخرى ومن أن أحدهما قد يكون مشرفا فقط ولا يستحق المشرف شيئا مما شرط للناظر كما هو ظاهر، لأنه لا يسمى ناظرا ومنصوب الحاكم ونائب الناظر كالوكيل جزما (وإلا) يشترط لأحد (فالنظر للقاضي) أي قاضي بلد الموقوف بالنسبة لحفظه ونحو إجارته وقاضي بلد الموقوف عليه بالنسبة لما عدا ذلك نظير ما مر في مال اليتيم (على المذهب)، لأنه صاحب النظر العام فكان أولى من غيره ولو واقفا وموقوفا عليه ولو شخصا معيناً وجزم الماوردي بثبوته للواقف بلا شرط في مسجد المحلة والخوارزمي في سائر المساجد وزاد أن ذريته مثله ضعيف (تنبيه) للسبكي إفتاء طويل أن القاضي الشافعي يختص حتى عن السلطان بنظر وقف شرط للحاكم من غير قيد <ص: 287> أو سكت عن نظره أو آل نظره للحاكم واستدل له بما توقف الأذرعى فيه والذي يتجه أن محله في وقف قبل سنة أربع وستين وستمائة، لأن الشافعي هو المعهود حينئذ، والقضاة الثلاثة إنما أحدثهم من حينئذ الملك الظاهر وأما بعد فينبغي إناطة ما جعل للقاضي بالقاضي الذي يتبادر إليه عرف أهل ذلك المحل ما لم يفوض الإمام نظر الأوقاف لغيره، ومن ثم كان النظر في الحقيقة إنما هو للإمام كما صرحوا به في موضع وتصريحهم بالقاضي في مواضع إنما هو لكونه نائبه ومخالفة السبكي في ذلك مردودة، ثم رأيت أبا زرعة ذكر كلام السبكي بطوله، ثم اعتمد أنه متى عبر بالقاضي حمل على غير السلطان

للعرف المطرد بذلك، أو بالحاكم تناول القاضي والسلطان لغة ولا عبرة بالعرف لأنه فيه مضطرب فلكل التصرف فيه وللسلطان تفويضه لغير القاضي قال السبكي وليس للقاضي أخذ ما شرط للناظر إلا إن صرح الواقف بنظره كما ليس له أخذ شيء من سهم عامل الزكاة قال ابنه التاج ومحلّه في قاض له قدر كفايته وفيه نظر وبحث بعضهم أنه لو خشي من القاضي أكل الوقف لجوره جاز لمن هو بيده صرفه في مصارفه أي: إن عرفها وإلا فوضه لفقير عارف بها أو سأله وصرفها.

(فرع) شرط الواقف لناظر وقفه فلان قدرا فلم يقبل النظر إلا بعد مدة بان استحقاقه لمعلوم النظر من حين آل إليه كذا قيل وإنما يتجه في المعلوم الزائد على أجره المثل، لأنه لا يقصد كونه في مقابلة عمل بخلاف المعلوم المساوي لأجرة مثل نظر هذا الوقف، أو الناقص عنه لا يستحقه فيما مضى، لأنه في مقابلة عمله ولم يوجد منه فلا وجه لاستحقاقه له (وشرط الناظر) <ص: 288> الواقف وغيره (العدالة) الباطنة مطلقا كما رجحه الأذرعى خلافا لاكتفاء السبكي بالظاهر في منصوب الواقف فينعزل بالفسق أي المحقق بخلاف نحو كذب أمكن أن له فيه عذرا كما هو ظاهر وإذا انعزل بالفسق فالنظر للحاكم كما يأتي وقياس ما يأتي في الوصية، والنكاح صحة شرط ذمي النظر لذمي عدل في دينه أي: إن كان المستحق ذميا (والكفاية) لما تولاه من نظر خاص أو عام (و) هي كما في مسودة شرح المهذب أو الأهم منها كما في غيره (الاهتداء إلى التصرف) المفوض إليه كما في الوصي، والقيم، لأنه ولاية على الغير وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم عند السبكي ولمن بعد غير الأهل بشرط الواقف عند ابن الرفعة ووجه السبكي ما قاله بأنه لم يجعل النظر للمتأخر إلا بعد فقد المتقدم فلا سبب لنظره في غير فقد وبهذا فارق انتقال ولاية النكاح للأبعد بفسق الأقرب لوجود السبب فيه وهو القرابة ولا يعود النظر له بعود الأهلية إلا إن كان نظره بشرط الواقف كما أفتى به المصنف لقوته إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به ولعارض مانع من تصرفه لا سالب لولايته ويؤخذ منه أن وجه كلام السبكي إن شرط له ذلك لرجاء عوده له وكلام ابن الرفعة إن لم يشترط له، لأنه لا يمكن عوده إليه فكان كالمعدوم لكن

ظاهر كلامهما أنه مفروض فيمن شرط له وحينئذ فالأوجه ما قاله السبكي وإن قال الأذري في كلام الماوردي ما يشهد لابن الرفعة. (ووظيفته) عند الإطلاق حفظ الأصول، والغلات على الاحتياط و (الإجارة) بأجرة المثل لغير محجورة إلا أن يكون هو المستحق كما مر بما فيه مبسوطا في الوكالة فراجعه <ص: 289>، (والعمارة) وكذا الاقتراض على الوقف عند الحاجة لكن إن شرط له الواقف أو أذن له القاضي كما في الروضة وغيرها وإن نازع فيه البلقيني وغيره سواء مال نفسه وغيره قال الغزي وإذا أذن له فيه صدق فيه ما دام ناظرا لا بعد عزله

(وتحصيل الغلة وقسمتها) على مستحقيها، لأنها المعهودة في مثله ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف وإنما جاز تقديم تفرقة المنذور على الزمن المعين لشبهه بالزكاة المعجلة، ولو استتاب في شيء من وظيفته غيره فالأجرة عليه لا على الوقف كما هو ظاهر قال السبكي وتمسك بعض فقهاء العصر بأن وظيفته ذلك على أنه ليس له تولية ولا عزل، ثم رده بأن ذلك في وقف لا وظائف فيه وبأن المفهوم من تفويضهم القسمة له أن ذلك له لكن للحاكم الاعتراض عليه فيما لا يسوغ وفي ولاية من هو أصلح للمسلمين ونقل الأذري عن لا يحصى وقال إنه الذي نعتقده <ص: 290> أن الحاكم لا نظر له معه ولا تصرف بل نظره معه نظر إحاطة ورعاية، ثم حمل إفتاء ابن عبد السلام بأن المدرس هو الذي ينزل الطلبة ويقدر جامكياتهم على أنه كان عرف زمنه المطرد وإلا فمجرد كونه مدرسا لا يوجب له تولية ولا عزلا ولا تقدير معلوم انتهى واعترض بأن المتجه ما قاله العز لا سيما في ناظر لا يميز بين فقيه وفقه ورد بأن الناظر قائم مقام الواقف وهو الذي يولي المدرس فكيف يقال بتقديمه عليه وهو فرعه وكونه لا يميز لا أثر له، لأنه يمكنه أن يسأل من يعرف مراتبهم وفي قواعد العز يجب تفريق المعلوم للطلبة في محل الدرس، لأنه المألوف ورد بأن ذلك لم يؤلف في زمننا وبأن اللائق بمحاسن الشريعة تنزيه مواضع العلم والمذكر عن الأمور الدنيوية كالبيع واستيفاء الحق. وسئل بعضهم عن المعيد في التدريس بم يتخلص عن الواجب فقال الذي يقتضيه كلام المؤرخين وأشعر به اللفظ أنه الذي يعيد

للطلبة الدرس الذي قرءوه على المدرس ليستوضحوه أو يتفهموا ما أشكل لا أنه عقد مجلس لتدريس مستقل ويوافق قول التاج السبكي أن المعيد عليه قدر زائد على سماع الدرس من تفهيم الطلبة ونفعهم وعمل ما يقتضيه لفظ الإعادة ومحل ما ذكر إن أطلق نظره كما مر ومثله بالأولى ما إذا فوض إليه جميع ذلك (فإن فوض إليه بعض هذه الأمور لم يتعده) اتباعا للشرط وللناظر ما شرط له من الأجرة وإن زاد على أجرة مثله ما لم يكن الواقف كما مر فإن لم يشرط له شيء فلا أجرة له نعم له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له الأقل من نفقته وأجرة مثله كولي اليتيم، ولأنه الأحوط للوقف وأفتى ابن الصباغ بأن له الاستقلال بذلك من غير حاكم.

(فرع) ما يشتره الناظر من ماله، أو من ريع الوقف لا يصير وقفا إلا إن وقفه الناظر بخلاف بدل الموقوف >ص: 291< المنشئ لوقفه هو الحاكم كما مر، والفرق أن الوقف ثم فاته بالكلية بخلافه هنا، أما ما بينه من ماله، أو من ريع الوقف في نحو الجدر الموقوفة فيصير وقفا بالبناء لجهة الوقف أي: بنية ذلك مع البناء ومر في بناء المسجد بموات ما له تعلق بذلك ولو شرط لبعض الموقوف عليهم النظر في حصته فللبطن الثاني منعه من إيجارها أكثر من سنة على ما أفتى به الأصححي وابن عجيل، لأن لهم حقا منتظرا ويرده ما مر آخر الإجارة من انفساخها بموته فلا ضرر عليهم فيها، ولو وقف أرضا ليصرف من غلتها كل شهر كذا ففضل عنه شيء عند انقضاء الشهر اشترى به عقارا، أو بعضه ووقفه على الأوجه فإن قل الفاضل جمعه من شهور متعددة واشترى به عقارا، أو بعضه ووقفه (وللواقف عزل من ولاه) نائبا عنه بأن شرط النظر لنفسه (ونصب غيره) كالوكيل وأفتى المصنف بأنه لو شرط النظر لإنسان وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر لم يكن له عزله ولا مشاركته ولا يعود النظر إليه بعد موته وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعللوه بأن التفويض بمثابة التملك وخالفهم السبكي فقال بل كالتوكيل وأفتى السبكي بأن للواقف، والناظر من جهته عزل المدرس ونحوه إذا لم يكن مشروطا في الوقف ولو لغير مصلحة وبسط ذلك لكن اعترضه جمع كالزركشي وغيره بما في الروضة أنه لا يجوز للإمام إسقاط بعض

الأجناد المثبتين في الديوان بغير سبب فالناظر الخاص أولى وأجيب بالفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهد الذي هو فرض ومن ربط نفسه بفرض لا يجوز إخراج منه بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات ولك رده بأن التدريس فرض أيضا وكذا قراءة القرآن فمن ربط نفسه بهما كذلك بناء على تسليم ما ذكر أن الربط به كالتلبس به وإلا فشتان ما بينهما ومن ثم اعتمد البلقيني أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ بل يقدر في نظره وفرق في الخادم بينه وبين نفوذ عزل الإمام للقاضي تهورا بأن هذا لخشية الفتنة وهو مفقود في الناظر الخاص وقال في شرح المنهاج في الكلام على عزل القاضي بلا سبب: ونفوذ العزل في الأمر العام أما الوظائف الخاصة كالإذن، والإمامة، والتدريس، والطلب، والنظر ونحوه فلا يعزل أربابها بالعزل من غير سبب. <ص: 292> كما أفتى به كثير من المتأخرين منهم ابن رزين فقال من تولى تدريسا لم يجر عزله بمثله ولا بدونه ولا يعزل بذلك انتهى وإذا قلنا لا ينفذ عزله إلا بسبب فهل يلزمه بيانه أفتى جمع متأخرون بأنه لا يلزمه لكن قيده بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه ونازعه التاج السبكي بأنه لا حاصل له، ثم بحث أنه ينبغي وجوب بيانه لمستنده مطلقا أخذا من قولهم لا تقبل دعواه الصرف للمستحقين بل القول قولهم ولهم المطالبة بالحساب وقال أبو زرعة الحق التقييد وله حاصل إذ عدالته ليست قطيعة فيجوز أن تختل وأن يظن ما ليس بقادر قادحا بخلاف من تمكن علما ودينا زيادة على ما يشترط في الناظر من تمييز ما يقدر وما لا يقدر ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى.

(فرع) طلب المستحقون من الناظر كتاب وقف ليكتبوا منه نسخة حفظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم كما أفتى به بعضهم أخذا من إفتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه لها أن يعيره إياها ليكتب سماعه منها ولو تغيرت المعاملة وجب ما شرطه الواقف مما كان يتعامل به حال الوقف زاد سعره أو نقص سهل تحصيله أو لا فإن فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة إن لم يكن له مثل حينئذ وإلا وجب مثله ويقع في كثير من كتب الأوقاف أن لفلان من الدراهم النقرة كذا قيل حررت فوجد كل درهم منها يساوي ستة عشر درهما من

الدراهم الفلوس المتعامل بها الآن انتهى (إلا أن يشترط نظره) <ص: 293> أو تدريسه مثلا (حال الوقف) بأن يقول وقفت هذه مدرسة بشرط أن فلانا ناظرها، أو مدرستها وإن نازع فيه الإسنوي فليس له كغيره عزله من غير سبب يخل بنظره، لأنه لا نظر له بعد شرطه لغيره ومن ثم لو عزل المشروط له نفسه لم ينصب بدله إلا الحاكم كما مر

أما لو قال وقفته وفوضت ذلك إليه فليس كالشروط ولو شرطه للأرشد من أهل الوقف استحقه الأرشد منهم وإن حجب بأبيه مثلا لكونه وقف ترتيب، لأنه مع ذلك من أهله وتردد السبكي فيما إذا شهدت بينة بأرشدية زيد، ثم أخرى بأرشدية عمرو وقصر الزمن بينهما بحيث لا يمكن صدقهما بأنهما يتعارضان سواء أكانت شهادة الثانية قبل الحكم بالأولى، أو بعده، لأن الحكم عندنا لا يمنعه وقال أبو حنيفة لا أثر له بعد الحكم، ثم هل يسقطان أو يشترك زيد وعمرو وبالتالي أفتى ابن الصلاح، أما إذا طال الزمن بينهما بحيث أمكن صدقهما قال السبكي فمقتضى المذهب أنه يحكم بالثانية إن صرحت بأن هذا أمر متجدد واعترضه شيخنا بمنع أن مقتضاه ذلك وإنما مقتضاه ما صرح به الماوردي وغيره أنا إنما نحكم بالثانية إذا تغير حال الأرشد الأول أي: بأن شهدت به البينة ولو استوى اثنان في أصل الأرشدية وزاد أحدهما بتميز في صلاح الدين أو المال فهو الأرشد وإن زاد واحد في الدين وواحد في المال فالأوجه استواءهما فيشتركان ولو انفرد واحد بالأرشد بأن لم يشاركه في أصله غيره فهل يكون الناظر، لأن الظاهر أن أفعل التفضيل إنما يعتبر مفهومه عند وجود المشاركة <ص: 294> أو لا عملا بمفهوم أفعل تردد فيها السبكي، ثم قال وعمل الناس على الأول. (وإذا أجر الناظر) الوقف على معين، أو جهة إجارة صحيحة (فزادت الأجرة في المدة، أو ظهر طالب بالزيادة) قال الإمام وقد كثر وإلا تعتبر جزما (لم يفسخ العقد في الأصح)، لأنه جرى بالغبطة في وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الأجرة بعد بيع أو إجارة مال المحجور ومر أنه لو كان هو المستحق، أو أذن له جاز إيجاره بدون أجرة المثل وعليه فينبغي انفساخها بانتقالها لغيره ممن لم يأذن في ذلك وإفتاء ابن الصلاح فيما إذا أجر بأجرة معدومة فشهد اثنان أنها أجرة

المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال وزادت أجره المثل بأنه يتبين بطلانها وخطئهما، لأن تقويم المنافع المستقبلية إنما يصح حيث استمرت حالة العقد بخلاف ما لو طرأ عليه أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لها أولاً لم يطابق تقويمه المقوم قال الأذري مشكل جداً، لأنه يؤدي إلى سد باب إجارة الأوقاف إذ طرو التغيير الذي ذكره كثير والذي يقع في النفس أنا ننظر إلى أجره المثل التي تنتهي إليها الرغبات حالة العقد في جميع المدة المعقود عليها مع قطع النظر عما عساه يتجدد انتهى وهو واضح موافق لكلامهم. ولو دفع الناظر للمستحق ما أجر به الوقف مدة فمات المستحق أثناءها رجع من استحق بعده على تركته بحصة ما بقي من المدة وهل الناظر طريق، لأنه لا يتعين عليه الدفع إلا بعد مضي مدة يستحق بها المعلوم، أو لا، لأنه لا تقصير منه لا سيما، والأجرة ملكها المدفوع إليه بمجرد العقد فلم يسغ للناظر إمساكها عنه ولا منعه من التصرف فيها ولا نظر لما يتوقع بعد كما صرحوا به في نظائر لذلك كالمؤجر يملك الأجرة، والمرأة تملك الصداق بالعقد وإن احتمل سقوط بعض الأجرة وكل المهر بالفسخ في الأثناء وكالموصى له بمنفعة دار حياته فأجرها مدة يملك الأجرة ويأخذها وإن احتمل موته أثناء المدة رجع كلا مرجحون والذي يتجه أن المدة إن قصرت بحيث يغلب على الظن حياة الموقوف عليه إلى انتهائها وخاف الناظر <ص: 295> من بقائها عنده أو عند غيره عليها لم يكن طريقاً وإلا كان ولو حكم حاكم بصحة إجارة وقف وأن الأجرة أجره المثل فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والإجارة وإلا فلا كما يأتي بسطه آخر الدعاوي وأفتى أبو زرعة فيمن استأجر وقفا بشرطه وحكم له حاكم شافعي بموجبه بعدم انفساخها بموت أحدهما وزيادة راغب أثناء المدة بأن هذا إفتاء لا حكم، لأن الحكم بالشيء قبل وقوعه لا معنى له كيف، والموت أو الزيادة قد يوجدان وقد لا فلنرفع له الحكم بمذهبه انتهى، وما علل به ممنوع وفيه تحقيق بسطته في أواخر الوقف من الفتاوى وفي كتابي المستوعب في بيع الماء والحكم بالموجب المسطر أوائل البيع من الفتاوى فراجعه فإنه مهم.

كتاب الهبة

من هب مر لمرورها من يد إلى أخرى، أو استيقظ، لأن فاعلها استيقظ للإحسان، والأصل في جوازها بل ندبها بسائر أنواعها الآتية قبل الإجماع الكتاب، والسنة وورد {تهادوا تحابوا} أي: بالتشديد من المحبة وقيل <ص: 296> بالتخفيف من المحابة وصح {تهادوا فإن الهدية تذهب بالضغائن} وفي رواية {فإن الهدية تذهب وحر الصدر} وهو بفتح المهملتين ما فيه من نحو حقد وغيظ نعم يستثنى من ذلك أرباب الولايات والعمال فإنه يحرم عليهم قبول الهبة والهدية بتفصيله الآتي في القضاء وقد بسطت ذلك في تأليف حافل ويحرم الإهداء لمن يظن فيه صرفها في معصية (التمليك) لعين أو دين بتفصيله الآتي أو منفعة على ما يأتي (بلا عوض هبة) بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة وقسيمهما ومن ثم قدم الحد على خلاف الغالب نعم هذا هو الذي ينصرف إليه لفظ الهبة عند الإطلاق وسيأتي أواخر الأيمان ما يعلم بتأمله أنه لا ينافي هذا، فخرج بالتمليك العارية والضيافة فإنها إباحة، والملك إنما يحصل بالازدراء، والوقف فإنه تمليك منفعة لا عين كذا قيل والوجه أنه لا تمليك فيه وإنما هو بمنزلة الإباحة، ثم رأيت السبكي صرح به حيث قال لا حاجة للاحتراز عن الوقف فإن المنافع لم يملكها الموقوف عليه بتمليك الواقف بل بتسليمه من جهة الله تعالى، ولا تخرج الهدية من الأضحية لغني فإن فيه تمليكا وإنما الممتنع عليه نحو البيع لأمر عرضي هو كونه من الأضحية الممتنع فيه ذلك، وبلا عوض نحو البيع كالهبة بثواب وسيأتي وزيد في الحد في الحياة لتخرج الوصية فإن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت واعترضه شارح بما لا يصح، وتطوعا ليخرج نحو الزكاة، والنذر، والكفارة ورد بأن هذه لا تمليك فيها بل هي كوفاء الدين وفيه نظر، لأن كونها كوفائه لا يمنع أن فيها تمليكا.

(فإن ملك) أي: أعطى شيئا بلا عوض (محتاجا) وإن لم يقصد الثواب، أو غنيا <ص: 297> (لثواب الآخرة) أي: لأجله (فصدقة) أيضا وهي أفضل الثلاثة (فإن) قيل الأولى قول أصله وإن لإيهام الفاء أن الهدية قسم من الصدقة نعم إيهامه أنه إذا اجتمع النقل والقصد كان صدقة وهدية صحيح انتهى والذي رأيته في نسخ الواو فلا اعتراض (نقله)

أي المملك بلا عوض (إلى مكان الموهوب له إكراما) ليس بقيد وإنما ذكر، لأنه يلزم غالبا من النقل إلى ذلك كذا قاله السبكي وهو مردود بل احترز به عما ينقل للرشوة، أو لخوف الهجو مثلا (فهدية) أيضا فلا دخل لها فيما لا ينقل ولا ينافيه صحة نذر <ص: 298> إهدائه، لأن الهدى اصطلاحا غير الهدية خلافا لمن زعم ترادفهما ويؤيده اختلاف أحكامهما وبه يندفع ما للشارح هنا.

(وشرط الهبة) الذي لا بد منه في تحقق وجودها في الخارج فالشرط هنا بمعنى الركن وركنها الثاني العاقدان، والثالث الموهوب وهي هنا بالمعنى الثاني (إيجاب) كوهبتك ومنحتك وملكتك وعظمتك وأكرمتك ونحلتك هذا وكذا أطعمتك ولو في غير الطعام كما نقل عن النص (وقبول) كقبلت واتهبت ورضيت (لفظا) في حق الناطق وإشارة في حق الأخرس، لأنها تمليك في الحياة كالبيع ومن ثم انعقدت بالكناية مع النية كلك أو كسوتك هذا وبالمعاطاة على قول اختيار واشتراط هنا في الأركان الثلاثة جميع ما مر فيها ثم ومنه موافقة القبول <ص: 299> للإيجاب خلافا لمن زعم عدم اشتراطها هنا فلو قال وهبتك هذا، أو وهبتكما فقبل الأول، أو أحد الاثنين نصفه لم يصح لما تقرر أن الهبة ملحقة بالبيع أي: من حيث إنها عقد مالي مثله فأعطيت أحكامه وإن تخلف بعضها فيه كما هنا إذ المانع ثم أن الإيجاب لما اشتمل على الكل المقابل بالثمن الذي ذكره كان قبول البعض ببعض للثمن قبولا لغير ما أوجبه من كل وجه وإنما لم ينظروا لهذا بل سوا بينهما في البطلان نظرا لما هو أقوى من ذلك وهو الإلحاق المذكور إذ لو أبطل بهذا سرى بطلانه إلى البقية إذ لا مرجح فوجب التعميم طردا للباب فتأمله ومنه أيضا اشتراط الفورية في الصيغة وأنه لا يضر الفصل إلا بأجنبي واختلفوا في وهبتك وسلطتك على قبضه فقبل إن سلطتك على قبضه فصل مضر، لأن الإذن في القبض إنما يدخل وقته بعد تمام الصيغة فكان أجنبيا وقيل غير مضر لتعلقه بالعقد والذي يتجه الثاني، ثم رأيت الأذرعى رجحه، ثم نظر في الاكتفاء بالإذن قبل وجود القبول، وقياس ما مر في مزج الرهن بالرهن الاكتفاء إلا أن يفرق وقد لا تشتراط صيغة كما لو كانت ضمنية كأعتق عبدك عني فأعتقه وإن لم يقل مجانا وكما لو زين ولده الصغير بحلي بخلاف

زوجته، لأنه قادر على تملكه بتولي الطرفين قاله القفال وأقره جمع لكن اعترض بأن كلامهما يخالفه حيث اشترطا في هبة الأصل تولي الطرفين بإيجاب وقبول وهبة ولي غيره أن يقبلها الحاكم أو نائبه ونقلوا عن العبادي وأقروه أنه لو غرس أشجارا و قال عند الغرس اغرسها لابني مثلا لم يكن إقرارا بخلاف ما لو قال لعين في يده اشتريتها لابني أو لفلان الأجنبي فإنه إقرار ولو قال جعلت هذا لابني لم يملكه إلا إن قبل وقبض له انتهى، والفرق بأن الحلبي صار في يد الصبي دون الغرس لا يجدي، لأن صيرورته في يده بغير لفظ مملك لا يفيد شيئا على أن كون هذه الصيرورة تفيد الملك هو محل النزاع فلا فرق، ثم رأيت الأذرعى قال إنه لا يتمشى على قواعد المذهب والسبكي والأذرعى وغيرهما ضعفوا قول الخوارزمي وغيره أن إلباس الأب الصغير حليا يملكه إياه ورأيت آخرين نقلوا عن القفال <ص: 300> نفسه أنه لو جهز بنته بأمتعة بلا تملك يصدق بيمينه في أنه لم يملكها إن ادعته وهذا صريح في رد ما سبق عنه وأفتى القاضي فيمن بعث بنته وجهازها إلى دار الزوج بأنه إن قال هذا جهاز بنتي فهو ملك لها وإلا فهو عارية ويصدق بيمينه وكخلع الملوك لاعتقاد عدم اللفظ فيها، ولا قبول كهبة النوبة من الضرة ولو قال اشتر لي بدرهمك خبزا فاشترى له كان الدرهم قرضا لا هبة على المعتمد كما مر. (ولا يشترطان) أي: الإيجاب، والقبول (في) الصدقة بل يكفي الإعطاء، والأخذ، لأن كونه محتاجا، أو قصده الثواب يصرف الإعطاء للتمليك حينئذ ولا في (الهدية) ولو لغير مأكول (على الصحيح بل يكفي البعث من هذا) ويكون كالإيجاب (والقبض من ذلك) ويكون كالقبول، لأن ذلك هو عادة السلف بل الصحابة مع النبي صلى الله عليه وسلم، ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه تصرف الملاك فاندفع ما توهم أنه كان إباحة وشرط الواهب أهلية التبرع، والمتهب أهلية الملك فلا تصح هبة ولي ولا مكاتب بغير إذن <ص: 301> سيده ولا تصح الهبة بأنواعها مع شرط مفسد كان لا تزيله عن ملكك ولا مؤقتة ولا معلقة إلا في مسائل العمري، والرقبي كما قال (ولو قال) عالم بمعنى هذه الألفاظ أو جاهل بها كما اقتضاه إطلاقهم لكن استشكله الأذرعى قال وفي الروضة في الكتابة عن المروزي أن قريب الإسلام وجاهل الأحكام لا

يصح تدبيره بلفظه حتى تنضم إليه نية، أو زيادة لفظ انتهى والذي يتجه أخذاً من قولهم في الطلاق لا بد من قصد اللفظ لمعناه أنه لا بد من معرفة معنى اللفظ ولو بوجه حتى يقصده نعم لا يصدق من أتى بصريح في أنه جاهل بمعناه إلا إن دلت قرينة حاله على ذلك كعدم مخالطته لمن يعرف ذلك، ثم رأيت الأذرع صرح به. (أعمرتك هذه المدار، أو هذا الحيوان) مثلاً أي: جعلتها لك عمرك (فإذا مت فهي لورثتك)، أو لعقبك (فهي) أي: الصيغة المذكورة (هبة) أي: صيغة هبة طول عبارتها فيعتبر قبولها وتلزم بالقبض وتكون لورثته ولا تختص بعقبه إلغاءً لظاهر لفظه عملاً بالخبر الآتي ولا تعود للواهب بحال لخبر مسلم {أيما رجل أعمار عمرى فإنها للذي أعطيتها لا ترجع إلى الذي أعطاه} (ولو اقتصر على أعمرتك) كذا ولم يتعرض لما بعد الموت (فكذا) هو هبة (في الجديد) لخبر الشيخين {العمرى ميراث لأهلها} وجعلها له مدة حياته لا ينافي انتقالها لورثته فإن الأملاك كلها مقدره بحياة المالك وكأنهم إنما لم يأخذوا بقول جابر رضي الله عنه إنما العمرى التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هي لك ولعقبك فإذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها، لأنه قاله بحسب اجتهاده (ولو قال) أعمرتك هذه، أو جعلتها لك عمرك وألحق به السبكي وهبتك هذه عمرك (فإذا مت عادت إلي)، أو إلى ورثتي إن كنت مت (فكذا) هو هبة (في الأصح) إلغاءً للشرط الفاسد وإن ظن لزومه لإطلاق الأخبار الصحيحة <ص: 302> ومن ثم عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة إذ ليس لنا موضع يصح فيه العقد مع وجوب الشرط الفاسد المنافي لمقتضاه إلا هذا ووجه خروج هذا عن نظائره بتوجيهات كلها مدخولة كما يعلم بتأملها، وخرج بعمرى عمري، أو عمر زيد فتبطل، لأنه تأقيت حقيقة إذ قد يموت هذا، أو الأجنبي أولاً. (ولو قال أرقبتك) هذه من الرقوب، لأن كل واحد يرقب موت صاحبه (أو جعلتها لك رقبى) واقتصر على ذلك، أو ضم إليه ما بعد أي: التفسيرية في قوله (أي إن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك استقرت لك فالمذهب طرد القولين الجديد، والقديم) فعلى الجديد الأصح تصح ويلغو الشرط الفاسد فيشترط قبولها والقبض وذلك لخبر أبي داود، والنسائي {لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أرقب شيئاً، أو أعمره

فهو لورثته { أي: لا ترقبوا ولا تعمروا طمعا في أن يعود إليكم فإن سبيله الميراث وبحث السبكي تحريمهما لهذا النهي وإن صحا لأحاديث آخر وفيه نظر بل يؤخذ من أحاديث الصحة، لأن الأصل فيما صح جواز فعله أن النهي للتنزيه.

(وما جاز بيعه جاز) لم يؤنثه ليشاكل ما قبله، أو، لأن تأنيث فاعله غير حقيقي (هبتة) بالأولى، لأنها أوسع، نعم المنافع يصح بيعها بالإجارة وفي هبتها وجهان أحدهما أنها ليست بتمليك بناء على أن ما وهبت منافعه عارية وقضية كلامهما كما قاله الإسنوي ترجيحه وبه جزم الماوردي وغيره ورجحه الزركشي ثانيهما أنها تمليك بناء على أن ما وهبت منافعه أمانة ورجحه جمع منهم ابن الرفعة والسبكي والبلقيني وعليه فلا يلزم إلا بالقبض وهو بالاستيفاء لا بقبض العين وفارقت الإجارة بالاحتياج فيها لتقرر الأجرة والتصرف في المنفعة، و في ذلك بسط ذكرته في شرح الإرشاد، وما في الذمة يصح بيعه لا هبتة فوهبتك ألف درهم في ذمتي باطل وإن عينه في المجلس وقبضه، والمريض يصح بيعه لو ارثه بثمن المثل لا هبتة له بل يكون وصية، والولي والمكاتب يجوز بيعهما لا هبتهما، والمرهونة إذا أعتقها معسرا، أو استولدها يجوز بيعها للضرورة لا هبتها ولو للمرتهن <ص: 303> وقد يقال استثناء ذلك كله غير صحيح، لأن المانع من الهبة أمر خارجي في العاقد، أو طرا في المعقود عليه (وما لا) يجوز بيعه (كمجهول ومغصوب) لغير قادر على انتزاعه (وضال و) وأبق (فلا) تجوز هبتة بجامع أن كلا منهما تمليك في الحياة ولا يرد خبر {زن وأرجح}، لأن الرجحان المجهول وقع تابعا لمعلوم على أن الذي يتجه أن المراد بأرجح تحقق الحق حذرا من التساهل فيه ولا {قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضي الله عنه في المال الذي جاء من البحرين بناء على أنه ملكه خذ منه} الحديث، لأن الظاهر أن ما ذكر في المجهول إنما هو في الهبة بالمعنى الأخص بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر وإعطاء العباس الظاهر أنه صدقة لا هبة وإلا فهو لكونه من جملة المستحقين وللمعطي أن يفاوت بينهم (إلا) في مال وقف بين جمع للجهل بمستحقه فيجوز الصلح بينهم فيه على تساو، أو تفاوت للضرورة قال الإمام ولا بد أن يجري بينهم تواهب

ولبعضهم إخراج نفسه من البين لكن إن وهب لهم حصته على ما قاله الإمام أيضا بخلاف أعراض الغانم أي:، لأنه لم يملك ولا على احتمال بخلاف هذا، ولولي محجور الصلح له بشرط أن لا ينقص عما بيده كما يعلم مما يأتي قبيل خيار النكاح وإلا فيما إذا اختلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة وإلا فيما لو قال لغيره أنت في حل مما تأخذ أو تعطي، أو تأكل من مالي فله الأكل فقط، لأنه إباحة وهي تصح بمجهول بخلاف الأخذ والإعطاء قاله العبادي قال وفي خذ من عنب كرمي ما شئت لا يزيد على عنقود، لأنه أقل ما يقع عليه الاسم واستشكل ويرد بأن الاحتياط المبني عليه حق الغير أوجب ذلك التقدير وأفتى القفال في أبحاث لك أن تأخذ من ثمار بستانني ما شئت بأنه إباحة وظاهره أن له أخذ ما شاء، وما قاله العبادي أحوط وفي الأنوار لو قال أبحاث لك ما في داري، أو ما في كرمي من العنب فله أكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره وتقتصر الإباحة على الموجود أي: عندها في الدار، والكرم ولو قال أبحاث لك جميع ما في داري أكلا واستعمالا ولم يعلم المبيع الجميع لم تحصل الإباحة ا هـ. <ص: 304> وبعض ما ذكره في فتاوى البغوي وقوله وتقتصر إلخ موافق لكلام القفال لا العبادي، وما ذكره آخر لا ينافي ما مر من صحة الإباحة بالمجهول، لأن هذا مجهول من كل وجه بخلاف ذاك وجزم بعضهم بأن الإباحة لا ترد بالرد وإلا (حتي الحنطة ونحوهما) من المحقرات فإنه يمتنع بيعها لا هبتها اتفاقا كما في الدقائق فبحث الرافعي أنه لا تصح هبتها ضعيف وإن سبقه إليه الإمام إذ لا محذور أن يتصدق الإنسان بالمحقر كما في الخبر وفارق نحو الكلب بأن هنا ملكا إذ غير المتمول مال مملوك كما صرحوا به لا ثم على أنه نص في الأم على صحة هبته وكذا جلد نجس على تناقض فيه في الروضة جمع بينه بحمل الصحة على معنى نقل اليد كما صرحوا به في الكلب وعدمها على الملك الحقيقي وكذا يقال في دهن نجس وإلا جلد الأضحية ولحمها لا يصح نحو بيعه بخلاف التصديق به وهو نوع من الهبة، والأحق التحجر لا يصح نحو بيعه وتصح هبته أي: بمعنى نقل اليد أيضا حتى يصير الثاني أحق به وكذا طعام الغنيمة بدار الحرب فمن أطلق صحة هبته يتعين حمله على أن المراد

بها نقل اليد لتصريحهم بأنه مباح لهم لا مملوك وإلا الثمر ونحوه قبل بدو صلاحه تصح هبته من غير شرط قطع وإلا هبة أرض مع بذر، أو زرع لا يفرد بالبيع فتصح في الأرض لانتفاء مبطل البيع فيهما من الجهل بما يخصها من الثمن عند التوزيع. (وهبة الدين) المستقر (للمدين)، أو التصديق به عليه <ص: 305> (إبراء) فلا تحتاج إلى قبول نظرا للمعنى (و) هبته (لغيره) أي: المدين (باطلة في الأصح) بناء على ما قدمه من بطلان بيع الدين لغير من هو عليه، أما على مقابله الأصح كما مر فتصح هبته بالأولى وكأنه في الروضة إنما جرى هنا على بطلان هبته مع ما قدمه أنه يصح بيعه اتكالا على معرفة ضعف هذا من ذاك بالأولى كما تقرر وعلى الصحة قيل لا تلزم إلا بالقبض وقيل لا تتوقف عليه فعليه قيل تلزم بنفس العقد وقيل لا بد بعد العقد من الإذن في القبض ويكون كالتخلية فيما لا يمكن نقله والذي يتجه الأول أخذا من اشتراطهم القبض الحقيقي هنا فلا يملكه إلا بعد قبضه بإذن الواهب وعلى مقابله للوالد الواهب الرجوع فيه تنزيلا له منزلة العين ولو تبرع موقوف عليه بحصته من الأجرة لآخر لم يصح، لأنها قبل قبضها إما غير مملوكة له أو مجهولة فإن قبض هو أو وكيله منها شيئا قبل التبرع وعرف حصته منه وراه هو أو وكيله وأذن له في قبضه وقبضه صح وإلا فلا ولا يصح إذنه لجابي الوقف لأنه إذا قبضه يعطيه للمتبرع عليه، لأنه توكيل قبل الملك على أنه في مجهول وإنما صح تبرع أحد الورثة بحصته، لأن محله في أعيان رآها وعرف حصته منها (ولا يملك) في غير الهبة الضمنية (موهوب) بالمعنى الأعم الشامل لجميع ما مر ولو من أب لولده الصغير ونقل ابن عبد البر إجماع الفقهاء أنه يكفي هنا الإشهاد لعله يريد فقهاء مذهبه (إلا بقبض) كقبض المبيع <ص: 306> فيما مر بتفصيله نعم لا يكفي هنا الإتلاف ولا الوضع بين يديه بلا إذن، لأن قبضه غير مستحق كالوديعة فاشتراط تحققه بخلاف المبيع وبحث بعضهم الاكتفاء به في الهدية فيه نظر وإن تسومح فيها بعدم الصيغة للخبر الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم {أهدى إلى النجاشي ثلاثين أوقية مسكا فمات قبل أن تصل إليه فقسمه صلى الله عليه وسلم بين نسائه} ويقاس بالهدية الباقي وقال به كثيرون من الصحابة رضي الله عنهم ولا يعرف لهم مخالف والهبه الفاسدة

المقبوضة كالصحيحة في عدم الضمان لا الملك وإنما يعتد بالقبض إن كان بإقباض الواهب، أو (بإذن الواهب)، أو وكيله فيه أو فيما يتضمنه كالإعتاق وكذا نحو الأكل خلافا للقاضي على ما قاله شارح لكن جزم غير واحد بما قاله القاضي وإن كان في يد المتهم فلو قبضه من غير إذن ضمنه ولو أذن ورجع عن الإذن أو جن، أو أغمي، أو حجر عليه، أو مات أحدهما قبل القبض بطل الإذن ولو قبضه فقال الواهب رجعت عن الإذن قبله وقال المتهم بعده صدق الواهب على ما استظهره الأذرعى من تردد له في ذلك <ص: 307> وله احتمال بتصديق المتهم، لأن الأصل عدم الرجوع قبله وهو قريب، ثم رأيت أن هذا هو المنقول كما ذكرته في شرح الإرشاد في باب الرهن مع فروع أخرى يتعين استحضارها هنا ويكفي الإقرار بالقبض كأن قيل له وهبت كذا من فلان وأقبضته فقال نعم، والإقرار أو الشهادة بمجرد الهبة لا يستلزم القبض نعم يكفي عنه قول الواهب ملكها المتهم ملكا لازما كما مر، أو آخر الإقرار قال بعضهم وليس للحاكم سؤال الشاهد عنه لئلا يتنبه له، والهبة ذات الثواب بيع فإذا أقبض الثواب استقل بالقبض (فلو مات أحدهما) أي: الواهب، والمتهب بالمعنى الأعم الشامل للهدية، والصدقة على الأوجه (بين الهبة، والقبض قام وارثه مقامه) في القبض، والإقباض، لأنه خليفته. (وقيل يفسخ العقد) بالموت لجوازه كالشركة وفرق الأول بأنها تتول للزوم بخلاف نحو الشركة ويؤخذ منه تضعيف ما في تحرير الجرجاني أن الهدية تنفسخ بالموت قبل وصولها قولا واحدا لعدم القبول أو وجه ضعفه أن المدار ليس على القبول بل على الأيلولة للزوم وهو جار في الهدية والصدقة أيضا ولا تبطل الهبة بجنون الواهب وإغمائه فيكفي إقباضه بعد إفاقة لا إقباض وليه قبلها وكذا المتهم نعم لوليه القبض قبل إفاقة.

(ويسن للوالد) أي: الأصل وإن علا (العدل في عطية أولاده) أي: فروعه وإن سفلوا ولو الأحفاد مع وجود الأولاد على الأوجه وفاقا لغير واحد وخلافا لمن خصص الأولاد سواء أكانت تلك العطية هبة أم هدية أم صدقة أم وقفا أم تبرعا آخر فإن لم يعدل لغير عذر كره عند أكثر العلماء وقال جمع يحرم، والأصل في ذلك خبر البخاري {اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم} وخبر أحمد أنه صلى الله عليه وسلم

{قال لمن أراد أن يشهده على عطية لبعض أولاده لا تشهدني على جور لبيك عليك من الحق أن تعدل بينهم}. وفي رواية لمسلم {أشهد على هذا غيري، ثم قال أسيرك أن يكونوا لك في البر سواء قال بلى قال فلا} إذن فأمره بإشهاد غيره صريح في الجواز وأن تسميته جورا باعتبار ما فيه من عدم العدل المطلوب فإن فضل البعض أعطى الآخرين ما يحصل به العدل <ص: 308> وإلا رجع ندبا للأمر به في رواية نعم الأوجه أنه لو علم من المحروم الرضا وظن عقوق غيره لفقره ورقة دينه لم يسن الرجوع ولم يكره التفضيل كما لو أحرم فاسقا لئلا يصرفه في معصية، أو عاقا، أو زاد أو أثر الأوج، أو المتميز بنحو فضل كما فعله الصديق مع عائشة رضي الله تعالى عنهما، والأوجه أن تخصيص بعضهم بالرجوع في هبته كهو بالهبة فيما مر وأفهم قوله كغيره عطية أنه لا يطلب منه التسوية في غيرها كالتودد بالكلام وغيره. لكن وقع في بعض نسخ الدميري لا خلاف أن التسوية بينهم مطلوبة حتى في القيل أي: للمميزين وله وجه إذ كثيرا ما يترتب على التفاوت في ذلك ما مر في الإعطاء ومن ثم ينبغي أن يأتي هنا أيضا استثناء التمييز لعذر ويسن للولد أيضا العدل في عطية أصوله فإن فضل كره خلافا لبعضهم نعم في الروضة عن الدارمي فإن فضل فالأولى أن يفضل الأم وأقره لما في الحديث أن لها ثلثي المبر وقضيته عدم الكراهة إذ لا يقال في بعض جزئيات المكروه إنه أولى من بعض بل في شرح مسلم عن المحاسبي الإجماع على تفضيلها في البر على الأب وإنما فضل عليها في الإرث لما يأتي أن ملحظه العصوبة، والعاصب أقوى من غيره، وما هنا ملحظه الرحم وهي فيه أقوى، لأنها أحوج وبهذا فارق ما مر أنه يقدم عليها في الفطرة، لأن ملحظها الشرف كما مر ويسن على الأوجه العدل بين نحو الإخوة أيضا لكنها دون طلبها في الأولاد وروى البيهقي خبر {حق كبير الإخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده} وفي رواية {الأكبر من الإخوة بمنزلة الأب} وإنما يحصل <ص: 309> العدل بين من ذكر (بأن يسوي بين الذكر، والأنثى) لرواية ظاهرة في ذلك في الخبر السابق ولخبر ضعيف متصل وقيل الصحيح إرساله {سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء وفي نسخة

البنات} (وقيل كقسمة الإرث) وفرق الأول بأن ملخص هذا العصوبة وهي مختلفة مع عدم تهمة فيه وملحظ ذاك الرحم وهما فيه سواء مع التهمة فيه وعلى هذا، وما مر في إعطاء أولاد الأولاد مع الأولاد تتصور التسوية بأن يفرض الأسفلون في درجة الأعلى نظير ما يأتي في ميراث الأرحام على قول

(فرع) أعطى آخر دراهم ليشتري بها عمامة مثلا ولم تدل قرينة حاله على أن قصده مجرد التبسط المعتاد لزمه شراء ما ذكر وإن ملكه، لأنه ملك مقيد يصرفه فيما عينه المعطي ولو مات قبل صرفه في ذلك انتقل لورثته ملكا مطلقا كما هو ظاهر لزوال التقييد بموته كما لو ماتت الدابة الموصى بعلفها قبل الصرف فيه فإنه يتصرف فيه مالكا كيف شاء ولا يعود لورثة الموصي، أو بشرط أن يشتري بها ذلك بطل الإعطاء من أصله، لأن الشرط صريح في المناقضة لا يقبل تأويلا بخلاف غيره.

(ولأب الرجوع في هبة ولده) عينا بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة بل يوجد هذا في بعض النسخ وتناقضا في الصدقة لكن المعتمد كما قاله جمع ما ذكر وإن كان الولد فقيرا صغيرا مخالفا له دينا للخبر الصحيح {لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده} واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه إذ ما طبع عليه من إيثاره لولده على نفسه يقضي بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة، ويكره له الرجوع إلا لعذر كأن كان الولد عاقا أو يصرفه في معصية فلينذره به فإن أصر لم يكره كما قاله وبحث الإسنوي ندبه في العاصي وكرهته في العاق إن زاد عقوقه وندبه إن أزاله وإباحته إن لم ينفذ شيئا والأذرعى عدم كراهته إن احتاج الأب له لنفقة، أو دين بل ندبه إن كان الولد غنيا عنه ووجوبه في العاصي إن تعين طريقا في ظنه إلى كفه عن المعصية والبلقيني امتناعه في صدقة واجبة كزكاة ونذر وكفارة <ص: 310> وكذا في لحم أضحية تطوع، لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو فيه ممتنع وبما ذكره أفتى كثيرون ممن سبقه وتأخر عنه وردوا على من أفتى بجواز الرجوع في النذر بكلام الروضة وغيرها وقول بعضهم محله إن وجدت صيغة نذر صحيحة غير محتاج إليه، لأن النذر حيث أطلق إنما يراد به ذلك ولا نظر لكونه تمليكا محضا، لأن

الشرع أوجب الوفاء به على العموم من غير مخصص وقياس الواجب على التبرع ممتنع ولا رجوع في هبة بثواب بخلافها بلا ثواب وإن أثابه عليها كما قاله القاضي ولا فيما لو وهبه ديناً عليه إذ لا يمكن عوده بعد سقوطه ولا فيما وهبه لفرعه المكاتب إذا رق، لأن سيده ملكه ويجوز الرجوع في بعض الموهوب ولا يسقط بالإسقاط وله الرجوع فيما أقر بأنه لفرعه كما أفتى به المصنف وسبقه إليه جمع متقدمون واعتمده جمع متأخرون قال الجلال البلقيني عن أبيه وفرض ذلك فيما إذا فسره بالهبة وهو فرض لا بد منه ^{هـ} قال المصنف لو وهب وأقبض ومات فادعى الوارث كونه في المرض، والمتهب كونه في الصحة صدق ^{هـ} ولو أقاما بينتين قدمت بينة الوارث، لأن معها زيادة علم (وكذا لسائر الأصول) من الجهتين وإن علوا الرجوع كالأب فيما ذكر (على المشهور) كما في عتقهم ونفقتهم وسقوط القود عنهم وخرج بهم الفروع والحواشي كما يأتي وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب فلا يجوز لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له (وشرط رجوعه بقاء الموهوب في سلطنة المتهب) أي استيلائه ليشمل ما يأتي في التخمر ثم التخلل غير متعلق به حق لازم يمنع البيع وإن طرأ عليه حجر سفه (فيمتنع) الرجوع (ببيعه) كله وكذا بعضه بالنسبة لما باعه وإن كان الخيار باقياً للولد كما اقتضاه إطلاقهم لكن بحث الأذرعى جوازه إن كان البيع من أبيه الواهب <ص: 311> وخياره باق وهو ظاهر ولو وهبه مشاعاً فاقتسمه، ثم رجع بما يخص ولده بالقسمة جاز إن كانت القسمة إفراداً وإلا لم يرجع إلا فيما لم يخرج عن ملكه فلو كانت الشركة بالنصف رجع في نصفه فقط ولا تنقض القسمة (ووقفه) مع القبول إن شرطناه فيما يظهر، لأنه قبله لم يوجد عقد يفضي إلى خروجه عن ملكه وبه يفرق بينه وبين البيع في زمن الخيار ويمتنع أيضاً بتعلق أرش جناية برقبته ما لم يؤده الراجع وإنما لم يجب لأداء قيمة الرهن الناقصة عن الدين حتى يرجع فيه، لأن أداءها يبطل تعلق المرتهن به لو خرجت مستحقة فيتضرر وأداء الأرش لا يبطل تعلق المجني عليه به لو بان مستحقاً، والفرق أن الرهن عقد وفسخه لا يقبل وقفا بخلاف أرش الجناية فإنه يقبله ويحجر القاضي على المتهب لإفلاسه ما لم ينفك الحجر والعين باقية وتتخمر

عصير ما لم يتخلل، لأن ملك الخل سببه ملك العصير وألحق به الأذرعى دبع جلد الميتة وتتغن بذر ما لم ينبت وصورورة بيض دما ما لم يصر فرخا كما اقتضاه كلام البغوي. لكن المعتمد أنه لا رجوع وإن نبت، أو تفرخ وإنما رجع المالك فيما نبت وتفرخ عند الغاصب، لأن استهلاك المغصوب لا يمنع حقه بالكلية بخلاف استهلاك الموهوب هنا وبكتابه أي: الصحيحة لما يأتي في تعليق العتق ما لم يعجز وبإيلاده وبإحرام الواهب والموهوب صيد ما لم يتجلل وبردة الواهب ما لم يسلم، لأن ماله موقوف، والرجوع لا يوقف ولا يعلق (لا) بنحو غصبه وإباقه ولا (برهنه) قبل القبض (وهبته قبل القبض) لبقاء السلطنة بخلافهما بعده <ص: 312> والمرتهن غير الواهب كما هو ظاهر لزوالها وإن كانت الهبة من الابن لابنه أو لأخيه لأبيه، لأن الملك غير مستفاد من الجد، أو الأب. قال شارح ولو مرض الابن ورجع الأب، ثم مات الابن هل يصح رجوعه، أو لا، لأنه صار محجورا عليه لم أر منقولا والذي يظهر صحة رجوعه، لأن الحجر عليه إنما هو في التبرعات ونحوها، ثم رأيت الأذرعى وغيره صرحوا بما ذكرته وفرق بعضهم بينه وبين حجر الفليس بأنه أقوى لمنعه التصرف وإيثار بعض الغرماء، والمرض إنما يمنع المحاباة ولا يمنع الإيثار (ولا) بنحو (تعليق عتقه) وتديبره، والوصية به (وتزويجها وزراعتها) لبقاء السلطنة (وكذا الإجارة على المذهب) لبقاء العين بحالها ومورد الإجارة المنفعة فيستوفيهما المستأجر من غير رجوع للواهب بشيء على المؤجر وفارق ما هنا رجوع البائع بعد التحالف بأن الفسخ ثم أقوى ولذا جرى وجه أن الفسخ ثم يرفع العقد من أصله ولا كذلك هنا. (ولو زال ملكه) أي: الفرع عن الموهوب (وعاد) ولو بإقالة، أو رد بعيب (لم يرجع) الأصل الواهب له (في الأصح)، لأن الملك غير مستفاد منه حينئذ نعم قد يزول ويرجع كما مر في نحو تخمر العصير وكما لو وهبه وأقبضه صيدا فأحرم ولم يرسله، ثم تحلل كذا قيل ورد بأن ملك الولد الزائل بالإحرام لا يعود بالتحلل بل يلزمه إرساله ولو بعده وخرج بزال ما لو لم يزل وإن أشرف على الزوال كما لو ضاع فالتقطه ملتقط وعرفه سنة ولم يملكه فحضر المالك وسلم له فلا يبه الرجوع فيه ولو وهبه الفرع لفرعه وأقبضه، ثم رجع فيه ففي رجوع الأب وجهان والذي يتجه

منهما عدم الرجوع لزوال ملكه ثم عوده سواء أقلنا إن الرجوع إبطال للهبة، أم لا، لأن القائل بالإبطال لم يرد به حقيقته وإلا لرجع في الزيادة المنفصلة (ولو زاد رجوع زيادته المتصلة)، لأنها تابعة ومنها تعلم صنعة وحرفة وحرث الأرض وإن زادت بها القيمة لا حمل عند الرجوع حدث بيده <ص: 313> وإن كان له الرجوع حالا ومثله طلع حدث ولم يتأبر على ما في الحاوي لكن رد بأن كلامهما في التفليس نقلا عن الشيخ أبي حامد يخالفه (لا المنفصلة) ككسب وأجرة فلا يرجع فيها لحدوثها بملك المتهب وليس منها حمل عند القبض وإن انفصل في يده وسكت عن النقص وحكمه أنه لا يرجع بأرشه مطلقا ويبقى غراس متهب وبنائؤه بأجرة أو يقلع بأرش، أو يملك بقيمته، وزرعه إلى الحصاد مجانا لاحترامه بوضعه له حال ملكه الأرض ولو عمل فيه نحو قصارة أو صبغ فإن زادت به قيمته شارك بالزائد وإلا فلا شيء له. (ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت، أو استرجعته أو رددته إلى ملكي، أو نقضت الهبة)، أو أبطلتها، أو فسختها وبكناية مع النية كأخذته وقبضته، لأن هذه تفيد المقصود لصراحتها فيه (لا بيعه ووقفه وهبته) بعد القبض (وإعتاقه ووطئها) الذي لم تحمل منه (في الأصح) لكمال ملك الفرع فلم يقو الفعل على إزالته وبه فارق انفساخ البيع بها في زمن الخيار، أما هبته قبل القبض فلا تؤثر رجوعا قطعاً وعليه بالاستيلاء القيمة وبالوطاء مهر المثل وهو حرام وإن قصد به الرجوع وبقاء يده عليه بعد الرجوع أمانة، لأنه لم يأخذه بحكم الضمان وبه فارق يد المشتري بعد الفسخ. (ولا رجوع لغير الأصول في هبة) مطلقة، أو (مقيدة بنفي الثواب) أي العوض للخبر السابق (ومتى وهب مطلقا) بكسر اللام وإن كان المتبادر فتحها <ص: 314> لتوقفه على تأويل بعيد بأن لم يقيد بثواب ولا عدمه (فلا ثواب) أي: عوض (إن وهب لدونه) في المرتبة الدنيوية إذ لا يقتضيه لفظ ولا عادة (وكذا) لا ثواب له وإن نواه إن وهب (لأعلى منه) في ذلك (في الأظهر) كما لو أعاره داره إلحاقا للأعيان بالمنافع، ولأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات وكذا الأثواب له نواه أو لا إن وهب (لنظيره على المذهب)، لأن القصد حينئذ الصلة وتأكيد الصداقة، والهدية كالهبة فيما ذكر وكذا الصدقة واختار الأذرعي من جهة

الدليل أن العادة متى قضت بالثواب وجب هو، أو رد الهدية وبحث أن محل التردد ما إذا لم تظهر حالة الإهداء قرينة حالية، أو لفظية دالة على طلب الثواب وإلا وجب هو، أو الرد لا محالة وهو بحث ظاهر ولو قال وهبتك ببدل فقال بل بلا بدل صدق المتهم كما مر أول القرض، لأن الأصل عدم البدل ولو أهدى له شيئاً على أن يقضي له حاجة <ص: 315> فلم يفعل لزمه رده إن بقي وإلا فبدله (فإن وجب الثواب) على الضعيف، أو على البحث المذكور لتلف الهدية أو لعدم إرادة المتهم ردها (فهو قيمة الموهوب) ولو مثلياً أي: قدرها يوم قبضه (في الأصح) فلا يتعين للثواب جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتهم وقيل يثبته إلى أن يرضى ولو بأضعاف قيمته للخبر الصحيح {أن أعرابياً وهب للنبي صلى الله عليه وسلم ناقة فأثابه عليها وقال له أرضيت قال لا فزاده إلى أن قال نعم} واختاره جمع (فإن) قلنا تجب إثابته و (لم يثبه) هو ولا غيره (فله الرجوع) في هبته لخبر {من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها} صححه الحاكم لكن رده الدارقطني، والبيهقي بأنه وهم وإنما هو أثر عن ابن عمر.

(ولو وهب بشرط ثواب معلوم) كوهبتك هذا على أن تثبني كذا فقبل (فالأظهر صحة العقد) نظراً للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم فكان كبعثك (و) من ثم (يكون بيعاً على الصحيح) فيجري فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه، والشفعة وعدم توقف الملك على القبض (أو) بشرط ثواب (مجهول فالمذهب بطلانه) لتعذر تصحيحها بيعاً لجهالة العوض وهبة لذكر الثواب بناء على الأصح أنه لا تقتضيه (ولو بعث هدية) لم يعده بالباء لجواز الأمرين كما قاله أبو علي خلافاً للتصويب الحريري تعين تعديته بها (في ظرف)، أو وهب شيئاً في ظرف من غير بعث (فإن لم تجر العادة يردده كقوصرة) بتشديد الراء في الأفصح (تمر) أي: وعائه الذي يكنز فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك إلا وهو فيه وإلا فهو زنبيل وكعلبة حلوى (فهو هدية) أو هبة (أيضاً) أي: كما فيه تحكيماً للعرف المطرد وكتاب الرسالة الذي لم تدل قرينة على عوده قال المتولي ملك للمكتوب إليه وقال غيره هو باق بملك الكاتب وللمكتوب إليه الانتفاع به على سبيل الإباحة

(تنبيه) أيضا من آض إذا رجع فهو مفعول مطلق لكن عامله يحذف وجوبا سماعا ويجوز كونه حالا حذف عاملها وصاحبها وقد يقع بين العامل ومعموله كيحل أكل الهدية ويحل أيضا استعمال ظرفها في أكلها أي: أرجع إلى الإخبار عنهم بذكر حل الأكل من ظرفها رجوعا وأخبر بما تقدم من حل أكلها حال كوني راجعا إلى الإخبار عنهم بحل الأكل من ظرفها وقد لا كما هنا أي: أرجع إلى الإخبار عنهم بحكم الظرف رجوعا أو أخبر بما تقدم من حكم المظروف حال كوني راجعا إلى الإخبار <ص: 316> بحكم الظرف فعلم أنها لا تستعمل إلا مع شيئين ولو تقديرا بخلاف جاء زيد أيضا وبينهما توافق في العامل بخلاف جاء ومات أيضا ويمكن استقلال كل منهما بالعامل بخلاف اختصم زيد وعمرو أيضا (وإلا) بأن اعتيد رده (فلا) يكون هدية بل أمانة في يده كالوديعة (ويحرم استعماله)، لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه (إلا في أكل الهدية منه إن اقتضته العادة) عملا بها ويكون عارية حينئذ ويسن رد الوعاء حالا لخبر فيه قال الأزرعي وهذا في مأكول، أما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحي فيتجه العمل في كل ناحية بعرفهم وفي كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم.

(فرع) الهدايا المحمولة عند الختان ملك للأب وقال جمع للابن فعليه يلزم الأب قبولها أي: حيث لا محذور كما هو ظاهر ومنه أن يقصد التقرب للأب وهو نحو قاض فلا يجوز له القبول كما بحثه شارح وهو متجه ومحل الخلاف إذا أطلق المهدي فلم يقصد واحدا منهما وإلا فهي لمن قصده اتفاقا ويجري ذلك فيما يعطاه خادم الصوفية فهو له فقط عند الإطلاق، أو قصده ولهم عند قصدهم وله ولهم عند قصدهما أي ويكون له النصف فيما يظهر أخذا مما يأتي في الوصية لزيد الكاتب، والفقراء مثلا وقضية ذلك أن ما اعتيد في بعض النواحي من وضع طاسة بين يدي صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم، ثم تقسم على الحالق أو الخاتن ونحوه يجري فيه ذلك التفصيل فإن قصد ذاك وحده، أو مع نظرائه المعاونين له عمل بالقصد وإن أطلق كان ملكا لصاحب الفرح يعطيه لمن شاء وبهذا يعلم أنه لا نظر هنا للعرف، أما مع قصد خلافه فواضح وأما مع الإطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والخادم

وصاحب الفرح نظرا للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع فيقدم على العرف المخالف له بخلاف ما ليس للشرع فيه عرف فإنه تحكم فيه العادة ومن ثم لو نذر لولي ميت بمال فإن قصد أنه يملكه لغا وإن أطلق فإن كان على قبره ما يحتاج للصرف في مصالحه صرف لها وإلا فإن كان عنده قوم اعتيد قصدهم بالنذر للولي صرف لهم

(تنبيهان) أحدهما لو تعارض قصد المعطي ونحو الخادم المذكور فالذي يتجه بقاء المعطي على ملك مالكه، لأن مخالفة قصد الآخذ لقصده تقتضي رده <ص: 317> لإقباضه له المخالف لقصده، ثانيهما يؤخذ مما تقرر فيما اعتيد في بعض النواحي أن محل ما مر من الاختلاف في النقوط المعتاد في الأفراح إذا كان صاحب الفرح يعتاد أخذه لنفسه، أما إذا اعتيد أنه لنحو الخاتن وأن معطيه إنما قصده فقط فيظهر الجزم بأنه لا رجوع لمعطي على صاحب الفرح وإن كان الإعطاء إنما هو لأجله، لأن كونه لأجله من غير دخول في ملكه لا يقتضي رجوعا عليه بوجه فتأمله، ولو أهدى لمن خلصه من ظالم لئلا ينقض ما فعله لم يحل له قبوله وإلا حل أي: وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض على الواجب العيني إذا كان فيه كلفة خلافا لما يوهمه كلام الأزرعي وغيره هنا، ولو قال خذ هذا واشتر لك به كذا تعين ما لم يرد التبسط أي: أو تدل قرينة حاله عليه كما مر، لأن القرينة محكمة هنا ومن ثم قالوا لو أعطى فقيرا درهما بنية أن يغسل به ثوبه أي وقد دلت القرينة على ذلك تعين له ولو شكأ إليه أنه لم يوف أجره كاذبا فأعطاه درهما، أو أعطى لظن صفة فيه، أو في نسبه فلم يكن فيه باطنا لم يحل له قبوله ولم يملكه ويكتفي في كونه أعطي لأجل ظن تلك الصفة بالقرينة ومثل هذا ما يأتي آخر الصداق مبسوطا من أن من دفع لمخطوبته، أو وكيلها أو وليها طعاما، أو غيره ليتزوجها فرد قبل العقد رجوع على من أقبضه وحيث دلت قرينة أن ما يعطاه إنما هو للحياء حرم الأخذ ولم يملكه قال الغزالي إجماعا وكذا لو امتنع من فعل أو تسليم ما هو عليه إلا بمال كتزويج بنته بخلاف إمساكه لزوجته حتى تبرئه، أو تفتدي بمال ويفرق بأنه هنا في مقابلة البضع المتقوم عليه بمال.

كتاب اللقطة

بضم فسكون أو فتح وهو الأفصح ويقال لقاطة بضم اللام ولقط بفتح أوليه وهي لغة ما يؤخذ بعد تطلب وشرعا مال ومنه ركاز بقيده السابق فيه أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يحرز ولا عرف الواجد مستحقه ولا امتنع بقوته فما وجد بمملوك لمالكة فإن لم يدعه أول مالك فلقطة نعم ما وجد بدار حرب ليس بها مسلم وقد دخلها بغير أمان غنيمة أو به فلقطة وما ألقاه نحو ربح أو هارب <ص: 318> لا يعرفه بنحو حجره أو داره وودائع مات عنها مورثه ولا تعرف ملاكها مال ضائع لا لقطة خلافا لما وقع في المجموع في الأولى أمره للإمام فيحفظه أو ثمنه إن رأى بيعه أو يقترضه لبيت المال إلى ظهور مالكة إن توقعه وإلا صرفه لمصارف بيت المال وحيث لا حاكم أو كان جائزا فعل من هو بيده فيه ذلك كما مر نظيره قال الماوردي ولو وجد لؤلؤا بالبحر خارج صدفه كان لقطة، لأنه لا يوجد خلقة في البحر إلا داخل صدفه وظاهره أنه لا فرق بين المثقوب وغيره لكن قال الروياني في غير المثقوب إنه لو وجد قطعته عنبر في معدنه كالبحر وقربه وسمكة أخذت منه فهو له وإلا فلقطة وزعم أن البحر ليس معدنه ممنوع فقد نص الشافعي رضي الله تعالى عنه على أنه ينبت في البحر قال جمع وما أعرض عنه من حب في أرض الغير فنبت يملكه مالكة ومن اللقطة إن تبدل نعله بغيرها فيأخذها فلا يحل له استعمالها إلا بعد تعريفها بشرطه أو تحقق إعراض المالك عنها فإن علم أن صاحبها تعمد أخذ نعله جاز له بيعها ظفرا بشرطه وأجمعوا على جواز أخذها في الجملة لأحاديث فيها يأتي بعضها مع أن الآيات الشاملة للبر والإحسان تشملها وعقبها للهبة، لأن كلا تمليك بلا عوض وغيره لإحياء الموات، لأن كلا تمليك من الشارع ويصح تعقيبها للقرض، لأن تملكها اقتراض من الشارع وأركانها لاقط ولقط وملقوط وستعلم من كلامه وفي اللقط معنى الأمانة إذ لا يضمناها والولاية على حفظها كالولي في مال المحجور والاكْتساب بتملكها بشرطه وهو الم أغلب فيها (يستحب الالتقاط لوائح بأمانة نفسه) لما فيه من البر بل قال جمع يكره تركه لئلا يقع في يد خائن

(وقيل يجب) حفظا لمال الآدمي كنفسه وأجيب بأنها أمانة أو كسب وكل منهما لا يجب ابتداء وقال جمع بل نقل عن الجمهور إن غلب على ظنه ضياعها لو تركها وجب وإلا فلا واختاره السبكي وخصه الغزالي بما إذا لم يكن عليه تعب في حفظها ولا يضمن وإن أثم بالترك وبحث الزركشي تقييد محل الخلاف بما إذا لم يتعين وإلا بأن لم يكن ثم غيره وجب كنظيره في الوديعة بل أولى، لأن تلك بيد مالكةا ورد بأن شرط الوجوب ثم أن يبذل له المالك أجرة عمله وحرزه وهذا لا يتأتى هنا (ولا يستحب لغير واثق) بأمانة نفسه مع عدم فسقه <ص: 319> خشية الضياع أو طرو الخيانة وقول ابن الرفعة أن التعبير بخائف على نفسه يفارق هذا، لأن الخوف أقوى في التوقع رده السبكي بأنه لا فرق بينهما أي من حيث إن المدار كما هو ظاهر على أن يكون أو يطراً عليه ما يتولد عنه ولو احتمالاً لكن قريبا ضياعها (ويجوز) له مع ذلك الالتقاط (في الأصح)، لأن خيانتة لم تتحقق وعليه الاحتراز أما إذا علم من نفسه الخيانة فيحرم عليه أخذها كالوديعة

(ويكره) تنزيها وقيل تحريماً الالتقاط (لفاسق) ولو بنحو ترك صلاة وإن علمت أمانته في الأموال كما شمله إطلاقهم، لأنه قد يخون فيها وبحث الزركشي كالأذرعى أن محل الخلاف إذا خيف هلاكها لو تركها وإلا حرم قطعاً وفيه نظر (والمذهب أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط) بل يسن ولو لعدل كالوديعة، ولأنه يمتنع به من الخيانة ووارثه من أخذها اعتماداً لظاهر اليد ولا يستوعب فيه صفاتها بل بعضها الآتي ذكره في التعريف ولو خشى منه علم ظالم بها وأخذه لها امتنع وقيل يجب واختير لخبر صحيح بالأمر به من غير معارض له بل قال الأذرعى لو جزم بوجوبه على غير الواثق بأمانة نفسه لاتجه وإنما وجب في اللقيط، لأن أمر النسب أهم وتسن الكتابة عليها أنها لقطة وقيل تجب (و) المذهب (أنه يصح التقاط الفاسق) قال الزركشي وليست هذه مكررة مع قوله ويكره لفاسق فإن المراد بالصحيح هنا أن أحكام اللقطة هل تثبت له وإن منعناه الأخذ (و) التقاط (الصبي) والمجنون والمحجور عليه بسفه، لأن المذهب فيها معنى الاكتساب لا الأمانة والولاية وبهذا يتبين ما في قول الأذرعى المراد بالفاسق من لا يوجب فسقه حجراً عليه في ماله (و) التقاط المرتد و (الذمي)

والمعاهد والمستأمن (في دار الإسلام) وإن لم يكن عدلا في دينه <ص: 320> على الأوجه لذلك وخرج بها دار الحرب ففيها تفصيل مر (ثم الأظهر) بناء على صحة التقاط الفاسق ومثله فيما يأتي الكافر قال الأذرعى إلا العدل في دينه (أنه ينزع) الملتقط (من الفاسق) وإن لم يخش ذهابه به (ويوضع عند عدل)، لأن مال والده لا يقر في يده فأولى غيره والمتولي للوضع والنزع القاضي كما هو معلوم (و) الأظهر (أنه لا يعتد بتعريفه) كالكافر (بل يضم إليه رقيب) عدل يراقبه عند تعريفه.

وقال جمع بل يعرف معه وذلك لئلا يفرط في التعريف فإذا تم التعريف تملكها قال الماوردي وأشهد عليه الحاكم بغرمها إذا جاء صاحبها ومؤنته عليه وكذا أجرة المضموم إليه حيث لم يكن في بيت المال شيء وله بعد التعريف التملك ولو ضعف الأمين عنها لم تنزع منه بل يعضده الحاكم بأمين يقوى به على الحفظ والتعريف (وينزع) وجوبا (الولي لقطة الصبي) والمجنون والسفيه لحقه وحق المالك وتكون يده نائبة عنه ويستقل بذلك <ص: 321> (ويعرف) ويراجع الحاكم في مؤنة التعريف ليقترض أو يبيع له جزءا منها وكان الفرق بين هذا وما يأتي أن مؤنة التعريف على المتملك وجوب الاحتياط لمال الصبي ونحوه ما أمكن ولا يصح تعريف الصبي والمجنون قال المدارمي إلا إن كان الولي معه والأذرعى إلا إن راهق ولم يعرف بكذب بخلاف السفيه الغير الفاسق فإنه يصح تعريفه، لأنه يوثق بقوله دونهما (ويتملكها للصبي) أو نحوه (إن رأى ذلك) مصلحة له وذلك (حيث يجوز الاقتراض له)، لأن تملكها كالاقتراض فإن لم يره حفظها أو سلمها للقاضي الأمين (ويضمن) في مال نفسه ولو الحاكم فيما يظهر خلافا للزركشي ومن تبعه (إن قصر في انتزاعه) أي الملتقط من المحجور (حتى تلف) أو أتلف (في يد الصبي) أو نحوه لتقصيره كما لو ترك ما احتطبه حتى تلف أو أتلف ثم يعرف التالف أما إذا لم يقصر بأن لم يشعر بها فأتلفها نحو الصبي ضمنها في ماله دون الولي وإن تلفت لم يضمنها أحد وللولي وغيره أخذها منه التقاطا ليعرفها ويتملكها ويبرأ الصبي حينئذ من ضمانها (والأظهر بطلان التقاط العبد) <ص: 322> أي القن الذي لم يأذن له سيده ولم ينهه وإن نوى سيده، لأنه يعرضه للمطالبة ببدلها لوقوع الملك له، ولأن فيه شائبة

ولاية وتملك وليس من أهلها وبه يفرق بينه وبين نحو الفاسق فإنهم وإن انتفت عنهم الشائبة الأولى فيهم أهلية للشائبة الثانية على أن المقلب معنى الاكتساب أما إذا أذن له ولو في مطلق الاكتساب فيصح وإن نهاه لم يصح قطعاً (ولا يعتد بتعريفه) إذا بطل التقاطه، لأن يده ضامنة وحينئذ لا يصح تملكه ولو لسيدته بإذنه وإذا لم يصح التقاطه فهو مال ضائع (فلو أخذه) أي الملتقط (سيدته) أو غيره (منه) كان التقاطاً) من الآخذ فيعرف ويتملك ويسقط الضمان عن العبد ولسيدته أن يقره بيده ويستحفظه إياه إن كان أميناً وإلا ضمنه لتعديده بإقراره معه حينئذ فكأنه أخذه منه ورده إليه ويتعلق الضمان بسائر أمواله ومنها رقبة العبد فيقدم صاحبها برقبته فإن لم يعلم تعلق برقبة العبد فقط ولو عتق قبل أن يؤخذ منه جاز له تملكه إن بطل الالتقاط وإلا فهو كسب قنه فله أخذه ثم تعريفه ثم تملكه (قلت المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة)، لأنه كالحر في الملك والتصرف فيعرف ويتملك ما لم يعجز قبل التملك <ص: 323> وإلا أخذها القاضي لا السيد وحفظها لمالكها أما المكاتب كتابة فاسدة فكالغن (و) التقاط (من بعضه حر)، لأنه كالحر فيما ذكر (وهي) أي اللقطة (له) (ولسيدته) يعرفانها ويتملكانها بحسب الحرية والرق إن لم يكن بينهما (فإن كان) بينهما (مهاياًة) بالهمز أي مناوية (ف) اللقطة بعد تعريفها وتملكها (لصاحب النوبة) منهما المتي وجدت اللقطة فيها (في الأظهر) بناء على الأصح من دخول الكسب النادر في المهاياة ولو تخلل مدة تعريف المبعوض نوبة السيد ولم يأذن له فيه أناب من يعرف عنه على الأوجه ولو تنازعا فيمن وجدت في يده صدق من هي بيده كما دل عليه النص فإن لم تكن بيد واحد منهما كانت بينهما فيما يظهر بعد أن يحلف كل للآخر (وكذا حكم سائر النادر) أي باقيه (من الأكساب) كالهبة بأنواعها والوصية والركاز، لأن مقصود المهاياة التفاضل وأن يختص كل بما في نوبته (و) من (المؤن) كأجرة طبيب وحجام إلخا للغرم بالغنم وظاهر كلام شارح أن العبرة في الكسب بوقت وجوده وفي المؤن بوقت وجود سببها كالمرض وفيه نظر والذي يتجه أنهما سواء <ص: 324> فيعتبر وقت الاحتياج للمؤن وإن وجد سببها في نوبة الآخر (إلا أرش الجناية) منه أو عليه الواقعة في نوبة أحدهما (والله أعلم) فلا

يدخل لتعلقه بالرقبة وهي مشتركة واعتراض حمل المتن على الثانية، لأنها مبحوثة لمن بعده يرد بأن كلامه إذا صلح لها بان أنها غير مبحوثة لمن ذكر وإن لم توجد في كلام غيره

(فصل) في بيان لقط الحيوان وغيره وتعريفهما (الحيوان المملوك) ويعرف ذلك بكونه موسوماً أو مقرطاً مثلاً (الممتنع من صغار السباع) كذئب ونمر وفهد ونوزع فيه بأن هذه من كبارها وأجيب بحملها على صغيرها أخذاً من كلام ابن الرفعة ويرد بأن الصغر من الأمور النسبية فهذه وإن كبرت في نفسها هي صغيرة بالنسبة للأسد ونحوه (بقوة كبعير وفرس) وحمار وبغل (أو بعدو كأرنب وظبي أو طيران كحمام إن وجد بمفازة) ولو أمانة وهي المهلكة قيل سميت بذلك على القلب تفاقماً وقال ابن القطاع بل هي من فاز هلك ونجا فهو ضد فهي مفعلة من الهلاك (فللقاضي) أو نائبه (التقاطه للحفظ)، لأن له ولاية على أموال الغائبين ولا يلزمه وإن خشي ضياعه كما اقتضاه كلامه بل قال السبكي إذا لم يخش ضياعه لا ينبغي أن يتعرض له والأذرعى يجب الجزم <ص: 325> بتركه إذا اكتفى بالرعي وأمن عليه ولو أخذه احتاج إلى الإنفاق عليه قرصاً على مالكه واحتاج مالكه لإثبات أنه ملكه وقد يتعذر عليه ذلك وقال القاضي يبيعه حيث لا حمى ويحفظ ثمنه، لأنه الأنفع نعم ينتظر صاحبه يوماً أو يومين إن جوز حضوره، والذي يتجه تخيير القاضي بين الثلاثة وقضية لزوم العمل بالأصلح في مال الغائب تعين الأصلح عليه هنا (وكذا لغيره) من الآحاد أخذه للحفظ من المفازة (في الأصح) صيانة له ومن ثم جاز له ذلك في زمن الخوف قطعاً وامتنع إذا أمن عليه أي يقينا قطعاً كما في الوسيط ومحلّه كما اعتمده في الكفاية إن لم يعرف صاحبه وإلا جاز له أخذه قطعاً ويكون أمانة بيده (ويحرم) على الكل (التقاطه) زمن الأمن من المفازة (للملك) للنهي عنه في ضالة الإبل وقيس بها غيرها بجامع إمكان عيشها بلا راع إلى أن يجدها مالكها لتطلبه لها فإن أخذه ضمنه ولم يبرأ إلا برده للقاضي أما زمن النهب فيجوز التقاطه للملك قطعاً في الصحراء وغيرها قيل هذا إن لم يكن عليه أمتعة وإلا ولم يمكن أخذها إلا بأخذه فالظاهر أن له

حينئذ أخذه للتملك تبعاً لها، ولأن وجودها عليه وهي ثقيلة تمنعه من ورود الماء والشجر والفرار من السباع وقد يفرق بين الأمتعة الخفيفة والثقيلة وهو الأوجه انتهى وفيه نظر واضح إذ لا تلازم بين أخذها وأخذها ولا يلزم من أخذها وهي عليه وضع يده عليه فيتخير في أخذها بين التملك والحفظ وهو لا يأخذ إلا للحفظ ودعوى أن وجودها ثقيلة عليه صيره كغير الممتنع ممنوعة وخرج بالمملوك غيره ككلب يقتنى فيحل التقاطه وله الاختصاص والانتفاع به بعد تعريفه والبعير المقلد تقليد الهدي لواجده أيام منى أخذه وتعريفه فإن خشي خروج وقت النحر نحره وفرقه ويسن له استئذان الحاكم وكان سبب تجويزهم ذلك في مال الغير بمجرد التقليد مع أنه لا يزول به ملكه قوة القرينة المغلبة على الظن أنه هدي مع التوسعة به على الفقراء وعدم تهمة الواجد.

فإن المصلحة لهم لا له فاندفع ما لشارح هنا وظاهر أنه لو ظهر صاحبه وقال إنه غير هدي صدق بيمينه >ص: 326< وحينئذ فالقياس أن الذابح يستقر عليه ما بين قيمته حيا ومذبوحا، لأنه الذي فوته بذبحه والأكلين تستقر عليهم قيمة اللحم والذابح طريق ورجح الزركشي من تردد له في موقوف وموصى بمنفعته أبدا لم يعلم مستحقهما أنه لا يتملك والذي يتجه في الأول جواز تملك منفعته بعد التعريف، لأنها مملوكة للموقوف عليه فهي من حيز الأموال المملوكة وفي الثاني جواز تملكها كرقبته، لأنهما مملوكان، الرقبة للوارث والمنفعة للموصى له (وإن وجد) الحيوان المذكور (بقرية) مثلا أو قريب منها أي عرفا بحيث لا يعد في مهلكة فيما يظهر (فالأصح جواز التقاطه) في غير الحرم والأخذ بقصد الخيانة (للتملك) لسوق أيدي الخونة إليه هنا دون المفازة لندرة طروقها ولاعتياد إرسالها فيها بلا راع فلا تكون ضالة بخلاف العمران وقد يمتنع التملك كالبعير المقلد وكما لو دفعها للقاضي معرضا عنها ثم عاد لإعراضه المسقط لحقه

(وما لا يمتنع منها) أي من صغار السباع (كشاة) وعجل وفصيل وكسير إبل وخيل (يجوز التقاطه) للحفظ و (للتملك في القرية والمفازة) زمن الأمن والنهب ولو لغير القاضي كما اقتضاه إطلاق الخبر وصونا له عن الضياع (ويتخير أخذه) أي المأكول للتملك (من مفازة) بين ثلاثة أمور (فإن

شاء عرفه) وينفق عليه (وتملكه) بعد التعريف كغيره (أو باعه) بإذن الحاكم إن وجدته بشرطه الآتي (وحفظ ثمنه) كالأكل بل أولى (وعرفها) أي اللقطة بعد بيعها لا الثمن ولذا أنت الضمير هنا حذرا من إيهام عوده على الثمن وذكره في أكله، لأنه لا إيهام فيه (ثم تملكه) أي الثمن (أو) تملكه حالا ثم (أكله) إن شاء إجماعا ويفرق بين احتياجه لإذن الحاكم في البيع لا هنا كما يصرح به كلامهم بأن البيع فيه رعاية مصلحة المالك وهي منوطة بنظر الحاكم والتملك المصلحة فيه الناجزة للملتقط فقط فلم يتوقف على نظر حاكم ولا يجوز له أكله قبل تملكه نظير ما يأتي فيما يسرع فساده. (وغرم قيمته) يوم تملكه لا أكله كما يصرح به آخر الباب خلافا لمن وهم فيه لمالكة (إن ظهر مالكة) ولا يجب تعريفه في هذه الخصلة على الظاهر عند الإمام <ص: 327> وسيأتي عنه نظيره بما فيه وعلل ذلك بأن التعريف إنما يراد للتملك وهو قد وقع قبل الأكل واستقر به بدله في الذمة ومن ثم لم يلزمه إفرازه بل لا يعتد به، لأن بقاءه بدمته أحفظ وليس له بيع بعضه للإنفاق لئلا تستغرق النفقة باقيه ولا الاستقراض على المالك لذلك وفارق ما مر في هرب الجمال بأنه ثم يتعذر بيع العين ابتداء لتعلق الإجارة بها وعدم الرغبة فيها غالبا حينئذ ولا كذلك اللقطة ولا يرجع بما أنفق إلا إن أذن له الحاكم إن أمكنت مراجعته وإلا كان خاف عليه أو على ماله فيما يظهر أشهد على أنه ينفق بنية الرجوع وأولاهن الأولى، لأن فيها حفظ العين على مالكة ثم الثانية لتوقف استباحة الثمن على التعريف والأكل تتعجل استباحته قبله ومحل ذلك إن لم يكن أحدهما أحظ للمالك وإلا تعين كما قاله الماوردي ويؤيده ما يأتي بل وزاد رابعة هي تملكها حالا ليستبقها حية لدر أو نسل، لأنه أولى من الأكل وله إبقاؤه لمالكة أمانة إن تبرع بإنفاقه <ص: 328>

(فرع) أعيا بغيره مثلا فتركه فقام به غيره حتى عاد لحاله ملكه عند أحمد والليث ورجع بما صرفه عنه مالك وعندنا لا يملكه ولا يرجع بشيء إلا إن استأذن الحاكم في الإنفاق أو أشهد عند فقده أنه ينفق بنية الرجوع أو نوى فقط عند فقد الشهود، لأن فقدهم هنا غير نادر كما علم مما مر آخر الإجارة ومن أخرج متاعا غرق ملكه عند الحسن البصري ورد بالإجماع على خلاف (فإن أخذه من العمران)

أو كان غير مأكول (فه الخصلتان الأوليان لا الثالثة) وهي الأكل (في الأصح) لسهولة البيع هنا لا ثم ولمشقة نقلها إلى العمران وقضيته أنه لو نقله للعمران فيما مر امتنع الأكل (ويجوز أن يلتقط) من يصح التقاطه في زمن الأمن والخوف ولو للتملك (عبدا) أي قنا (لا يميز) ومميزا لكن في زمن الخوف لا الأمن، لأنه يستدل على سيده نعم يمتنع التقاط أمة تحل له للتملك مطلقا وحيث جاز له التقاط القن فه الخصلتان الأوليان وينفقه من كسبه إن كان وإلا فكما مر وصور الفارقي معرفة رقه دون مالكة بأن تكون به علامة دالة على الرق كعلامة الحبشة والزنج ونظر فيه غيره ثم صورته بما إذا عرف رقه أو لا وجهل مالكة ثم وجده ضالا ولو ظهر مالكة بعد تملك الملتقط وبصرفه فادعى عتقه أو نحو بيعه قبله صدق بيمينه وبطل التصرف (ويلتقط غير الحيوان) من الجماد كالنقد وغيره حتى الاختصاص <ص: 329> كما مر (فإن كان يسرع فساده كهريسة) ورطب لا يتتمر تخير بين خصلتين فقط (فإن شاء باعه) بإذن الحاكم إن وجده ولم يخف منه عليه كما هو ظاهر وإلا استقل به فيما يظهر (وعرفه) بعد بيعه لا ثمنه (ليتملك ثمنه وإن شاء تملكه) باللفظ لا النية هنا وفيما مر كما هو ظاهر مما يأتي (في الحال وأكلاه)، لأنه معرض للهلاك ويجب فعل الأحظ منهما نظير ما يأتي ويمتنع إمساكه لتعذره (وقيل إن وجده في عمران وجب البيع) لتيسره وامتنع الأكل نظير ما مر وفرق الأول بأن هذا يفسد قبل وجود مشتر وإذا أكل لزمه التعريف للمأكول إن وجده بعمران لا صحراء نظير ما مر ونازع فيه الأذرعى بأن الذي يفهمه إطلاق الجمهور وجوبه مطلقا قال ولعل مراد الإمام القائل بالأول وصححه في الشرح الصغير أنه لا يعرف بالصحراء بدليل قوله، لأنه لا فائدة فيه بخلاف العمران (وإن أمكن بقاؤه بعلاج كرطب يتجفف) وجبت رعاية الأغبط للمالك لكن بعد مراجعة القاضي فيه كما بحثه الأذرعى فلا يستقل به (فإن كانت الغبطة في بيعه بيع) جميعه بإذن الحاكم إن وجده بقيده السابق (أو) كانت الغبطة (في تجفيفه) أو استوى الأمران (وتبرع به الواجد) أو غيره (جففه وإلا) يتبرع به أحد (بيع بعضه) المساوي لمؤنة التجفيف (لتجفيف الباقي) طلبا للأحظ كولي اليتيم وإنما باع كل الحيوان لئلا يأكله كله كما مر

والعمران هنا نحو المدرسة والمسجد والشارع إذ هي والموات محال اللقط لا غير <ص: 330> كما مر (ومن أخذ لقطه للحفظ أبدا) وهو أهل للالتقاط (فهي) كدرها ونسلها (أمانة بيده)، لأنه يحفظها لمالكها كالوديع ومن ثم ضمنها إذا قصر كان ترك تعريفه لزمه على ما يأتي ومحلها كما بحثه الأذرعى وسيأتي عن النكت وغيرها ما يصرح به حيث لم يكن له عذر معتبر في تركه أي كخشية أخذ ظالم لها وكذا الجهل بوجوبه إن عذر به على الأوجه (فإن دفعها إلى القاضي لزمه القبول) حفظا لها على صاحبها، لأنه ينقلها إلى أمانة أقوى وإنما لم يلزمه قبول الوديعة حيث لا ضرورة لإمكان ردها لمالكها مع أنه المتزم بالحفظ له وكذا لو أخذ للتملك ثم تركه وردها له يلزمه القبول وظاهر أنه لا يجوز دفعها لقاض غير أمين وأنه لا يلزمه القبول وأن الدافع له يضمنها (ولم يوجب الأكثرون التعريف) في غير لقطه الحرم (والحالة هذه) أي كونه أخذها للحفظ، لأن الشرع إنما أوجبه لأجل أن له التملك بعده. وقال الأقلون يجب أي حيث لم يخف أخذ ظالم لها كما يعلم مما يأتي لئلا يفوت الحق بالكتم واختاره وقواه في الروضة وصححه في شرح مسلم واعتمده الأذرعى، لأن صاحبها قد لا يمكنه إنشادها لنحو سفر أو مرض ويمكن الملتقط التخلص عن الوجوب بالدفع للقاضي الأمين فيضمن بترك التعريف أي بالعزم على تركه من أصله ولا يرتفع ضمانه به لو بدا له بعد قال ولا يلزمه مؤنة التعريف في ماله على القولين خلافا لما نقله الغزالي أن المؤنة تابعة للوجوب <ص: 331> ولو بدا له قصد التملك أو الاختصاص عرفها سنة من حينئذ ولا يعتد بما عرفه قبله أما إذا أخذها للتملك أو الاختصاص فيلزمه التعريف جزما (فلو قصد بعد ذلك) أي أخذها للحفظ وكذا بعد أخذها للتملك (خيانة لم يصر ضامنا) بمجرد القصد (في الأصح) فإن انضم لقصد ذلك استعمال أو نقل من محل لآخر ضمن كالوديع فيها ويؤخذ منه أنه يأتي هنا جميع ما يأتي ثم في مسائل الاستعمال والنقل ونحوهما وإذا ضمن في الأثناء بخيانة ثم ألق وأراد أن يعرف ويتملك جاز وإنما لم يعد الوديع أمينا بغير استئمان ثان من المالك لجواز الوديعة فلم تعد بعد رفعها بغير عقد بخلاف اللقطه. وخرج بالأثناء ما في قوله (وإن أخذ) ها (بقصد خيانة فضا من)

لقصده المقارن لأخذه وبيراً بالدفع لحاكم أمين (وليس له بعده أن يعرف ويتملك) أو يختص (على المذهب) نظراً للابتداء، لأنه غاصب (وإن أخذ) ها (ليعرف ويتملك) بعد التعريف (ف) هي (أمانة) بيده (مدة التعريف وكذا بعدها ما لم يختر التملك في الأصح) كما قبل مدة التعريف وإن أخذها لا يقصد حفظ ولا تملك أو لا يقصد خيانة ولا أمانة أو يقصد أحدهما ونسيه فأمانة وله تملكها بشرطه اتفاقاً وقضية كلام شارح هنا أنه يكون أميناً في الاختصاص ما لم يختص به فيضمنه حينئذ كما في التملك وهو غفلة عما مر في الغصب إن الاختصاص يحرم غصبه ولا يضمن إن تلف أو أتلف (و) عقب الأخذ (يعرف) بفتح أوله ندبا على الأوجه وفاقاً للأذرعى وغيره وخلافاً لابن الرفعة محل التقاطها و (جنسها وصفتها) الشامل لنوعها (وقدرها) بعدد أو ذرع أو كيل أو وزن (وعفاصها) أي وعاءها توسعاً إذ أصله جلد يلبس رأس القارورة كذا قال شارح وفيه نظر فإن عبارة القاموس صريحة في أنه مشترك بين الوعاء الذي فيه النفقة جلداً أو خرقة <ص: 332> وغلاف القارورة والجلد الذي يغطى به رأسها (ووكاءها) بكسر أوله وبالمد أي خيطها المشدودة به لأمره صلى الله عليه وسلم بمعرفة هذين وقيس بهما غيرهما لئلا تختلط بغيرها وليعرف صدق واصفها ويسن تقييدها بالكتابة كما مر خوف النسيان. أما عند تملكها فتجب معرفة ذلك على الأوجه ليخرج منه لمالكها إذا ظهر (ثم) بعد معرفته ذلك (يعرفها) بضم أوله وجوبا أو ندبا على ما مر بنفسه أو نائبه من غير أن يسلمها له العاقل الذي لم يشتهر بالمجون والخلاعة ولو غير عدل إن وثق بقوله ولو محجوراً عليه بسفه وافهم قوله ثم إنه لا تجب المبادرة للتعريف وهو ما صحاه لكن خالف فيه القاضي أبو الطيب فقال يجب فوراً واعتمده الغزالي قيل قضية الأول جواز التعريف بعد عشرين سنة وهو في غاية البعد والظاهر أن مراده بذلك عدم الفورية المتصلة بالتقاطها وتوسط الأذرعى فقال لا يجوز تأخيرها عن زمن تطلب فيه عادة ويختلف بقلتها وكثرتها ووافقه البلقيني فقال يجوز التأخير ما لم يغلب على ظنه فوات معرفة المالك به ولم يتعرضوا له انتهى وقد تعرض له في النهاية فإنه حكى فيها وجهاً أن التعريف ينفع وإن نسيت اللقطة وإن ذلك التأخير يتجبر بأن يذكر في

التعريف وقت وجدانها وجوبا وأن من قال ندبا فقد تساهل فالحاصل أنه متى آخر حتى ظن نسيانها ثم عرف وذكر وقت وجدانها جاز وإلا فلا وأن ما مر عن الشيخين مقيد بذلك. وعن الأذرعى والبلقيني قوي مدركا لا نقلا وفي نكت المصنف كالجيلي أنه لو غلب على ظنه أخذ ظالم لها حرم التعريف وكانت بيده أمانة أبدا <ص: 333> أي فلا يملكها بعد السنة كما أفتى به الغزالي لكن أفتى ابن الصباغ بأنه لو خشي من التعريف استئصال ماله عذر في تركه وله تملكها بعد السنة والأول أوجه (في الأسواق) عند قيامها (وأبواب المساجد) عند خروج الناس منها، لأنه أقرب إلى وجدانها ويكره تنزيها مع رفع الصوت كما في شرح المهذب وقيل تحريما وانتصر له غير واحد بل حكى فيه الماوردي الاتفاق بمسجد كإنشادها فيه واستثنى الماوردي والشاشي المسجد الحرام والفرق أنه لا يمكن تملك لقطعة الحرم فالتعريف فيه محض عبادة بخلاف غيره فإن المعرف منهم بقصد التملك وبه يرد على من ألحق به مسجد المدينة والأقصى وعلى تنظير الأذرعى في تعميم ذلك لغير أيام الموسم (ونحوها) من المجمع والمحافل ومحاط الرحال لما مر وليكن أكثره بمحل وجودها ولا يجوز له السفر بها بل يعطيها بأمر القاضي من يعرفها وإلا ضمن نعم لمن وجدها بالصحراء تعريفها بمقصده قرب أم بعد استمر أم تغير وقيل يتعين أقرب البلاد لمحلها واختير. وإن جازت بمحلها قافلة تبعها وعرفها (فرع) وجد بيته درهما مثلا وجوز أنه لمن يدخلونه عرفه لهم كاللقطة قاله القفال ويجب في غير الحقير الذي لا يفسد بالتأخير أن يعرف للحفظ بناء على ما مر من وجوب التعريف فيه أو للتملك (سنة) من أول وقت التعريف للخبر الصحيح فيه ولو وجدها اثنان عرفها سنة ولو منفردين عند السبكي، لأن قسمتها إنما تكون عند التملك لا قبله وكل سنة عند ابن الرفعة <ص: 334>، لأنه في النصف كلقطة كاملة وهو المتجه نعم لو أناب أحدهما الآخر اعتد بتعريفه عنهما فيما يظهر ويظهر أيضا أنه لو عرف أحدهما سنة دون الآخر جاز له تملك نصفها وطلب القسمة وقد يجب التعريف سنتين على واحد بأن يعرف سنة قاصدا الحفظ بناء على أن التعريف حينئذ واجب ثم يرد التملك فيلزمه من حينئذ سنة أخرى ولا

يشترط استيعاب السنة كلها بل يكون (على العادة) زمنا ومحلا وقدرا (يعرف أولا كل يوم) مرتين (طرفي النهار) أسبوعا (ثم كل يوم مرة) طرفه إلى أن يتم أسبوع آخر (ثم كل أسبوع مرة أو مرتين) أي إلى أن يتم سبعة أسابيع أخذا مما قبله. (ثم) في (كل شهر) مرة بحيث لا ينسى أن الأخير تكرر للأول ويزيد في الأزمنة الأول، لأن تطلب المالك فيها أكثر وتحديد المرتين وما بعدهما بما ذكر أوجه من قول شارح مرادهم أنه في ثلاثة أشهر يعرف كل يوم مرتين وفي مثلها كل يوم مرة وفي مثلها كل أسبوع مرة وفي مثلها كل شهر مرة

(تنبيه) الظاهر أن هذا التحديد كله للندب لا للوجوب كما يفهمه ما يأتي أنه يكفي سنة مفرقة على أي وجه كان التفريق بقيده الآتي (ولا تكفي سنة متفرقة) كان يفرق اثني عشر شهرا من اثني عشر سنة (في الأصح)، لأن المفهوم من السنة في الخبر التوالي وكما لو حلف لا يكلم زيدا سنة (قلت الأصح تكفي والله أعلم) لإطلاق الخبر وكما لو نذر صوم سنة ويفرق بين هذا والحلف بأن القصد به الامتناع والزجر وهو لا يتم إلا بالتوالي ومحل هذا إن لم يفحش التأخير بحيث ينسى التعريف الأول وإلا وجب الاستئناف أو ذكر وقت الوجدان أخذا مما مر في تأخير أصل التعريف إذ لا فرق بينه وبين هذا ولو مات الملتقط أثناء التعريف بنى وارثه كما بحثه الزركشي وأبو زرعة ورد قول شيخه البلقيني. الأقرب الاستئناف كما لا يبنى على حول مورثه في الزكاة بحصول المقصود هنا لا ثم لانقطاع حول المورث بخروج الملك عنه بموته فيستأنف الموارث الحول لابتداء ملكه. (ويذكر) ندبا (بعض أوصافها) في التعريف كجنسها وعفاصها ووكائنها ومحل وجدانها، لأنه أقرب لوجدانها ولا يستوعبها أي يحرم عليه ذلك لئلا يعتمدها كاذب فإن فعل ضمن كما صحه في الروضة، لأنه قد يرفعه <ص: 335> إلى من يلزمه الدفع بالصفات وإذا ذكر الجنس لم تجز الزيادة عليه على ما اعتمده الأذرعي (ولا تلزمه مؤنة التعريف إن أخذ لحفظ) أو لا لحفظ ولا لتملك أو اختصاص، لأنه لمصلحة المالك (بل يرتبها القاضي من بيت المال) قرضا كما قاله ابن الرفعة واعترض بأن قضية كلامهما أنه تبرع واعتمده الأذرعي (أو يقترض) من اللاقط أو غيره (على المالك) أو يأمر الملتقط

به ليرجع على المالك أو يبيع جزءا منها إن رآه نظير ما مر في هرب الجمال فيجتهد ويلزمه فعل الأخط للمالك من هذه الأربعة فإن عرف من غير واحد مما ذكر فمتبرع وظاهر المتن وأصله جريان ذلك أوجبنا التعريف أو لا وصرح به جمع واعتمده محققو المتأخرين ويوافقه كلام الروضة وأصلها. وهو إن قلنا لا يجب التعريف فهو متبرع إن عرف وإن قلنا يجب فليس عليه مؤنته بل يرفع الأمر إلى القاضي وذكر ما في المتن وهو صريح فيما ذكر وبه صرح الأذرعى فقال لا تلزمه مؤنة التعريف في ماله على القولين خلافا لما نقله الغزالي أن المؤنة تابعة للوجوب (وإن أخذ) رشيد (للملك) أو الاختصاص ابتداء أو في الأثناء ولو بعد لقطه للحفظ (لزمته) مؤنة التعريف وإن لم يتملك بعد، لأن الحظ له في ظنه حالة التعريف (وقيل إن لم يتملك فعلى المالك) لعود الفائدة له قيل الأولى في حكاية هذا ليوافق ما في الروضة وقيل إن ظهر للمالك فعليه ليشمل ظهوره بعد التملك أما غير الرشيد فلا يخرج وليه مؤنته من ماله وإن رأى التملك له أخط بل يرفعها للحاكم <ص: 336> لبيع جزءا منها لمؤنته وإن نازع فيه الأذرعى (والأصح أن الحقيق) قيل هو دينار وقيل درهم وقيل وزنه وقيل دون نصاب السرقة والأصح عندهما أنه لا يتقدر بل ما يظن أن صاحبه لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالبا. (لا يعرف سنة)، لأن فاقده لا يتأسف عليه سنة وأطال جمع في ترجيح المقابل بأنه الذي عليه الأكثرون والموافق لقولهما أن الاختصاص يعرفه سنة ثم يختص به ويرد بأن الكلام كما هو ظاهر في اختصاص عظيم المنفعة يكثر أسف فاقده عليه سنة غالبا (بل) الأصح أنه لا يلزمه أن يعرفه إلا (زمننا يظن أن فاقده يعرض عنه) بعده (غالبا) ويختلف باختلافه فدائق الفضة حالا والذهب نحو ثلاثة أيام وبقولي بعده الدال عليه السياق اندفع ما قيل الأولى أن يقول لا يعرض عنه أو إلى زمن يظن أن فاقده يعرض عنه فيجعل ذلك الزمن غاية لترك التعريف لا طرفا للتعريف هذا كله إن تمول وإلا كحبة زبيب استبد به واجده ولو في حرم مكة كما هو ظاهر وقد سمع عمر رضي الله عنه من ينشد في الطواف زبيبة فقال إن من الورع ما يمقته الله {ورأى صلى الله عليه وسلم تمره في الطريق فقال لولا أخشى أن تكون صدقة لأخذتها} قيل هو

مشكل، لأن الإمام يلزمه أخذ المال الضائع لحفظه وليس في محله، لأن ذلك يقتضي إعراض مالها عنها وخروجها عن ملكه فهي الآن مباحة فتركها لمن يريد تملكها مشيراً له إلى ذلك ويجوز أخذ نحو سنابل الحصادين التي اعتيد الإعراض عنها. وقول الزركشي ينبغي تخصيصه بما لا زكاة فيه أو بمن تحل له كالفقير معترض بأن الظاهر اغتفار ذلك كما جرى عليه السلف والخلف وبحث غيره تقييده بما ليس فيه حق لمن لا يعبر عن نفسه اعترضه البلقيني بأن ذلك إنما يظهر في نحو الكسرة مما قد يقصد وسبقت اليد عليه بخلاف السنابل وألحق بها أخذ ماء مملوك يتسامح به عادة ومر في الزكاة ويأتي قبيل الأضحية ما له تعلق بذلك فراجعه <ص: 337>

(فصل) في تملكها وغرمها وما يتبعهما (إذا عرف) اللقطة بعد قصده تملكها (سنة) أو دونها في الحقير جاز له تملكها إلا في صور مرت كأن أخذها للخيانة أو أعرض عنه أو كانت أمة تحل له وقول الزركشي ينبغي أنه يعرفها ثم تباع ويتملك ثمنها نظير ما مر فيما يتسارع فساده يرد بوضوح الفرق بأن هذا مانعه عرضي وهي مانعها ذاتي يتعلق بالبضع لما مر في القرض وهو يمتاز بمزيد احتياط وإذا أراد (لم يملكها حتى يختاره بلفظ) من ناطق صريح فيه (كتملكت) أو كناية مع النية فيما يظهر كما هو قياس سائر الأبواب كأخذته أو إشارة أخرس وبحث ابن الرفعة أنه لا بد في الاختصاص ككلب وخمر محترمين من لفظ يدل على نقل الاختصاص الذي كان لغيره لنفسه (وقيل تكفي النية) أي تجديد قصد التملك إذ لا معاوضة ولا إيجاب (وقيل تملك بمضي السنة) بعد التعريف اكتفاء بقصد التملك السابق (فإن <ص: 338> تملكها) فلم يظهر المالك لم يطالب بها في الآخرة، لأنها من كسبه كما في شرح مسلم أو (فظهر المالك) وهي باقية بحالها (واتفقا على رد عينها) أو بدلها (فذاك) ظاهر. إذ الحق لا يعدوهما ومؤنة الرد عليه ويردها بزيادتها المتصلة لا المنفصلة إن حدثت بعد التملك وإلا رجع فيها لحدوثها بملكه وإن أرادها المالك وأراد الملتقط العدول إلى بدلها أو لم يتعلق بها حق لازم يمنع بيعها (أجيب المالك في الأصح) كالقرض ومن ثم لو تعلق بها ذلك تعين البدل فإن لم يتنازعا وردها له سليمة

لزمه القبول (فإن تلفت) المملوكة حسا أو شرعا بعد التملك (غرم مثلها) إن كانت مثلية (أو قيمتها) إن كانت متقومة وبحث ابن الرفعة أخذ من تشبيهها بالقرض أنه يجب فيما له مثل صوري رد المثل الصوري ورده الأذرعى بأنه لا يبعد الفرق وهو كما <ص: 339> قال وذلك، لأن ذاك تملك برضا المالك وإحسانه فروعى وهذا قهري عليه فكان بضمان اليد أشبه أما المختصة فلا بدل لها ولا لمنفعتها كالكلب وتعتبر قيمتها (يوم التملك) أي وقته، لأنه وقت دخولها في ضمانه (وإن نقصت بغيب) أو نحوه طرأ بعد التملك (فله) بل يلزمه لو طلب بدلها والملتقط ردها مع أرشها (أخذها من الأرش في الأصح) للقاعدة أن ما ضمن كله عند التلف يضمن بعضه عند النقص قيل ولم يخرج عنها إلا المعجل فإنه لا يجب أرشه كما مر ولو وجدها مبيعة في زمن الخيار الذي لم يختص بالمشتري فله الفسخ وأخذها على ما جزم به ابن المقري ويوافقه قول الماوردي للبائع الرجوع في المبيع إذا باعه المشتري وحجر عليه بالفلس في زمن الخيار إلا أن يفرق بأن الحجر ثم مقتض للتفويت ولا كذلك هنا وبه يتأيد ما اقتضاه كلام الرافعي أنه إن لم يفسخه انفسخ كما لو باع العدل الرهن بثمان مثله وطلب في المجلس بزيادة أي فكما أن العدل يلزمه الفسخ وإلا انفسخ رعاية لمصلحة المالك فكذا البائع هنا يلزمه ذلك لمصلحة المالك، لأن الفرض أنه أراد الرجوع لعين ماله فإن قلت ما الفرق بين المالك هنا والشفيع فإن له إبطال تصرف المشتري قلت يفرق بأن الشفيع لو لم يجز له ذلك ضاع حقه من أصله. ولا كذلك المالك هنا فإنه حيث تعذر رجوعه وجب له البدل (وإذا ادعاها رجل ولم يصفها ولا بينة) له بها (لم تدفع) أي لم يجز دفعها (إليه) ما لم يعلم أنها له لخبر {لو أعطي الناس بدعواهم} ويكفي في البينة شاهد ويمين ولا يكفي إخبارها للملتقط بل لا بد من سماع القاضي لها وقضائه على الملتقط بالدفع فإن خشي منه انتزاعها لشدة جوره احتمل الاكتفاء بإخبارها للملتقط واحتمل أنهما يحكمان من يسمعها ويقضى على الملتقط ولعل هذا أقرب (وإن وصفها) وصفا أحاط بجميع صفاتها (وظن) الملتقط (صدقه جاز الدفع) إليه قطعا عملا بظنه بل يسن هذا إن اتحد الواصف وإلا بأن ادعاها كل لنفسه ووصفها لم تسلم

لأحد إلا بحجة كبينة سليمة من المعارض (ولا يجب على المذهب)، لأنه مدع فيحتاج للبينة ومتهم باحتمال سماعه لوصفها من نحو مالکها أما إذا لم يظن صدقه فلا يجوز الدفع له نعم لو قال له الواصف يلزمك تسليمها إلي حلف قال شارح إن لم يعتقد وجوب الدفع بالوصف. <ص: 340> أنه لا يلزمه ذلك فإن نكل ولم يكن تملكها فهل ترد هذه اليمين غيرها أو لا، لأن الرد كالإقرار وإقرار الملتقط لا يقبل على مالکها بفرض أنه غير الواصف كل محتمل وإن قال تعلم أنها ملكي حلف أنه لا يعلم ولو تلفت فشهدت البينة بوصفها ثبتت ولزمه بدلها كما في البحر عن النص وظاهر أن محله إن ثبت بإقراره أو غيره أن ما شهدت به البينة من الوصف هو وصفها (فإن دفع اللقطة لإنسان بالوصف (فأقام آخر بينة) أي حجة بأنها ملكه قال الشيخ أبو حامد وغيره بأنها لا تعلم أنها انتقلت منه ويوجه بفرض اعتماده بالاحتياط للملتقط لكونه لم يقصر (حولت إليه)، لأن الحجة توجب الدفع بخلاف الوصف (فإن تلفت عنده) أي الواصف المدفوع إليه لا بإلزام حاكم يرى وجوب الدفع إليه بالوصف (فلساحب البينة تضمين الملتقط)، لأنه بان أنه سلم ما ليس له تسليمه (والمدفوع إليه)، لأنه بان أنه أخذ ملك الغير وخرج بدفع اللقطة ما لو تلفت عنده ثم غرم للواصف قيمتها فليس لمالکها تغريم الواصف، لأن ما أخذه مال الملتقط لا المدعي (والقرار عليه) أي على المدفوع إليه لتلفه في يده فيرجع عليه اللاقط بما غرمه ما لم يقر له بالملك، لأنه حينئذ يزعم أن الظالم له هو ذو البينة وفارق ق ما لو اعترف المشتري للبائع بالملك ثم استحق المبيع فإنه يرجع عليه بالثمن، لأنه إنما اعترف له بالملك لظاهر اليد بان اليد دليل الملك شرعا فعذر بالاعتراف المستند إليها بخلاف الوصف فكان مقصرا بالاعتراف المستند إليه

(قلت لا تحل لقطة الحرم) المكي (للملك) ولا بلا قصد تملك (ولا حفظ على الصحيح) بل لا تحل إلا للحفظ أبدا للخبر الصحيح {لا تحل لقطتها إلا لمنشد} أي لمعرفة على الدوام وإلا فسائر البلاد كذلك فلا تظهر فائدة التخصيص وادعاء أنها دفع إيهام الاكتفاء بتعريفها في الموسم يمنعها أنه لو كان هذا هو المراد لبينه وإلا فإيهام ما قلناه المتبادر منه أشد، ولأن الناس يكثر تكرر عودهم إليه فربما

عاد مالکها أو نائبه فغلظ على أخذها بتعين حفظها عليه كما غلظ على القاتل فيه خطأ بتغليظ الدية عليه مع عدم إساءته وخرج بالحرم الحل ولو عرفة كما صحه في الانتصار، لأن ذلك من خصائص الحرم وفي وجه لا فرق وانتصر له بخبر مسلم {نهى عن لقطة الحاج} أي مجمع جميعهم لئلا يدخل فيه كل فرقة منهم وبالمكي حرم المدينة واختار البلقيني استواءهما (ويجب تعريفها) أي الملقوطة فيه للحفظ (قطعا والله أعلم) للخبر >ص: 341< فتلزمه الإقامة له أو دفعها للقاضي أي الأمين فإن أراد سفرا ولا قاضي أمين ثم اتجه جواز تركها عند أمين (فرع) التقط مالا ثم ادعى أنه ملكه قبل قوله كما في الكفاية قال الغزي ومحلّه عند عدم المنازع بخلاف ما لو التقط صغيرا ثم ادعى أنه ملكه لا يقبل قوله فيه

كتاب اللقيط

فعل بمعنى مفعول ويقال له منبوذ ودعي وهو شرعا طفل ينبذ بنحو شارع لا يعرف له مدع فهو من مجاز الأول وذكر اللقط للغالب إذ الأصح أن المميز والبالغ المجنون يلتقطان لاحتياجهما إلى التعهد والأصل فيه قوله تعالى {ومن أحيائها فكأنما أحياء الناس جميعا} وقوله تعالى {وافعلوا الخير} وأركانه لقيط ولاقط ولقط >ص: 342< وستعلم من كلامه (التقاط المنبوذ) أي المطروح والتعبير به للغالب أيضا كما علم (فرض كفاية) صيانة للنفس المحترمة عن الهلاك هذا إن علم به جمع ولو مترتبا على المعتمد وإلا ففرض عين وفارق ما مر في اللقطة بأن المقلب فيها معنى الاكتساب المجبول على حبه النفوس كالوطء في النكاح

(ويجب الإشهاد عليه) أي الالتقاط وإن كان الملتقط مشهور العدالة (في الأصح) لئلا يسترق ويضيع نسبه المبني على الاحتياط له أكثر من المال ووجوبه على ما معه المنصوص عليه في المختصر وقع بطريق التبع له فلا ينافي ما مر في اللقطة ومتى ترك الإشهاد لم تثبت له ولاية الحضانة إلا إن تاب وأشهد فيكون التقاطا جديدا من حينئذ كما بحثه السبكي مصرحا بأن ترك الإشهاد فسق نعم قال الماوردي وغيره متى سلمه له الحاكم سن ولا يجب، لأن تسليمه حكم يغني عنه انتهى وإنما يتأتى هذا التعليل على

الضعيف أن تصرف الحاكم حكم مطلقا فالوجه تعليقه بأن تسليم الحاكم فيه معنى الإشهاد فأغنى عنه ويجوز التقاط الصبي المميز، لأن فيه حفظا له وقيامًا بتربيته بل لو خشي ضياعه لم يبعد وجوب التقاطه ويجب رد من له كافل كوصي وقاض وملتقط لكافله (وإنما تثبت ولاية الالتقاط لمكلف حر) ولو فقيرا، لأن طلبه لقوته لا يشغله (مسلم) إن حكم بإسلام اللقيط بالدار <ص: 343> وإلا فللكافر العدل في دينه التقاطه وبحث ابن الرفعة جواز التقاط اليهودي للنصراني وعكسه كالتوارث وخالفه الأذرعى بناء على الأصح أنه لا يقر على انتقاله لدين ملتقطه اللازم من تمكينه من التقاطه وفيه نظر، لأن الممتنع الانتقال الاختياري على أنه قد يخير بين الدينين كما يأتي قبيل نكاح المشرك (عدل) ظاهرا فيشمل المستور وسيصرح بأهليته لكن يوكل القاضي به من يراقبه خفية لئلا يتأذى فإذا وثق به صار كمعلوم العدالة (رشيد) ولو أنثى كما هو شأن سائر الولايات على الغير وقضية كلامه وجود العدالة مع عدم الرشد ولا ينافيه خلافا لمن ظنه اشتراطهم في قبول الشهادة السلامة من الحجر، لأن العدالة السلامة من الفسق وإن لم تقبل معها الشهادة والسفيه قد لا يفسق وبحث الأذرعى اعتبار البصر وعدم نحو برص إذا كان الملتقط يتعاهده بنفسه كما في الحاضنة (ولو التقط عبد) أي قن ولو مكاتبا ومبعضا ولو في نوبته كما رجحه الأذرعى وغيره (بغير إذن سيده انتزع) اللقيط منه، لأنه ولاية وتبرع وليس من أهلها (فإن علمه) أي التقاطه (فأقره عنده أو التقط) غير المكاتب (بإذن سيده) كأن قال له خذ وإن لم يقل لي فيما يظهر خلافا لما يوهمه كلام شارح وشرط قوله ذلك له وهو غائب عنه عدالة القن ورشده فيما يظهر (فالسيد الملتقط) والعبد نائبه في الأخذ والتربية بخلاف المكاتب لا يكون نائبًا عنه عند أمره بمطلق الالتقاط لاستقلاله ولا لاقطًا، لأنه غير حر فينزع منه ولا يكون السيد لاقطًا إلا إن قال له التقط لي ولو أذن لمبعض ولا مهابة أو وثم مهابة وهو في نوبة السيد فكان أو في نوبة المبعوض فباطل على الأوجه ما لم يقل له عني كما هو ظاهر فيكون نائبه (ولو التقط صبي) أو مجنون <ص: 344> (أو فاسق أو محجور عليه) بسفه ولو كافرا لقيطا (أو كافر مسلما انتزع) أي انتزعه الحاكم منه

وجوبا لانتفاء أهليتهم وظاهر تخصيصهم الانتزاع بالحاكم أنه لو أخذه أهل من واحد ممن ذكر لم يقر وعليه فيفرق بين هذا وأخذه ابتداء بأنه هنا وجدت يد والنظر فيها حيث وجدت إنما هو للحاكم بخلاف ما إذا لم توجد فإنه في حكم المباح فإذا تاهل أخذه لم يعارض أما المحكوم بكفره بالدار فيقر بيد الكافر كما مر (ولو ازدحم اثنان على أخذه) فأراده كل وهما أهل (جعله الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما) إذ لا حق لهما قبل أخذه فلزمه فعل الأخط له (وإن سبق واحد فالتقطه منع الآخر من مزاحمته) للخبر السابق من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به أما لو لم يلتقطه فلا حق له وإن وقف على رأسه ويتردد النظر فيما لو سبق بوضع يده على بدنه أو بجره على الأرض من غير أخذ له هل يثبت به حق أو لا وظاهر تعبيرهم بالأخذ يقتضي الثاني لكن الذي يتجه في الجر أنه كالأخذ، لأن المدار على الاستيلاء وهو يحصل بالجر لا مجرد وضع اليد من غير أخذ (وإن التقطاه معا وهما أهل) لحفظه وحفظ ماله (فالأصح أنه يقدم غني) ويظهر ضبطه بغني الزكاة بدليل مقابله بالفقير (على فقير)، لأنه أرفق به غالبا وقد يواسيه بماله ويقول غالبا اندفع ما للأذرعى وغيره ولا عبرة بتفاوتهم في الغنى إلا إن تميز <ص: 345> أحدهما بنحو سخاء وحسن خلق على ما بحث ويقدم مقيم على ظاعن أي لمحل يمنع من نقله إليه وإلا استويا كذا قالوه ونازع فيه الأذرعى وغيره (وعدل) ولو فقيرا باطنا (على مستور) احتياط للقيط ولا يقدم مسلم على كافر في محكوم بكفره ولا امرأة على رجل وإن كانت أصبر منه على التربية قال الأذرعى بحثا إلا مرضعة في رضيع وبحثه تقديم بصير على أعمى وسليم على مجذوم أو أبرص ينافيه ما مر عنه أنه لا حق لهما بقيده فعلى أن لهما حقا يتجه ما قاله (فإن استويا) في الصفات المعتبرة وتشاحا (أقرع) بينهما إذ لا مرجح ولعدم ميله إليهما طبعا لم يخير المميز بينهما واجتماعهما مشق كالمهاياة بينهما وليس للقارع ترك حقه كالمفرد بخلافه قبل القرعة

(وإذا وجد <ص: 346> بلدي لقيطا ببلد) أو قرية (فليس له نقله) ولو لغير نقلة كما نقلاه وأقراه وإن اعترضنا (إلى بادية) لخشونة عيشها وفوات أدب الدين والدنيا ومن ثم لو

قربت البادية من البلد أو القرية بحيث يحصل ذلك منها أي بلا كبير مشقة فيما يظهر لم يمنع ولو وجده ببلد لم ينقله لقرية وإن كانت أقل فسادا وقيل يراعى فينقله إليها لا منها والبادية خلاف الحاضرة وهي العمارة فإن قلت فقرية أو كثرت فبلد أو عظمت فمدينة أو كانت ذات زرع وخصيب فريف (والأصح أن له نقله) من بلد وجد فيه (إلى بلد آخر) ولو للنقلة لعدم المحذور السابق لكن يشترط تواصل الأخبار وأمن الطريق وإلا امتنع ولو لدون مسافة القصر (و) الأصح (أن للغريب إذا التقط ببلد أن ينقله إلى بلدة) بالشرطين المذكورين فيما يظهر لما مر وحيث منع نزع من يده لئلا يسافر به بغتة ومن ثم بحث الأذرعى أنه لو التزم الإقامة ووثق منه بها أقر بيده وهذه مغايرة للتي قبلها خلافا لمن زعم اتحادهما لإفادة هذه أنه غريب بأحدهما فقط. وصدق الأولى بما لو كان مقيما بهما أو بأحدهما أو غريبا عنهما نعم لو قال أولا ولو غريبا أفاد ذلك مع الاختصار (وإن وجده) بلدي (ببادية أمنة فله نقله إلى بلد) وإلى قرية، لأنه أرفق به أما غير آمنة فيجب نقله إلى مأمّن ولو مقصده وإن بعد (وإن وجده بدوي) وهو ساكن البدو (ببلد فكالحضري) فإن أقام به فذاك وإلا لم ينقله لأدون من محل وجوده ولو محلة من بلد اختلفت محلّاتها فيما يظهر بل لمثله أو أعلى بالشرطين السابقين (أو) وجده بدوي (ببادية أقر بيده) لكن يلزمه نقله من غير آمنة إليها (وقيل إن كانوا ينتقلون للنجعة) بضم فسكون أي لطلب الرعي أو غيره. (لم يقر) بيده، لأن فيه تضييعا لنسبه والأصح أنه يقر، لأن أطراف البادية كمحال البلد الواسعة والظاهر أنه من أهلها فيكون احتمال ظهور نسبه فيها أقرب من البلدة وعلم مما تقرر أن له نقله من بلد أو قرية أو بادية لمثله ولأعلى منه لا لدونه <ص: 347> وأن شرط جواز النقل مطلقا أمن الطريق والمقصد وتواصل الأخبار واختبار أمانة اللاقط

(ونفقته في ماله) كغيره (العام كوقف على اللقطاء) وموصى به لهم لا يقال كيف صح الوقف عليهم مع عدم تحقق وجودهم، لأننا نقول الجهة لا يشترط فيها تحقق الوجود بل يكفي إمكانه كما دل عليه كلامهم في الوقف ثم رأيت الزركشي صرح بذلك وإضافة المال العام إليه تجوز، لأنه حقيقة للجهة العامة وليس ملكه ولا يصرف له

من وقف الفقراء، لأن وصف الفقر لم يتحقق فيه قال السبكي وخالفه الأذرعي اكتفاء بظاهر الحال أنه فقير (أو الخاص وهو ما اختص به كتياب ملفوفة عليه) فملبوسة له التي بأصله أولى (ومفروشة تحته) ومغطى بها ودابة عنانها بيده أو مشدودة بنحو وسطه (وما في جيبه من دراهم وغيرها ومهده) الذي هو فيه (ودنانير منثورة فوقه وتحته) إجماعاً، لأن له يدا واختصاصاً وقضية المتن التخيير في ذلك واعتراض بأن الأوجه أنه يقدم الخاص أولاً (وإن وجدته وحده (في دار) لا تعلم لغيره أو حانوت أو بستان أو خيمة كذلك وكذا قرية كما ذكره الماوردي وغيره لكن استبعد ذلك في الروضة ثم بحث أنها ليست كذلك. (فهي) وما فيها (له) لليد فإن وجد بها غيره منبوذ أو كامل فهي لهما أو لهم بحسب الرءوس ويتردد النظر فيما لو وجد على عتبة الدار لكنه في هوائها <ص: 348>، لأنه لا يسمى فيها عرفاً سيما إن كان بابها مقفولاً بخلاف وجوده بسطحها الذي لا مصعد له منها، لأن هذا يسمى فيها عرفاً (وليس له مال مدفون تحته) بمحل لم يحكم بملكه له ككبير جلس على أرض تحتها دفين وإن كان به ورقة معلقة به أنه له نعم بحث الأذرعي أنه لو اتصل خيط بالدفين وربط بنحو ثوبه قضى له به لا سيما إن انضمت الرقعة إليه (وكذا ثياب) ودواب (وأمتعة موضوعة بقربه) في غير ملكه إن لم تكن تحت يده (في الأصح) كما لو بعدت عنه وفارق البالغ حيث حكم له بأمتعة موضوعة بقربه عرفاً بأن له رعاية أما ما بملكه فهو له قطعاً (فإن لم يعرف له مال) خاص ولا عام (فالأظهر أنه ينفق عليه) ولو محكوماً بكفره، لأن فيه مصلحة للمسلمين إذا بلغ بالجزية (من بيت المال) من سهم المصالح مجاناً كما أجمع عليه الصحابة (فإن لم يكن) في بيت المال شيء أو كان ثم ما هو أهم منه أو منع متوليه ظلماً اقترض عليه الحاكم إن رآه وإلا (قام المسلمون) أي مياسيرهم ويظهر ضبطهم بمن يأتي في نفقة الزوجة. فلا تعتبر قدرته بالكسب (بكفايته) وجوباً (قرضاً) بالقاف أي على جهته كما يلزمهم إطعام المضطر بالعوض (وفي قول نفقة) فلا يرجعون بها لعجزه ويؤيده ما يأتي أوائل السير أنهم ينفقون المحتاج من غير رجوع وعلى الأول يفرق بأن ذاك تحققت حاجته فوجبت مواساته وهذا لم يتحقق فاحتيط لمال الغير ويؤيده ما مر أنفاً عن

السبكي فإن امتنعوا كلهم قاتلهم الإمام ويفرق بين كونها هنا قرصاً وفي بيت المال مجاناً بأن وضع بيت المال الإنفاق على المحتاجين ولو حالاً فلهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير وإذا لزمتهم وزعها الإمام على مياسير بلده فإن شق فعلى من يراه الإمام منهم فإن استووا في نظره تخير ثم إن بان قنا رجعوا على سيده <ص: 349> أو حراً وله مال ولو من كسبه أو قريب أو حدث في بيت المال قبل بلوغه ويساره فعليه وإلا فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين وضعف في الروضة ما ذكر في القريب بأن نفقته تسقط بمضي الزمان ورد بأنه المنقول بل المقطوع به ووجهه أنها صارت ديناً بالاقتراض (وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله في الأصح)، لأنه يستقل بحفظ المال فماله أولى <ص: 350> وبحث الأزرعي تقييده بعدل يجوز إيداع مال اليتيم عنده ومع استقلاله بحفظه لا يخاصم من ادعاه وللقاضي نزعه منه وتسليمه لأمين غيره يباشر الإنفاق عليه بالمعروف اللائق به أو يسلمه للملتقط يوماً بيوم (ولا ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي قطعاً) أي على الأصح ومقابله، لأن ولاية التصرف في المال لا تثبت إلا لأصل أو وصي أو حاكم أو أمينه فإن أنفق بغير إذنه ضمن أي إن أمكنت مراجعته وإلا أنفق وأشهد ولا يضمن حينئذ

(فصل) في الحكم بإسلام اللقيط وغيره وكفرهما بالتبعية (إذا وجد لقيط بدار الإسلام) ومنها ما علم أنه مسكن للمسلمين ولو في زمن قديم فغلب عليه الكفار كقرطبة نظراً لاستيلائنا القديم لكن نقل الرافعي عن بعض المتأخرين أن محله إن لم يمنعونا منها وإلا فهي دار كفر وأجاب عنه السبكي بأنه يصح أن يقال إنها صارت دار كفر صورة لا حكماً ويأتي ذلك مع زيادة في الأمان (و) إن كان (فيها أهل ذمة) أو عهد (أو بدار فتحوها) أي المسلمون (وأقروها بيد كفار صلحا) أي على وجهه وإن لم يملكوها (أو) وجد بدار أقروها بيدهم (بعد ملكها بجزية وفيها) أي الدار في المسائل الثلاث حتى الأولى كما قاله الدارمي وإن نظر فيه غيره والأخيرتان دارا إسلام كما قاله خلافاً لما قد يتوهم من المتن وإن نظر السبكي في الثانية (مسلم) يمكن كونه منه ولو مجتازاً (حكم <ص: 351>

بإسلام اللقيط) تغليبا لدار الإسلام لخبر أحمد وغيره {الإسلام يعلو ولا يعلى عليه} قال الماوردي وحيث لا ذمي ثم فمسلم باطنا أيضا وإلا فظاهرا فقط. أما إذا لم يكن ثم مسلم يمكن كونه منه فهو كافر واكتفى هنا بالمجتاز تغليبا لحرمة دارنا بخلافه في قوله (وإن وجد بدار كفار فكافر إن لم يسكنها مسلم) ولا عبرة باجتيازه فيها (وإن سكنها مسلم) يمكن كونه منه (كأسير) منتشر (وتاجر فمسلم في الأصح) تغليبا للإسلام فإن نفاه ذلك المسلم قبل في نسبه دون إسلامه ويحث الأذرعى أن المراد بالسكنى هنا ما يقطع حكم السفر قال بل ينبغي الاكتفاء بلبث يمكن فيه الوقاع وأن ذلك الولد منه بخلاف من ولد بعد طروقه بنحو شهر لاستحالة كونه منه قال وقضية إطلاقهم أنه لو كان بمصر عظيم بدار حرب ووجد فيه كل يوم ألف لقيط مثلا حكم بإسلامهم وهذا إن كان لأجل تبعية الإسلام كالسابي فذاك أو لإمكان كونه منه ولو على بعد وهو الظاهر ففيه نظر ولا سيما إذا كان المسلم الموجود امرأة انتهى وأنت خير من اكتفائهم في دارنا بالمجتاز وفي دارهم بالسكنى أنه لا يكتفى في دارهم إلا بالإمكان القريب عادة وحينئذ فمتى أمكن كونه منه إمكانا قريبا عادة فمسلم وإلا فلا وهذا أوجه مما ذكره الأذرعى فتأمل. ويفرق بين الدارين بأن شرف الأولى اقتضى الاكتفاء فيها بالإمكان وإن بعد فدخل المجتاز بخلاف الثانية فاشتراط فيها قرب الإمكان وهو إنما يوجد عند السكنى لا الاجتياز (ومن حكم بإسلامه بالمدار) كان حيث لا ذمي ثم مسلما باطنا أيضا كما مر فإذا بلغ وأفصح بالكفر كان مرتدا وحيث ثم ذمي مسلما ظاهرا فقط فإذا بلغ وأفصح بالكفر فكافر أصلي لضعف الدار والتعبير بذمي هنا وفيما مر هو ما وقع في كلام شارح والظاهر أنه مثال وعن جد شارح التعجيز بأنه لو وجد بيرية فمسلم وخصه غيره بما إذا كانت يدارنا أو لا يد لأحد عليها ومن حكم بإسلامه بالمدار (فأقام ذمي) <ص: 352> أو حربي (بينه بنسبه لحقه)، لأنه كالمسلم في النسب (وتبعه في الكفر) وارتفع ما ظنناه من إسلامه، لأن المدار حكم باليد والبيئة أقوى من مجرد يد وتصور علوقه من مسلمة بوطء شبهة نادر لا يعول عليه مع البيئة وشملت البيئة محض النسوة وخرج بها إلحاق القائف وقد حكى المدارمي فيها وجهين والذي

يتجه اعتبار إلحاقه، لأنه حكم فهو كالبيئة بل أقوى وفي النسوة أنه إن ثبت بهن النسب تبعه في الكفر وإلا فلا (وإن اقتصر) الكافر (على الدعوى) بأنه ابنه ولا حجة له (فالمذهب أنه لا يتبعه في الكفر) وإن لحقه نسبه، لأن الحكم بإسلامه لا يغير بمجرد دعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة ومحل ذلك إن لم يصدر منه نحو صلاة وإلا لم يغير عن حكم الإسلام قطعا ويحال بينهما وجوبا وكذا ندبا إن قلنا يتبعه في الكفر كميز أسلم

(تنبيه) مقتضى حكمهم بإسلام اللقيط تارة وكفره أخرى أن لقاض رفع إليه أمر لقيط الحكم بكفره فيما نصوا على كفره فيه وهو ظاهر وأما ما قيل لا يجوز لقاض أن يحكم بكفر أحد فإن فعل كفر، لأن الحكم بالكفر رضا به انتهى فهو غلط قبيح إذ يلزم عليه أن لا يحكم بردة أحد ولا بكفر لقيط وهو فاسد وأفسد منه ما علل به، لأن الحكم بالكفر ليس معناه إلا الحكم بأثاره المترتبة عليه فلا رضا به قطعا ويلزمه أن لا يحكم بنحو زنا، لأنه رضا به نعم له إذا أسلم مميز أن يحكم بعدم صحة إسلامه إذا احتج إليه لا بكفره إلا بالنسبة للأحكام الدنيوية وكذا يقال في أطفال الكفار، لأنهم في الجنة فلا يطلق الحكم بكفرهم

(ويحكم بإسلام الصبي بجهتين آخرين لا يفرضان في لقيط) وإنما ذكر في باب استطرادا (إحدهما الولادة فإذا كان أحد أبويه مسلما وقت العلوق) وإن علا ولو أنثى غير وارثة أو قنا قبل الظفر به أو بعده كما يأتي بسطه في السير وإن حدث الولد بعد موته على الأوجه من تردد فيه ولو مع وجود حي أقرب منه بشرط نسبه إليه نسبة تقتضي التوارث ولو بالرحم فلا يرد آدم أبو البشر صلى الله على نبينا وعليه وسلم (فهو مسلم) إجماعا >ص: 353< وإن ارتد بعد العلوق (فإن بلغ ووصف كفرا) أي أعرب به عن نفسه كما بأصله (فمرتد)، لأنه مسلم ظاهرا وباطنا (ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما) وإن علا كما ذكر قبل بلوغه ولو بعد تمييزه (حكم بإسلامه) إجماعا في إسلام الأب ولخبر {الإسلام يعلو ولا يعلى عليه} ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل إسلام أصله فظاهر إطلاقهم قبول قوله فيه لزم إمكانه قبوله هنا فلا يحكم بإسلامه. وبحث أبي زرعة عدم قبوله إلا إن نبت شعر عانته الخشن فيه نظر ظاهر اللهم إلا أن يقال الاحتياط للإسلام يلغى

قوله المانع له لاحتمال كذبه فيه والأصل بقاء الصغر وقد سئلت عن يهودي أسلم ثم وجد بنته مزوجة فادعى صباها لتتبعه وادعت البلوغ هي وزوجها فأفتيت بأنه يصدق أما في دعوى الاحتلام فلما تقرر أن الاحتياط للإسلام اقتضى مخالفة القاعدة من تصديق مدعي البلوغ بالاحتلام وأما في دعوى السن أو الحيض فبالأولى لإمكان الإطلاع عليهما فكلف مدعي أحدهما البينة وقد صرحوا بأنه لو باع أو كاتب أو قتل ثم ادعى صبا يمكن صدق بخلاف ما لو زوج، لأن النكاح يحتاط له ويجري بين الناس فكون الولي صبيا بعيد جدا فلم يلتفت إليه وإن أمكن والمجنون المحكوم بكفره يلحق أحد أبويه إذا أسلم كالصبي (فإن بلغ ووصف كفرا فمرتد) لسبق الحكم بإسلامه ظاهرا وباطنا (وفي قول) هو (كافر أصلي)، لأن تبعيته أزالته الحكم بكفره وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولا <ص: 354> وبني عليه أنه يلزمه التلفظ بالإسلام بعد البلوغ بخلافه على الأول ومن ثم لو مات قبل التلفظ جهز كمسلم بل قال الإمام وصوبه في الروضة هو كذلك على الثاني أيضا، لأن هذه الأمور مبنية على الظواهر. وظاهره الإسلام انتهى وكأنهم لم ينظروا لوجوب التلفظ عليه على الثاني، لأن تركه يوجب الإثم لا الكفر كما هو ظاهر وقول الأحياء كالحليمي المسلم بإسلام أحد أبويه لا يغني عنه إسلامه شيئا ما لم يسلم بنفسه إما غريب بل سبق قلم على ما قاله الأزرعي أو مفرع على وجوب التلفظ ولو تلفظ ثم ارتد فمرتد قطعا ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الإسلام قبل رده على الأصح الجهة (الثانية إذا سبي مسلم) ولو صبيا مجنونا وإن كان معه كافر كامل (طفلا) أو مجنونا والمراد الجنس ليشمل ذكر كل وأنثاه المتحد والمتعدد (تبع السابي في الإسلام) ظاهرا وباطنا (إن لم يكن معه أحد أبويه) إجماعا خلافا لمن شذ، ولأنه صار تحت ولايته كالأبوين وقضية الحكم بإسلامه باطنا أنه لو بلغ ووصف الكفر كان مرتدا وهو متجه خلافا لما يوهمه كلام شارح أنه كافر أصلي ثم رأيتهم صرحوا بما ذكرته أما إذا كان معه أحدهما وإن علا فيما يظهر ثم رأيت الأزرعي أشار إليه بأن كانا في جيش واحد وغنيمة واحدة وإن لم يتحد المالك وقد سببا معا أو تقدم الأصل فيما يظهر خلافا لمن أطلق عن تعليق القاضي أنه إذا سبق سبي أحدهما

سبي الآخر تبع السابي فلا يحكم بإسلامه، لأن تبعيتهما أقوى من تبعية السابي وإن ماتا بعد، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي. (ولو سباه ذمي) قال الإمام قاطن ببلادنا والبغوي ودخل به دارنا والمدارمي وسباه في جيشنا وكل إنما هو قيد للخلاف في قولهم (لم يحكم بإسلامه) بل يكونه على دين سابه لا أبويه (في الأصح)، لأن كونه من أهل دارنا لم يفده كذريته الإسلام فمسيبه أولى ولا يفده حينئذ إسلام أبويه <ص: 355> على ما قاله الحلبي وهو إن صح مقيد لما مر من تبعية الأصول والظاهر أنه ليس كذلك ومن ثم قال السبكي قياسه أنهما لو أسلما بأنفسهما بدارهم أو خرجا إلينا وأسلما لا يحكم بإسلامه لانفراده عنهما قبل ذلك وما أظن الأصحاب يسمحون به انتهى وخرج بسباه في جيشنا نحو سرقة له بأن قلنا يملكه كله فكذلك أو غنيمة وهو الأصح فهو مسلم، لأن بعضه للمسلمين وبحث السبكي ومن تبعه أنه لو أسلم سابه الذمي أو قهر حربي صغيرا حريبا وملكه ثم أسلم تبعه، لأن له عليه ولاية وملكاً وذلك علة الإسلام في السابي المسلم وفي فتاوى البغوي إبداء وجهين في كافر اشترى صغيراً ثم أسلم هل يتبعه والذي يتجه منهما أنه لا يتبعه بل وكذا فيما قبله ولا يلحق بالسبي غيره، لأنه مع كونه أقوى في القهر إنما يؤثر ابتداء فلا يقاس به غيره في الأثناء ثم رأيت الشيخين صرحا بما قدمته أن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي وهو يؤيد ما ذكرته والمستأن كالذمي (ولا يصح) بالنسبة لأحكام الدنيا (إسلام صبي مميز استقلالاً على الصحيح) كغير المميز بجامع عدم التكليف، ولأن نطقه بالشهادتين إما خبر وخبره غير مقبول أو إنشاء فهو كعقوده نعم تسن الحيلولة بينه وبين أبويه لئلا يفتناه وقيل تجب ونقله الإمام عن إجماع الأصحاب وانتصر جمع لصحة إسلامه وقضى به غير واحد ويدل له صحة إسلام علي رضي الله عنه قبل بلوغه ورده أحمد بمنع كونه قبل بلوغه والبيهقي وغيره بأن الأحكام إذ ذاك كانت منوطة بالتمييز إلى عام الخندق وفارق نحو صلاته بأنه لا يتنفل به إما بالنسبة لأحكام الآخرة <ص: 356> فيصح ويكون من الفائزين اتفاقاً ولا تلازم بين الأحكامين كما فيمن لم تبلغه الدعوة وكأطفال المشركين ولو اشتبه طفل مسلم بطفل كافر وقف أمرهما ولا يجبران على الإسلام بعد البلوغ قاله

المصنف وخالفه التاج الفزاري فقال يحكم بإسلامهما ويوقف نسبهما إلى البلوغ

(فصل) في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك (إذا لم يقر اللقيط برقه فهو حر) إجماعاً وبحث البلقيني تقييده بغير دار حرب لا مسلم فيها ولا ذمي، لأن دار الحرب تقتضي استرقاق النساء والصبيان واعتراض بأنها إنما تقتضي استرقاق هؤلاء بالأسر ومجرد اللقط لا يقتضيه وإذا حكم له بالحرية وبالإسلام فقتله حر مسلم أو غيره قتله به الإمام أو عفا على الدية لا مجاناً، لأنها لبيت المال وهو لا يجوز له التصرف عما يتعلق به على خلاف المصلحة نعم لو بلغ اللقيط المحكوم بحريته وبإسلامه بالدار ولم يصف الإسلام لم يقتل به الحر على ما نص عليه وصوبه الإسنوي لكن ظاهر الروضة وأصلها خلافه والقياس أن حد قاذفه إن أحسن وقاطع طرفه يجري فيهما ما ذكر في قتله وإن أمكن الفرق بأن القتل يحتاط له أكثر بخلافهما ومن ثم نص على أنه لا يحد قاذفه إلا إن قال اللقيط أنا حر (إلا أن يقيم أحد بينة برقه) فيعمل بها كما يأتي (وإن أقر به) أي الرق وهو المكلف وعن ابن عبد السلام ما يقتضي اعتبار رشده أيضاً. <ص: 357> وظاهر كلامهم خلافه لشخص (فصدقه) ولو بسكوته عن تكذيبه، لأن فيه تصديقا له (قبل إن لم يسبق إقراره) أي اللقيط ويصح عوده على كل منه ومن المقر له إذ لو أقر إنسان بحريته فأقر اللقيط له به لم يقبل وإن صدقه كما هو واضح (بحرية) كسائر الأقارير بخلاف ما إذا كذبه وإن صدقه بعد أو سبق إقراره بالحرية وهو مكلف، لأنه به التزم أحكام الأحرار المتعلقة بحقوق الله والعباد فلم يقدر على إسقاطها وإنما قبل إقرارها بالرجعة بعد إنكارها، لأن الأصل عدم انقضاء العدة مع تفويض الشرع أمر انقضائها إليها والإقرار بالرق مخالف لأصل الحرية الموافق للإقرار السابق ولا يرد على المتن ما لو أقر به لزيد فكذبه فأقر به لعمره فصدقه فلا يقبل وإن لم يسبق منه إقرار بحرية، لأن إقراره الأول يتضمن نفي الملك لغيره وقد بطل ملكه برده فصار حر الأصل والحرية يتعذر إسقاطها لما مر ولو أنكر رقه فادعى عليه به وحلف ثم أقر به له فإن كانت صيغة إنكاره لست برقيق لك قبل أو لست برقيق فلا

لتضمنه الإقرار بأنه حر الأصل ولو أقر بالرق لمعين ثم بحرية الأصل لم تسمع لكن إن كان حال الإقرار الأول رشيدا على ما مر (والمذهب أنه لا يشترط) في صحة الإقرار بالرق (أن لا يسبق منه تصرف يقتضي نفوذه حرية كبيع ونكاح بل يقبل إقراره في أصل الرق وأحكامه) الماضية المضرّة به و (المستقبلة) فيما له كما يقبل إقرار المرأة بالنكاح وإن تضمن ثبوت حق لها وعليه كسائر الأقاير. نعم لو أقرت متزوجة بالرق والزوج ممن لا تحل له الأمة لم يفسخ نكاحه وتسلم له تسليم الحرائر >ص: 358< ويسافر بها بلا إذن وتعتد عدتهن لنحو طلاق وعدة الإماء لموت وولدها قبل إقرارها حر وبعده رقيق وذلك، لأن النكاح كالمقبوض المستوفى ولهذا لا يفسخ نكاح أمة بطرو نحو يسار (و) في الأحكام (الماضية المضرّة بغيره) فلا يقبل إقراره بالنسبة إليها (في الأظهر) كما لا يقبل الإقرار على الغير بدين مثلا وتقبل البينة برقه مطلقا وعلى الأظهر (فلو لزمه دين فأقر برق وفي يده مال قضى منه) ثم إن فضل شيء فللمقر له >ص: 359< وإلا اتبع بما بقي بعد عتقه (ولو ادعى رقه من ليس في يده بلا بينة لم يقبل) قطعاً، لأن الأصل والظاهر الحرية فلا تترك إلا بحجة بخلاف النسب لما فيه من الاحتياط والمصلحة (وكذا إن ادعاه الملتقط) بلا بينة فلا يقبل (في الأظهر) لما ذكر وبه فارق ما قاس عليه المقابل من دعواه مالا التقطه ولا منازع له إذ ليس في دعواه تغيير صفة للعلم بمملوكيته له أو لغيره ثم يستمر بيده عند المزني. ويجب انتزاعه منها عند الماوردي لخروجه بدعوى رقه عن الأمانة وربما استرقه بعد وأيده الأذرعى بقول العبادي لو ادعى الوصي دينا على الميت أخرجت الوصية عن يده لئلا يأخذها إلا أن يبرأ ونظر الزركشي في تعليّل الماوردي بأنه لم يتحقق كذبه حتى يخرج عن الأمانة ويرد بأن اتهامه صيره كغير الأمين، لأن يده صارت مظنة الإضرار باللقيط نعم قياس العبادي أنه لو أشهد أنه حر الأصل بقي بيده (ولو رأينا صغيرا مميّزا أو غير مميّز) أو مجنونا (في يد من يسترقه) أي يستخدمه مدعيا رقه (ولم يعرف استنادها إلى التقاط حكم له بالرق) إذا ادعاه عملا باليد والتصرف بلا معارض نعم إن كذبه المميّز احتاج إلى يمين أنه ملكه (فإن بلغ) الصبي الذي استرقه صغيرا >ص: 360< سواء

ادعى رقه حينئذ أو بعد البلوغ أو أفاق المجنون (وقال أنا حر لم يقبل قوله في الأصح إلا بينة) بالحرية، لأنه حكم برقه في صغره أو جنونه فلم يزل إلا بحجة نعم له تحليفه وفارق ما لو رأينا صغيرة بيد من يدعي نكاحها فبلغت وأنكرت فإن على المدعي البينة وكذا لو ادعى عليه حسبة وهي صغيرة بأن اليد دليل الملك في الجملة ويجوز أن يولد وهو مملوك ولا كذلك في النكاح فاحتاج للبينة (ومن أقام بينة) أو حجة أخرى (برقه) بعد الاحتياج إليها لا إن لم يحتج إليها كبينة داخل قبل إشراف يده على الزوال (عمل بها) ولو لخارج غير ملتقط (وبشترط أن تتعرض البينة) أو نحوها في اللقيط (لسبب الملك) من نحو إرث وشراء لئلا يعتمد ظاهر اليد وقضيته أن بينة غير الملتقط لا تحتاج لذلك ويكفي قولها ولو أربع نسوة، لأن شهادتهن بالولادة تثبت الملك كالنسب في الشهادة بالولادة أنه ولد أمته وإن لم تتعرض للملك خلافا لما في تصحيح التنبيه، لأن الغالب أن ولد أمته ملكه (وفي قول يكفي مطلق الملك) كسائر الأموال وفرق الأول بأن اللقيط محكوم بحريته بظاهر الدار فلا يزال ذلك الظاهر إلا عن تحقيق وفي الكفاية أن طريقة الجمهور جريان الخلاف في الملتقط وغيره والتمن محتمل لذلك لكن سياقه يخصه بالملتقط وفرقهم هذا وتعليهم الذي قضيته ما مر ظاهران فيه (ولو استلحق اللقيط) يعني الصغير ولو غير لقيط (حر مسلم) ذكر ولو غير ملتقط (لحقه) بشروطه السابقة في الإقرار إجماعاً وتثبت أحكام النسب من الجانبين ولا يلحق بزوجه إلا بينة كما يعلم مما يأتي واستحبوا للقاضي أن يقول للملتقط من أين هو ولدك من زوجتك أو أمتك أو شبهة، لأنه قد يظن أن الالتقاط يفيد النسب وقال الزركشي ينبغي وجوبه إن جهل ذلك احتياطاً للنسب وسيأتي في الشهادات ما يؤيده أما الكافر فيستلحق من حكم بكفره وكذا من حكم بإسلامه لكن لا يتبعه في الكفر كما مر (وصار أولى بتربيته) من غيره لثبوت أبوته له فأولى ليست على بابها كفلان أحق بماله نعم إن كان كافراً واللقيط مسلماً بالدار لم يسلم إليه

(وإن استلحقه عبد) بشروطه (لحقه) في النسب دون الرق إلا بينة عليه، لأنه كالحر في النسب لكن يقر بيد الملتقط وينفق عليه من بيت المال <ص: 361> (وفي قول

يشترط تصديق سيده)، لأنه يقطع إرثه بفرض عتقه وأجاب الأول بأن هذا لا نظر إليه لصحة استلحاق ابن مع وجود أخ (وإن استلحقته امرأة لم يلحقها في الأصح) لإمكان إقامة البينة بمشاهدة الولادة بخلاف الرجل وإذا أقامتها لحقها ولو أمة ولا يثبت رقه لمولاهها ولا يلحق زوجها إلا إن أمكن وشهدت بالولادة على فراشه وحينئذ لا ينتفي عنه إلا باللعان (أو) استلحقه (اثنان لم يقدم مسلم وحر على ذمي) وحرابي (وعبد) لصحة استلحاق كل منهم ويد الملتقط لا تصلح للترجيح هنا (فإن) كان لأحدهما بينة سليمة من المعارض عمل بها وإن (لم يكن) لواحد منهما (بينة) أو كان لكل بينة وتعارضتا فإن سبق استلحاق أحدهما ويده عن غير التقاط قدم لثبوت النسب منه معتضدا باليد فهي <ص: 362> عاضدة لا مرجحة وإن لم يسبق أحدهما كذلك كأن استلحقه لاقطه ثم ادعاه آخر (عرض على القائف) الآتي قبيل العتق (فيلحق من ألحقه به) لما يأتي ثم ولا يقبل منه بعد إلحاقه بواحد إلحاقه بآخر، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ومن ثم لو تعارض قائفان كان الحكم للسابق وتقدم البينة عليه وإن تأخرت كما يقدم هو على مجرد الانتساب، لأنه بمنزلة الحكم فكان أقوى. (فإن لم يكن قائف) بالبلد أو بدون مسافة القصر منه وقيل بالمدنيا وقيل بمسافة العدوى (أو) وجد ولكن (تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما) وقف الأمر إلى بلوغه و (أمر بالانتساب) قهرا عليه وحبس إن امتنع وقد ظهر له ميل وإلا وقف الأمر على الأوجه (بعد بلوغه إلى من يميل طبعه إليه منهما) لما صح عن عمر رضي الله عنه أنه أمر بذلك ولا يجوز له الانتساب بالتشهي بل لا بد من ميل جبلي كميل القريب لقريبه وشترط فيه الماوردي أن يعرف حالهما ويراهما قبل البلوغ وأن تستقيم طبيعته ويتضح ذكاؤه وأقره ابن الرفعة وأيده الزركشي بقولهم إن الميل بالاجتهاد أي وهو يستدعي تلك المقدمات ولو انتسب لغيرهما وصدقه ثبت نسبه ولم يختار المميز كما يأتي في الحضانة، لأن رجوعه يعمل به ثم لا هنا فقوله ملزم والصبي ليس من أهل الإلزام وينفقانه مدة الانتظار ثم من ثبت له رجوع الآخر عليه بما أنفق إن كان بإذن الحاكم ثم بالإشهاد على نية الرجوع ثم بنيته كما يعلم مما مر آخر الإجارة وإلا فهو متبرع ولو تداعاه امرأتان أنفقتا ولا رجوع هنا مطلقا <ص:

363 < لإمكان القطع بالولادة فأوخذت كل بموجب قولها (ولو أقاما بينتين) على النسب (متعارضتين) كأن اتحد تاريخهما (سقطتا في الأظهر) إذ لا مرجح فيرجع للقائف واليد هنا غير مرجحة خلافا لجمع، لأنها لا تثبت النسب بخلاف الملك

كتاب الجعالة

(هي) بتثليث الجيم كالجعل، والجعيلة لغة ما يجعله الإنسان لغيره على شيء بفعله وأصلها قبل الإجماع أحاديث رقية الصحابي وهو أبو سعيد الخدري رضي الله عنه اللديغ بالفاتحة على ثلاثين رأسا من الغنم في الصحيحين وغيرهما واستنبط منها البلقيني وتبعه الزركشي جوازها على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية وعقبت هنا للقيط لأنها طلب لالتقاط الضالة وفي الروضة وغيرها للإجارة لأنها عقد على عمل نعم تفارقها في جوازها على عمل مجهول وصحتها مع غير معين وكونها جائزة وعدم استحقاق العامل تسليم الجعل إلا بعد تسليم العمل فلو شرط تعجيله فسد المسمى ووجبت أجرة المثل <ص: 364> فإن سلمه بلا شرط لم يجز تصرفه فيه على الأوجه ويفرق بينه وبين الإجارة بأنه ثم ملكه بالعقد وهنا لا يملكه إلا بالعمل وشرعا الإذن في عمل معين أو مجهول لمعين أو مجهول بمقابل (كقوله) أي مطلق التصرف المختار (من رد أبقي) أو أبق زيد كما سيصرح به (فله كذا) <ص: 365> أو رده ولك كذا والأوجه أنه لا يشترط أن يقول علي ولا نيته واحتمل إيهام العامل لأنه قد لا يعرف راغبا في العمل وكقول من حبس ظلما لمن يقدر على خلاصه وإن تعين عليه على المعتمد إن خلصتني فلك كذا بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا.

وأركانها عمل وجعل وصيغة وعاقد كما علمت مع شروطها من كلامه هنا وفيما يأتي واستفيد من قوله من رد أن الشرط في العامل قدرته على الرد بنفسه إن كان غير معين وبنفسه أو مأذونه إن كان معينا وهذا لا ينافي ما يأتي في التوكيل فتأمله وأنه لا يشترط فيه بقسميه تكليف ولا رشد ولا حرية ولا إذن سيد أو ولي <ص: 366> فيصح من صبي ومجنون له نوع تمييز ومحجور سفه وقرن على

المعتمد من اضطراب للمتأخرين في ذلك ولا يقاس ما هنا بالإجارة، لأنه يغتفر هنا ما لا يغتفر ثم وقضية الحد صحتها في إن حفظت مالي من متعد عليه فلك كذا وهو متجه إن عين له قدر المال وزمن الحفظ وإلا فلا، لأن الظاهر أن المالك يريد الحفظ على الدوام وهذا لا غاية له فلم يبعد فساده بالنسبة للمسمى فتجب له أجرة المثل لما حفظه (و) علم من مثاله الذي دل به على حدها كما تقرر أنه (يشترط) فيها لتحقيق (صيغة) من الناطق الذي لم يرد الكتابة (تدل على العمل) أي الإذن فيه كما بأصله. (بعوض) معلوم مقصود (ملتزم) لأنها معاوضة أما الأخرس فتكفي إشارته المفهومة لذلك وأما الناطق إذا كتب ذلك ونواه فإنه يصح منه (فلو عمل بلا إذن) أو بإذن من غير ذكر عوض أو بعد الإذن لكنه لم يعلم به سواء المعين وقاصد العوض وغيرهما (أو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء له)، لأنه لم يلتزم له عوضا فوقع عمله تبرعا وإن عرف برد الضوال بعوض. نعم رد قن المقول له كرده لأن يده كيده كذا قاله وقيده السبكي بما إذا أذن له وأيده الأذرعى بقول القاضي فإن رده بنفسه أو <ص: 367> بعبدته استحق وتنزيلهم فعل قنه منزلة فعله يؤيد الأول وقولهم المذكور لا يخالفه، لأنه لما تنزل فعله كفعله صح أن يقال رده بعبدته، وإن لم يأذن له، ولو قال من رد عبدي من سامعي ندائي فرده من علمه ولم يسمعه لم يستحق ولمن سمع النداء العام التوكيل كهو في تملك المباح وكذا الخاص لكن إن لم يحسنه أو لم يلق به أو عجز عنه وعلم به القائل وإلا فلا، وإن طرأ له نحو مرض نظير ما مر في الوكيل فعلم أن من جوعل على الزيارة لا يستتنب فيها إلا إن عذر وعلمه المجاعل حال الجعالة.

(ولو قال أجنبي) مطلق التصرف مختار (من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد) العالم به (على الأجنبي)، لأنه التزمه، وإن لم يأت ب " على " على المنقول، وإن نازع فيه السبكي نظرا إلى أن المتبادر منه ذلك واستشكل ابن الرفعة استحقاق الراد بأنه لا يجوز له وضع يده عليه بغير إذن مالكة بل يضمنه وأجيب بفرضه فيما إذا أذن المالك لمن شاء في الرد والتزم الأجنبي الجعل وقد يصور بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه على أن وضع اليد عليه للرد يرضى به الملاك غالبا وكفى بذلك مجوزا

وظاهر أن المراد من الأجنبي غير الوكيل والولي فلو قال ذلك عن موكله أو محجوره والجعل قدر أجره المثل <ص: 368> وجب في مال الموكل والمحجور (وإن قال) الأجنبي (قال زيد من رد عبدي فله كذا وكان كاذبا لم يستحق) الراد (عليه) أي الأجنبي شيئا لعدم التزامه (ولا على زيد) إن كذبه لذلك ولا تقبل شهادة الأجنبي على زيد بذلك، لأنه متهم في ترويح قوله أما إذا صدقه فيلزمه الجعل وقيده الرافعي بما إذا كان الأجنبي ممن يقبل خبره وإلا فكما لو رده غير عالم بإذنه انتهى ويتجه أن محل قوله إلا إلخ ما إذا لم يصدقه العامل وإلا استحق على المالك المصدق، لأن المحذور عدم علم العامل وبتصديقه يصير عالما ولا نظر لاتهامه، لأن علمه وعدمه لا يعلم إلا منه مع قوته بموافقته للمالك (ولا يشترط قبول العامل) لفظا لما دل عليه لفظ الجاعل (وإن عينه) بل يكفي العمل كالوكيل ومن ثم لو رده ثم عمل لم يستحق إلا بإذن جديد.

(تنبيه) في الروضة وأصلها إذا لم يعين العامل لا يتصور قبول العقد وظاهره ينافي المتن وقد يجاب بأن معنى عدم تصور ذلك بعده بالنظر للمخاطبات العادية ومعنى تصوره الذي أفهمه المتن أنه من حيث دلالة اللفظ على كل سامع سامع مطابقة لعمومه صار كل سامع كأنه مخاطب فتصور قبوله ولا تشترط المطابقة فلو قال إن رددت أبقي فلك دينار فقال أردته بنصف دينار استحق الدينار، لأن القبول لا أثر له في الجعالة قاله الإمام <ص: 369> واعترض بقولهم في طلقني بألف فقال بمائة طلقت بها كالجعالة وقولهم في اغسل ثوبي وأرضيك فقال لا أريد شيئا يجب له شيء وقد يجاب بأن الطلاق لما توقف على لفظ الزوج أدير الأمر عليه وبأن الأخيرة ليست نظيرة مسألتنا، لأن ما فيها رد للجعل من أصله فأثر بخلاف رد بعضه.

(وتصح) الجعالة (على عمل مجهول) كما علم من تمثيله أول الباب وذكره هنا لضرورة التقسيم وقيده جمع ذلك بما يعسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبني به، وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة (وكذا معلوم) كمن رده من موضع كذا (في الأصح)، لأنها إذا جازت مع الجهل فمع العلم أولى ومر أنه لا بد في العمل من كلفة فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه كدينار فلا

شيء له، ولو قال من دلني على مالي فله كذا فدلته من هو بيده فلا شيء له إذ لا كلفة <ص: 370> وعلله شارح بوجوبه عليه وهو مبني على ما شرطه في العمل أنه يشترط كونه غير واجب عليه وهو ضعيف كما مر نعم إن عصى بوضع يده عليه بنحو غصب ثم سمع قول مالكة مثلا من رد مالي فله كذا فرده لم يستحق شيئا، وإن كان فيه كلفة لتعين الرد عليه فورا ليخرج به عن المعصية وعلى هذا يحمل من شرط في العمل عدم تعيينه عليه وقد يجمع أيضا بأن ما تعين لعارض كفرض كفاية انحصر في واحد له الأجرة فيه ومنه قولهم باستحقاقها في نحو تعليم الفاتحة وحرز الوديعة، وإن تعينا عليه وما كان متعينا أصالة لا أجرة فيه ومنه مسألة الغاصب المذكورة أو من هو بيد غيره استحق، لأن الغالب أنه تلحقه مشقة بالبحث عنه وقيده الأذرع بما إذا كان البحث المشق بعد الجعالة أما السابق عليها فلا عبرة به أي لأنه محض تبرع حينئذ.

(وبشترط) لصحة العقد عدم تأقيته فيبطل من رد عبدي إلى شهر سواء أضم إليه من محل كذا أم لا، لأنه قد لا يجده فيه و (كون الجعل) مالا (معلوما) بمشاهدة المعين أو وصفه أو وصف ما في الذمة مقصودا يصح غالبا جعله ثمنا لأنه عوض كالأجرة ولا حاجة لجهالته بخلاف العمل (فلو قال من رده فله) ثيابه إن علمت، ولو بالوصف فهي للراد وإلا فله أجرة المثل واستشكله الإسنوي بأن وصف المعين لا يغني عن رؤيته وأجاب عنه البلقيني بأن هذه المعاقدة دخلها التخفيف فلم يشدد فيها بخلاف نحو البيع وقياسه صحة فله نصفه إن علم، وإن لم يعرف محله وهو أحد وجهين يتجه ترجيحه ثم رأيت الأنوار وغيره رجحاه أيضا وقياس الرافعي له على استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه في الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءا من الرضيع بعد الفطام يقتضي تأجيل ملكه وهنا إنما يملك بتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع في مشترك أو فله (ثوب أو أرضيه) أو فله خمر مثلا (فسد العقد) لجهالة العوض أو عدم مالئته (وللراد) الجاهل بأن الفاسد لا شيء فيه فيما يظهر أخذا مما مر في القراض (أجرة مثله) كالإجارة الفاسدة وفي غير المقصود كالدم لا شيء له، لأنه لم يطمع في شيء ومر صحة الحج <ص: 371> بالنفقة للحاجة وحمل على

حج عني وأعطيك نفقتك، لأنه أرزاق لا جعالة بخلاف حج عني بنفقتك فإنه فاسد كما في الأم وجزم به الماوردي ويأتي آخر السير صحة من دل على قلعة فله جارية منها وإذا قلنا بأنه أرزاق لزمه كفايته كما هو ظاهر، ثم هل المراد بها كفاية أمثاله عرفاً أو كفاية ذاته نظير ما يأتي في كفاية القريب والقن ؟ كل محتمل.

(ولو قال) من رده (من بلد كذا فرده) من تلك الجهة لكن (من) أبعد منه فلا زيادة له لتبرعه بها أو من (أقرب منه) فله قسطه من الجعل)، لأنه قوبل بكل العمل فيوزع على ما قد وجد منه وما عدم ومحلّه إن تساوت الطريق سهولة أو حزونة وإلا بأن كان النصف مثلاً الذي أتى به ضعف ما تركه استحق ثلثي الجعل أما إذا رده من جهة أخرى فلا يستحق شيئاً مطلقاً على ما بحثه السبكي وتبعه الأذرعى أولاً لأنه لم يأذن له في الرد منها وله احتمال أنه يستحق بقدر ما يستحقه لو رد من الجهة المعينة وهو المنقول في الكافي واعتمده أعني الأذرعى قال، لأن التعيين إنما يراد به الإرشاد لمحلّه ومن ثم لو أراد حقيقة التعيين لم يستحق شيئاً ولا يشكل على ما ذكر نحو من خاط لي ثوباً أو بنى لي حائطاً أو علمني سورة كذا فأتى ببعضه لم يستحق شيئاً، لأنه لم يحصل غرضه الذي سماه وثم حصل غرضه ومن ثم لو ذكر شيئين مستقلين كمن رد عبدي فله كذا استحق نصف الجعل برد أحدهما وقيده شارح بما إذا تساوى محلّهما أي وقد استوت طريقهما سهولة <ص: 372> وحزونة أخذاً من تقيدهم بذلك للرد من نصف الطريق المعين وألحق الزركشي بذلك غيبة الطالب عن الدرس أياماً وقد قال الواقف من حضر أشهراً فله كذا فيستحق قسط ما حضر لتفاضل الأيام ومر فيه كلام في الوقف فراجع.

(فرع) تجوز الجعالة على الرقية بجائز كما مر وتمريض مريض ومداواته، ولو دابة ثم إن عين لذلك حدا كالشفاء ووجد استحق المسمى وإلا فأجرة المثل، ولو جاعله على رد عبيد فرد بعضهم استحق قسطه باعتبار العدد أي بالقيدين المذكورين، لأن أجرة ردهم لا تتفاوت حينئذ غالباً أو على حج وعمرة وزيارة فعمل بعضها استحق بقسطه بتوزيع المسمى على أجرة مثل الثلاثة (ولو اشترك اثنان) مثلاً معينين أو لا وقد عمهما النداء (في رده اشتركا في

الجعل) أو ثلاثة فكذلك بحسب الرءوس، وإن تفاوت عملهم إذ لا ينضبط حتى يوزع عليه وبه فارق توزيعه بقدر الملك على ملاك التزموه وفارق ذلك أيضا من دخل داري فأعطه درهما فدخلها جمع استحق كل درهما بأن كلا هنا دخل وليس كل ثم براد له وإنما الراد له مجموعهم، ولو قال إن رددتما عبدي فلكما كذا فرده أحدهما استحق النصف، لأنه لم يلتزم له سواء كما قاله وبحث السبكي أنه لا شيء له ضعيف.

(ولو التزم جعلاً لمعين) كأن رددته فلك دينار (فشاركة غيره في العمل إن قصد إعانتته) مجاناً أو بعوض منه (فله) أي ذلك المعين (كل الجعل)، لأن قصد الملتزم الرد ممن التزم له بأي وجه أمكن <ص: 373> فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده بخلاف ما مر فيما إذا أذن لمعين فرده نائبه مع قدرته، لأن المالك لم يأذن فيه أصلاً ولا شيء للمعاون إلا إن التزم له المخاطب أجره وأخذ السبكي من كلامهم هنا وفي المساقاة جواز الاستنابة في الإمامة والتدريس وسائر الوظائف القابلة للنيابة، وإن لم يأذن الواقف إذا استناب من وجد فيه شرط الواقف مثله أو خيراً منه ويستحق المستناب كل المعلوم وضعف إفتاء المصنف وابن عبد السلام أنه لا يستحقه واحد منهما المستناب لعدم مباشرته، والنائب الذي لم يأذن له الناظر لعدم ولايته ورد عليه الأذرعى ذلك وأطال ثم قال وما ذكره فيه فتح باب لأكل أرباب الجهات مال الوقف دائماً المرصد للمناصب الدينية واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنزر يسير قال غيره وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله انتهى. ويرد بأنه سد ذلك الباب باشتراط كونه مثله أو خيراً منه والزرركشي بأن الريع ليس من باب جعالة ولا إجارة إذ لا يمكن وقوع العمل مسلماً للمستأجر أو الجاعل وإنما هو إباحة بشرط الحضور ولم يوجد <ص: 374> فلا يصح أخذه المذكور وقضيته أنه لا شيء للمستناب، ولو لعذر، ولو لمن هو خير منه وقضية كلام الأذرعى خلافه والذي يتجه استثناء النيابة لمثله أو خير منه لعذر عملاً بالعرف المطرد بالمسامحة في الإنابة حينئذ وعليه فيجواب عما ذكره الزركشي بأنه لما أناب بالقيدين المذكورين سومح له، وإن لم يتصور هنا إجارة ولا جعالة عملاً باطراد العرف بهذه المسامحة المطلع عليها الواقفون والمنزلة

منزلة شروطهم وحينئذ صار كأنه حاضر فاستحق المعلوم ولزمه ما المتزم لنائبه ويؤخذ من قول السبكي القابلة للنيابة أن المتفقه لا تجوز له الاستنابة حتى عند السبكي إذ لا يمكن أحدا أن يتفقه عنه، وبه جزم الغزي قال غيره وهو واضح والكلام كله في غير وقف الأتراك لما مر فيها (وإن قصد) المشارك (العمل للمالك) يعني المتلزم بجعل أو دونه أو لنفسه أو للجميع أو لاثنين منهم أو لم يقصد شيئاً (فلأول قسطه) إن شاركه من أول العمل وهو نصف الجعل إن قصد نفسه أو المتلزم أو هما أو أطلق وثلاثة أرباعه إن قصد نفسه والعامل أو العامل والمتلزم وثلاثه إن قصد الجميع <ص: 375> (ولا شيء للمشارك بحال) أي في حال مما ذكر لتبرعه. (ولكل منهما) أي الجاعل والعامل (الفسخ قبل تمام العمل)، لأنه عقد جائز من جهة الجاعل لتعلق الاستحقاق فيها بشرط كالوصية والعامل، لأن العمل فيها مجهول كالقراض والمراد بفسخ العامل رده لما مر أنه لا يشترط قبوله ثم هو قبل العمل لا يتأتى إلا في المعين وخرج بقبل تمامه بعده فلا أثر للفسخ حينئذ، لأن الجعل قد لزم واستقر (فإن فسخ) من المالك أو المتلزم أو العامل المعين القابل للعقد وقد علم العامل الذي لم يفسخ بفسخ الجاعل أو أعلن الجاعل بالفسخ أي أشاعه والعامل غير معين (قبل الشروع) في العمل (أو فسخ العامل بعد الشروع) فيه (فلا شيء له)، وإن وقع العمل مسلماً كان شرط له جعلاً في مقابلة بناء حائط فبنى بعضه بحضرته، لأنه في الأولى لم يعمل شيئاً وفي الثانية فوت بفسخه غرض المتلزم باختياره ومن ثم لو كان فسخه فيها لأجل زيادة الجاعل في العمل <ص: 376> قال الإسنوي أو نقصه من الجعل انتهى. وفيه مشاحة لا من حيث الحكم بينها شيخنا استحق أجره المثل لأن الجاعل هو الذي ألجأه إلى ذلك أما إذا لم يعلم العامل المعين ولم يعلن المالك بالرجوع فيما إذا كان غير معين فإنه يستحق المشروط إذ لا تقصير منه بوجه واكتفي بالإعلان، لأنه لا يمكن مع الإيهام غيره. (وإن فسخ المالك) يعني المتلزم، ولو باعقاق المردود مثلاً (بعد الشروع) في العمل لم يستحق العامل شيئاً من المسمى، لأنه إنما يستحق المسمى بالفراغ من العمل فكذا بعضه وحينئذ (فعليه أجره المثل) لما مضى (في الأصح) لاحترام عمل

العامل فلم يفوت عليه بفسخ غيره ورجع ببدله كإجارة فسخت بغيب، ولو حصل بما مضى من العمل بعض المقصود كإن علمت ابني القرآن فلك كذا ثم منعه الأب من تمام التعليم ومثله ما لو منع المالك ماله من أن يتم العامل العمل فيه فتلزمه أجرة مثل ما عمله فيهما لأن منعه فسخ أو كالفسخ وقد تقرر أن فسخ الملتزم يوجب أجرة المثل للماضي وبهذا يتضح رد قول الأذرعي أنه يستحق القسط من الجعل واستشكل وجوب أجرة المثل الذي في المتن بقولهم إذا مات أحدهما أثناء العمل انفسخ واستحق القسط من المسمى أي إن رد العامل لوارث المالك أو وارث العامل للمالك وإلا فاي فرق بين الفسخ والانفساخ ويفرق بأن الفسخ أقوى فكأنه إعدام للعقد مع آثاره فرجع لبدله وهو أجرة المثل بخلاف الانفساخ فإنه لما لم يكن كذلك صار العقد كأنه لم يرفع به فوجب القسط ثم رأيت شارحا فرق <ص: 377> بأن العامل في الانفساخ تم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه بخلافه في الفسخ وفيه نظر إذ لا أثر له في الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ومن أجرة المثل أخرى كما هو واضح للمتأمل ثم رأيت شيخنا أجاب بما أجاب به هذا الشارح وقد علمت ما فيه.

(وللمالك) يعني الملتزم (أن يزيد وينقص في) العمل وفي (الجعل) وأن يغير جنسه (قبل الفراغ) سواء ما قبل الشروع وما بعده كالثمن في زمن الخيار (وفائدته) إذا وقع التغيير (بعد الشروع) في العمل مطلقا أو قبله وعمل جاهلا بذلك ثم أتم العمل (وجوب أجرة المثل) لجميع عمله ومحل قولهم لو عمل بعد الفسخ لا شيء له حيث كان الفسخ بلا بدل وذلك لأن النداء الأخير فسخ للأول والفسخ من الملتزم أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل نعم بحث ابن الرفعة أنه يستحق لما عمل جاهلا قبل النداء الثاني ما يقابله من الجعل الأول، لأن العقد الأول باق لم يفسخ وفيه نظر وقول المتن فعليه أجرة المثل في الأصح يردده لما تقرر أن النداء الأخير فسخ للأول وأن الفسخ يوجب أجرة المثل فاندفع قوله أن العقد الأول باق لم يفسخ وألحق بذلك فسخه بالتغيير قبل العمل المذكور فإن عمل في هذه عالما بذلك فله المسمى الثاني.

(تنبيه) ما اقتضاه المتن من أنه لو لم يعلم بالتغيير قبل الشروع فيما إذا كان العامل معيناً ولم يعلن به الملتزم فيما إذا كان غير معين من أن له أجره المثل هو ما بحثه في الوسيط واقتضاه كلام الروضة وأصلها أيضاً >ص: 378< وقال الماوردي والرويانى يستحق الجعل الأول وأقره جمع متأخرون والذي يتجه الأول فإن قلت علم مما تقرر أنه لو علم بالثاني قبل الشروع استحقه أو في الأثناء لم يستحق من الثاني شيئاً وكان القياس أنه يستحق منه قسط عمله بعده قلت يفرق بأنه قبل الشروع لم يلتزم شيئاً فأدير الأمر على الثاني وبعده التزم حكم الأول فوجب له مسماه إن سلم من الفسخ وإلا فأجرة المثل ولا نظر للثاني لأنه وقع به الفسخ لا غير. (ولو مات الآبق) أو تلف المردود (في بعض الطريق) أو مات المالك قبل تسلمه (أو هرب) كذلك أو غصب كذلك أو خاط نصف الثوب فاحترق أو بنى بعض الحائط فانهدم، ولو بلا تفريط من الباني أو لم يتعلم الصبي لبلادته (فلا شيء للعامل) لتعلق الاستحقاق بالرد أو الحصول ولم يوجد وإنما استحق أجير لحج مات أثناءه قسط ما عمل لانتفاع المحجوج عنه بثواب ما عمله، ولو لم يجد المالك ولا وكيله سلمه للحاكم فإن فقد أشهد واستحق أي وإن مات أو هرب بعد ذلك ويجري ذلك في تلف سائر محال الأعمال ومحلّه في غير الأخيرة أعني عدم تعلم الصبي كما استفيد من المتن وغيره حيث لم يقع العمل مسلماً للمالك فإن وقع مسلماً له وظهر أثره على المحل كأن مات صبي حر أثناء التعليم استحق أجره ما مضى من المسمى لما تقرر أن العمل وقع مسلماً بالتعليم مع ظهور أثر العمل على المحل بخلاف رد الآبق إذا هرب من الأثناء وكذا الإجارة ومن >ص: 379< ثم لو نهب الحمل أو غرق أثناء الطريق لم يجب القسط، لأن الحمل لم يقع مسلماً للمالك ولا ظهر أثره على المحل بخلاف ما إذا ماتت الدابة أو نهبت والمالك حاضر أما القن فيشترط تسليمه للسيد أو وقوع التعليم بحضرته أو في ملكه (وإذا رده فليس له حبسه لقبض الجعل)، لأنه إنما يستحق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق وعلم منه بالأولى أنه لا يحبسه أيضاً لما أنفق عليه بالإذن.

(ويصدق) بيمينه الجاعل سواء (المالك) وغيره (إذا أنكر شرط الجعل <ص: 380> أو سعيه) أي العامل (في رده)، لأن الأصل عدم الشرط والرد، والراد في أنه بلغه النداء أو سمعه. (فإن اختلفا) أي الجاعل والعامل بعد الاستحقاق (في) نحو (قدر الجعل) أو جنسه أو في قدر العمل بعد الفراغ وكذا بعد الشروع إن قلنا له قسط المسمى (تحالفا) نظير ما مر في البيع وللعامل أجرة المثل. (خاتمة) تردد الرافعي في مؤنة المردود وفي الروضة عن ابن كج أنه إذا أنفق عليه المراد فهو متبرع عندنا أي إن كان بغير إذن معتبر مع عدم نية الرجوع بشرطه نظير ما مر في هرب الجمال وبذلك يعلم أن مؤنته على المالك حيث لا متبرع، ولو أكره مستحق على عدم مباشرة وظيفته استحق المعلوم كما أفتى به التاج الفزاري واعتراض الزركشي له بأنه لم يباشر ما شرط عليه فكيف يستحق حينئذ يجاب عنه بأن هذا مستثنى شرعا وعرفا من تناول الشرط له لعذره ونظير ذلك فيما يظهر مدرس يحضر موضع الدرس <ص: 381> ولا يحضر أحد من الطلبة أو يعلم أنه لو حضر لا يحضرون بل قد يقال بالجزم بالاستحقاق هنا، لأن المكروه تمكنه الاستنابة فيحصل غرض الواقف بخلاف المدرس فيما ذكر نعم إن أمكنه إعلام الناظر بهم وعلى أنه يجبرهم على الحضور فالظاهر وجوبه عليه، لأنه من باب الأمر بالمعروف ثم رأيت أبا زرعة ذكر ما ذكرته وجعله أصلا مقيسا عليه وهو أن الإمام أو المدرس لو حضر ولم يحضر أحد استحق، لأن قصد المصلي والمتعلم ليس في وسعه وإنما عليه الانتصاب لذلك وأفتى أيضا فيمن شرط الواقف قطعه عن وظيفته إن غاب فغاب لعذر كخوف طريق بأنه لا يسقط حقه بغيبته قال ولذلك شواهد كثيرة وأفتى بعضهم بحل النزول عن الوظائف بالمال أي، لأنه من أقسام الجعالة فيستحقه النازل ويسقط حقه، وإن لم يقرر الناظر المنزول، لأنه بالخيار بينه وبين غيره والله أعلم.

كتاب الفرائض

أي مسائل قسمة الموارث جمع فريضة بمعنى مفروضة <ص: 382> من الفرض بمعنى التقدير فهي هنا شرعا نصيب مقدر للوارث غلبت على غيرها لفضلها بتقدير

الشارع لها ولكثرتها وورد الحث على تعلمه وتعليمه في خبر ضعيف {تعلموا الفرائض وعلموه فإنه نصف العلم} أي صنف منه أو لتعلقه بالموت المقابل للحياة {وهو ينسى وهو أول علم ينزع من أمتي} أي بموت أهله وصح {تعلموا الفرائض وعلموه فإنني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يخلف إثنان في الفريضة فلا يجدان من يقضي بها} وصح أيضا {ألقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى أي أقرب رجل ذكر} وفائدة ذكره بيان أن الرجل يطلق بإزاء المرأة فيعم وبإزاء الصبي فيخص البالغ وقيل غير ذلك مما فيه تكلف ظاهر وهو متوقف على علم الفتوى والنسب والحساب (يبدأ) وجوبا (من تركه الميت) وهي ما يخلف من حق كخيار وجد قذف أو اختصاص أو مال كخمر تخللت بعد موته ودية أخذت من قاتله لدخولها في ملكه وكذا ما وقع بشبكة نصبها في حياته على ما قاله الزركشي وفيه نظر لانتقالها بعد الموت للورثة فالواقع بها من زوائد التركة وهي ملكهم إلا أن يجاب بأن سبب الملك نصبه للشبكة لا هي وإذا استند الملك لفعله يكون تركه.

(تنبيه) أفتى بعضهم فيمن عاش بعد موته معجزة لنبي بأنه يتبين بقاء ملكه لتركته وفيه نظر ظاهر إلا أن يحمل على أنه بالإحياء بان أنه لم يموت وذلك خلاف الفرض في سؤاله إذ لا توجد المعجزة <ص: 383> إلا بعد تحقق الموت عند تحققه ينتقل الملك للوارث إجماعا فإذا وجد الإحياء كانت هذه حياة جديدة مبتدأة بلا تبين عود ملك ويلزمه أن نساءه لو تزوجن أن تعدن إليه وليس كذلك بل يبقى نكاحهن لما تقرر والحاصل أن زوال الملك والعصمة محقق وعوده مشكوك فيه فيستصحب زواله حتى يثبت ما يدل على العود ولم يثبت فيه شيء فوجب البقاء مع الأصل وفي شرح الإرشاد الصغير في الصداق حكم الممسوخ حيوانا أو جمادا بالنسبة لمخلفه فراجعه (بمؤنة تجهيزه) من نحو كفن وحنوط وماء وأجرة غسل وحمل وحفر حيث لا زوج أو لا مؤنة عليه لنشوز ثم تجهيز ممونه بما يليق بهما عرفا الآن يسرا وعسرا، وإن خالف حالهما في الحياة وفي اجتماع مومنين له كلام لي في شرح الإرشاد (ثم) بعد مؤنة التجهيز (تقضى <ص: 384> ديونه) مقدما منها دين الله تعالى كزكاة وكفارة وحج على دين

الآدمي (ثم) بعد الدين، وإن كان إنما ثبت بإقرار الوارث بعد ثبوت الوصية أو قبلها كما علم مما نقلناه عن الصيدلاني ومن غيره (تنفذ وصاياه) وما ألحق بها مما يأتي فهي متأخرة عن الدين وعكسه في الآية الذي شذ به أبو ثور لحث الورثة على المبادرة بإخراجها لتوانيمهم عنه غالباً (من) للابتداء فتدخل الوصية بالثلث أيضاً (ثلث الباقي) بعد الدين إن أخذ كما هو الغالب وبقي بعده شيء فلا يقتضي عدم نفوذها إذا استغرق فلو أبرأ أو تبرع أحد بوفائه بان نفوذها ونقل الشيخان في الإقرار عن الأكثرين صورة يتساوى فيها المدين والوصية وصورة تقدم فيها الوصية وبينت ما في ذلك في خطبة شرح العباب بما يتعين الوقوف عليه قال بعضهم <ص: 385> ووجوب الترتيب فيما ذكر إنما هو عند المزاحمة فلو دفع الوصي مثلاً مائة للدائن ومائة للموصى له ومائة للوارث معاً لم يتجه إلا الصحة أي والحل ويوجه بأنه حينئذ لم يقارن المدفع مانع ونظيره من عليه حجة الإسلام وغيرها فإنهم صرحوا بوجوب الترتيب بينهما قالوا والمراد به أن لا يتقدم على حجة الإسلام غيرها لا أن يقارنها غيرها ومر آخر الرهن حكم ما لو غاب الدائن (ثم يقسم الباقي) عنها (بين الورثة) على ما يأتي يعني أنهم يتسلطون على التصرف حينئذ وإلا فالدين لا يمنع الإرث ومن ثم فازوا بزوائد التركة كما مر وسيعلم مما يأتي في الوصية أنه بقبولها سواء المعينة كهذا وغيرها كالثلث يتبين ملكها بالموت فهي مانعة له حينئذ في عين الأول وثلث الثاني شائعاً لا قبله، لأن الأمر فيه موقوف وما يتوهم من بعض العبارات من الفرق بين المعينة والمطلقة إنما هو من جهة الخلاف لا غير.

(قلت) محل تأخر المدين عن مؤن التجهيز إذا لم يتعلق بعين التركة حق (فإن تعلق بعين التركة حق) بغير حجر في الحياة قدم (كالزكاة) الواجبة فيها قبل موته، وإن كانت من غير الجنس فتقدم على مؤنة التجهيز بل على سائر الحقوق المتعلقة بالتركة لما مر أن تعلقها تعلق شركة غير حقيقية لجواز الأداء من غيرها فكانت التركة كالمرهونة بها، ولو تلف النصاب بعد التمكن إلا قدر الزكاة كشاة من أربعين مات عنها فقط لم يقدم إلا ربع عشرها على الأوجه ويوجه بأن حق الفقراء من التالف ديون مرسلة

فتؤخر لما تقرر أن الكلام في زكاة متعلقة بعين موجودة (والجاني) هو كما بعده أمثلة للتركة المتعلقة بها حق فما قبله إما على ظاهره أنه مثال للحق كما مر ففيه توزيع وإما مراد به المال الزكوي فإذا تعلق أرش الجناية برقبته، ولو بالعفو عن قوده قدم المجني عليه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة الجاني حتى عن المرتهن لانحصار تعلقها في الرقبة فلو قدم غيرها فاتت والرهن يتعلق بالذمة أيضا أما إذا تعلق برقبته قود أو بذمته مال فلا يمنع تصرف الوارث فيه. (والمرهون) رهنا جعليا، وإن حجر على <ص: 386> الراهن بعده أو أثر به بعض غرمائه في مرض موته إن أقبضه له دون وارثه على الأوجه فيقدم حقه على مؤن التجهيز وألحق بعضهم بالمرهون حجة الإسلام إذا مات وقد استقرت في ذمته لتعلقها بعين التركة حينئذ قال فلا يصح تصرف الورثة في شيء منها حتى يفرغ الحاج عنه من جميع أعمال الحج إلا لضرورة كأن خيف تلف شيء منها إن لم يبادر إلى بيعه أو وقوله لتعلقها إلى آخره يحتاج لسند بل تأخير الحج عن مؤن التجهيز الذي مر برده وأي فرق بينها وبين نحو زكاة في الذمة وكأنه فهم أن المراد بالتعلق بالعين وجوب المبادرة فورا إلى إخراجها وليس كذلك كما هو معلوم من مثلهم المذكورة ويأتي في تعليقه تعلق الغرماء بماله بالحجر ما يوضح رد ما قاله فالاستثناء منقطع، لأن البائع لها حينئذ الحاكم لا الوارث كما هو ظاهر ويتسليمه يظهر جواز التصرف بمجرد فراغه من التحلل الثاني، وإن بقيت واجبات أخرى، لأن الدم يقوم مقامها ولأنه يصدق حينئذ أن يقال أن ذمة الميت برئت من الحج وحيث برئت ذمته منه جاز التصرف لأن المنع إنما كان لمصلحة براءتها. (والمبيع) بثمن في الذمة (إذا مات المشتري مفلسا) بثمنه ولم يكن هناك مانع من الفسخ فيمكن البائع منه ويفوز به حجر عليه قبل موته أم لا ولكون الفسخ إنما يرفع العقد من حينه لم يخرج به عن كونه تركة فإن وجد مانع كتعلق حق لازم به وتأخير فسخه بلا عذر قدم التجهيز لانتفاء التعلق بالعين حينئذ وإنما (قدم) ذلك الحق في تلك الصور (على مؤنة تجهيزه) إشارا للأهم كما تقدم تلك الحقوق على حقه في الحياة (والله أعلم) وخرج بقولي بغير حجر تعلق الغرماء بماله بالحجر فيقدم التجهيز إن تعلق بعين ماله قبل موته لأنه

لم يخرج عن كونه مرسلا في الذمة، ولو اجتمعت الزكاة والجناية في عبد تجارة فالذي يظهر تقديم الزكاة لانحصار تعلق <ص: 387> كل في العين وتزيد الزكاة بأن فيها حقين فكانت أولى والمستثنيات لا تنحصر فيما ذكر وقد بينت أكثرها مع فوائد نفيسة في شرح الإرشاد.

(وأسباب الإرث أربعة) مجمع عليها (قراءة) يأتي تفصيلها نعم لو اشترى بعضه في مرض موته عتق عليه ولا يرث لأداء توريثه إلى عدمه كما يعلم من الدور الحكمي الآتي في الزوجة (ونكاح) صحيح، ولو قبل الدخول نعم لو أعتق أمة تخرج من ثلثه في مرض موته وتزوج بها لم ترثه للدور إذ لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث فيتوقف على إجازة الورثة وهي منهم وإجازتها تتوقف على سبق حرقتها وهي متوقفة على سبق إجازتها فأدى إرثها لعدم إرثها وبه يعلم <ص: 388> أن الكلام في غير المستولدة، لأن عتقها، ولو في مرض الموت لا يتوقف على إجازة أحد، لأن الإجازة إنما تعتبر بعد الموت وهي به تعتق من رأس المال (وولاء) ويختص دون سابقه بطرف (فيرث المعتق) ومن يدلي به (العتيق ولا عكس) إجماعا إلا ما شذ به ابن زياد والخبر فيه محمول على أنه أعطاه مصلحة لا إرثا على أن البخاري ضعفه وقد يتوارثان بأن يعتقه حربي فيستولي على سيده ثم يعتقه أو حربي أو ذمي فيرق فيشتريه ويعتقه أو يشتري أبا معتقه ثم يعتقه فله على معتقه ولاء الانجرار ولا يرد لأنه لم يرث من حيث كونه عتيقا. (والرابع الإسلام) أي جهته ومن ثم جاز نقله عن بلد المال على ما اقتضاه كلامهم وإعطاؤه لواحد وبذلك فارق الزكاة لكن اعتمد غير واحد امتناع نقله كهي وعليه يجوز للإمام نقلها (فتصرف التركة) أو بعضها إذا كان الميت مسلما (لمبيت المال إرثا) للمسلمين بسبب العصوبة لأنهم يعقلون عنه كأقاربه (إذا لم يكن) له (وارث بالأسباب الثلاثة) المتقدمة وقيل مصلحة كالمال الضائع فعلى الأول لا يصرف منه شيء لقن ولا كافر ولا قاتل نعم يجوز لمن له وصية ولمن أعتق أم ولد أو أسلم بعد موته ويوجه بأن فيه شائبة إرث وشائبة مصلحة فغلبت الأولى في تلك لقبحتها والثانية في هذه لعدمه وكان هذا هو سبب قوله الرابع لينبه به على أن بينه وبين الثلاثة قبله مغايرة فيسأل عنها أما الذمي الذي لا وارث له ومن له أمان نقضه واسترق

ثم مات وله مال عندنا فإن مالهما يصرف لميت المال فيئا.

(والمجمع على إرثهم من الرجال) <ص: 389> أي الذكور (عشرة) بطريق الاختصار وخمسة عشر بالبسط (الابن وابنه، وإن سفل والأب وأبوه، وإن علا والأخ) مطلقا (وابنه إلا من الأم والعم) للميت وأبيه وجده (إلا للأم وكذا ابنه والزوج والمعتق) ومن يدلي به في حكمه (ومن النساء سبع) بالاختصار وبالبسط عشر (البنت وبنت الابن، وإن سفل) عدل عن قول أصله سفلت، وإن وافق الأكثر في عود الضمير على المضاف لإيهامه أن بنت بنت الابن وارثة (والأم والجدة) من الجهتين بشرط إدلائها بوارث (والأخت) لأبوين أو لأب أو لأم (والزوجة) الأفصح زوج لكنهم آثروا المرجوح للاحتياج للتمييز هنا (والمعتقة) ومن يدلي بها في حكمها (ولو اجتمع كل الرجال) ويلزم منه كون الميت أنثى (ورث الأب والابن والزوج فقط)، لأن من بقي محجوب بغير الزوج إجماعا ويصح أصلها من اثني عشر (أو) اجتمع (كل النساء) ويلزم كون الميت ذكرا (ف) الوارث هو (البنت وبنت الابن والأم والأخت للأبوين والزوجة) لأن غيرهن محجوب بغير الزوجة ويصح أصلها من أربعة وعشرين. (أو) اجتمع كل من (الذين يمكن اجتماعهم من الصنفين ف) الوارث هو (الأبوان والابن والبنت) لم يقل الابنان مغلبا كالذي قبله لإيهام هذا دون ذاك لشهرته فاندفع ما للزركشي هنا (وأحد الزوجين) لحجبهم من عداهم ثم هي والميت ذكر من أربعة وعشرين وتصح من <ص: 390> اثنين وسبعين أو وهو أنثى من اثني عشر وتصح من ستة وثلاثين وأفهم قوله يمكن استحالة اجتماع الزوج والزوجة على ميت واحد نعم لو أقام رجل بينة على ميت ملفوف في كفن أنه امرأته وهؤلاء أولاده منها وأقامت امرأة بينة أنها زوجته وهؤلاء أولادها منه فكشف عنه فإذا هو خنثى له الألتان إذ هو الذي يمكن اتضاحه وإشكاله وأما من له ثقبه فهو مشكل أبدا فلا يصح نكاحه ولا يعمل بواحدة من البينتين فعن النص يقسم المال بينهما وعليه يمكن اجتماع الكل وحينئذ من لا يختلف نصيبه كالأبوين حكمه واضح وهو أن لهما السدسين ومن يختلف كالزوجين حكمه أن الزوجة تنازع الزوج في ثمن فيقسم بينهما وأولادها ينازعونه في ثمن فيقسم بينهما فيعطى الثمن وهي نصف الثمن ويقسم

الباقي بين الأولاد من الجانبين للذكر مثل حظ الأنثيين ووقع لشارح هنا ما يخالف ذلك فاجتنبه، وإن أمكن تأويله وقال الأستاذ أبو طاهر بينة الرجل أولى لأن الولادة صحت من طريق المشاهدة والإلحاق بالأب أمر حكمي والمشاهدة أقوى وهو وجه مدركا ثم رأيت البلقيني قال أنه الأرجح وأن الأول مفرع على ضعيف هو استعمال البينتين عند التعارض اه على أنهم قالوا إن هذا النص غريب نقلا. (ولو فقدوا) أي الورثة (كلهم فأصل المذهب أنه لا يورث ذوو الأرحام) الآتي بيانهم لما صح أنه صلى الله عليه وسلم {استفتي فيمن ترك عمته وخالته لا غير فرفع رأسه إلى السماء فقال اللهم رجل ترك عمته وخالته لا وارث له <ص: 391> غيرهما ثم قال أين السائل؟ فقال: ها أنا ذا قال لا ميراث لهما} وبه يعتضد الحديث المرسل {أنه صلى الله عليه وسلم ركب إلى قباء يستخير الله في العمه والخالة فأنزل الله الميراث لهما} (ولا) استئناف لفساد العطف بإيهامه التناقض (يرد على أهل الفرض) فيما إذا وجد بعضهم ولم يستغرق كينت أو أخت فلا يرد عليهما الباقي لئلا يبطل فرضهما المقدر (بل المال) وهو الكل في الأول والباقي في الثاني (لبيت المال)، وإن لم ينتظم بأن جار متوليه أو لم يكن أهلا، لأن الإرث لجهة الإسلام ولا ظلم من المسلمين فلم يبطل حقهم بجور الإمام ومعنى الأصل هنا المعروف الثابت المستقر من المذهب وقد يطرأ على الأصل ما يقتضي مخالفته.

(و) من ثم (أفتى المتأخرون) من الأصحاب وفي الروضة أنه الأصح أو الصحيح عند محققي الأصحاب منهم ابن سراقه من كبار أصحابنا ومتقدميهم ثم صاحب الحاوي والقاضي حسين والمتولي وآخرون وبه كقول ابن سراقه هو قول عامة شيوخنا اعترض تخصيصه بالمتأخرين وقد يجاب بأنه أراد أكثرهم كما دل عليه كلامه في الروضة فلا ينافي أن كثيرين من المتقدمين عليه ومن هذا يؤخذ أن المتأخرين في كلام الشيخين ونحوهما كل من كان بعد الأربعمئة وأما الآن وقيله فهم من بعد الشيخين (إذا لم ينتظم أمر بيت المال) بأن فقد الإمام أو بعض شروط الإمامة كأن جار (بالرد على أهل الفرض) للاتفاق على انحصار مصرف التركة فيهم أو في بيت المال فإذا تعذر تعيينوا وإنما جاز دفع الزكاة للجائر لأن للمزكى غرضا في الدفع إليه لتيقنه

به براءة ذمته وتوفر مؤنة التفرقة عليه ودفع خطر ضمانه بالتلف بعد التمكن لو لم يبادر بالدفع إليه ولا غرض هنا وأيضا فمستحقو الزكاة قد ينحصرون بالأشخاص فيطالبون ولا كذلك جهة المصالح فكانت أقرب للضياع وأيضا فالشارع نص على ولاية الإمام للزكاة دون الإرث وما أوهمته عبارته من أنه عند فقد ذوي الأرحام وغيرهم لا يصرف على رأي المتأخرين لغير المنتظم غير مراد بل على من هو بيده صرفه لقاضي البلد الأهل ليصرفه في المصالح إن شملتها ولايته. فإن لم تشملها تخير بين صرفه له وتوليئه صرفه لها بنفسه إن كان أمينا عارفا كما لو فقد <ص: 392> الأهل فإن لم يكن أمينا فوضه لأمين عارف وعبارة ابن عبد السلام إذا جار الملوك في مال المصالح وظفر به أحد ممن يعرفها صرفه فيها وهو ماجور على ذلك بل الظاهر وجوبه (غير) بالجر صفة لأهل على ما قيل ويوجه بتعرفها بالإضافة إن وقعت بين ضدين على ما فيه والنصب على الاستثناء وهو أولى أو متعين (الزوجين) إجماعا، لأنه لا رحم لهما ومن ثم ترث زوجة تدلي بعمومة أو خوولة بالرحم لا بالزوجية (ما) معمول للرد على ضعف فيه. (فضل عن فروضهم بالنسبة) أي بنسبة فروضهم إن اجتمع أكثر من صنف، وعدد سهامهم أصل المسألة طلبا للعدل فللبنت وحدها الكل ومع الأم ثلاثة أرباع وربع للأم، لأن أصلها من ستة وسهامها منها أربعة فاجعلها أصل المسألة واقسمها بينهما أرباعا ويصح أن تقول يبقى سهمان للأم ربعها <ص: 393> نصف يضرب في الستة فتصح من اثني عشر وترجع بالاختصار إلى أربعة، ولو تعدد ذو فرض قسم بينهم بالسوية فعلم أن الرد ضد العول الآتي (فإن لم يكونوا) أي ذوو الفروض (صرف إلى ذوي الأرحام) إرثا عصوبة فيأخذه كله من انفرد منهم، ولو أنثى وغنيا للحديث الصحيح {الخال وارث من لا وارث له} وقدم الرد، لأن القرابة المفيدة لاستحقاق الفرض أقوى وفي إرثهم إذا اجتمعوا مذهب أهل القرابة وهو تقديم الأقرب للميت، ومذهب أهل التنزيل بأن ينزل كل منزلة من يدلي به فيجعل ولد البنت والأخت كأههما وبنات الأخ والعم كأبيهما والخال والخالة كالأم والعم للأم والعمة كالأب ففي بنت بنت وبنات بنت ابن المال بينهما <ص: 394> أرباعا وإذا نزل كل كما ذكر قدم الأسبق للوارث لا للميت فإن

استووا قدر كأن الميت خلف من يدلون به ثم يجعلون نصيب كل لمن أدلى به على حسب إرثه منه لو كان هو الميت إلا أولاد ولد الأم والأخوال والخالات منها فبالسوية ويراعى الحجب فيهم كالمشبهين بهم ففي ثلاث بنات إخوة متفرقين لبنت الأخ للأم السدس ولبنت الشقيق الباقي وتحجب بها الأخرى كما يحجب أبوها أباها.

(تنبيه) وقع للدميري في عمه لأم وبنت أخ شقيق أن الثانية تقدم عند الجميع المقربين والمنزليين وهو غلط منشؤه الغفلة عما في الروضة وغيرها وجريت عليه أنفا أن العمه ولو للأم تنزل منزلة الأب وهو مقدم على الأخ وحينئذ فالمال كله للعمه على الأصح (وهم) شرعا كل قريب وفي اصطلاح الفرضيين (من سوى المذكورين من الأقارب) من كل من ليس له فرض ولا عصوية (وهم عشرة أصناف) وبالمدلي الآتي بصيرون أحد عشر (أبو الأم وكل جد وجدة ساقطين) كأبي أبي الأم وأم أبي الأم، وإن عليا هؤلاء صنف (وأولاد البنات) ذكورا وإناثا ومنهم أولاد بنات الابن (وبنات الإخوة) مطلقا دون ذكور غير الإخوة للأم (وأولاد الأخوات) مطلقا (وبنو الإخوة للأم) وبناتهم ذكرت في بنات الإخوة (والعم للأم) أي أخو الأب لأمه (وبنات الأعمام والعمات) بالرفع (والأخوال والخالات) وعطف على عشرة قوله (و) الفروع (المدلون بهم) أي المذكورين ما عدا الأول، لأن الأم تدلي به وهي ذات فرض. <ص: 395>

(فصل) في بيان الفروض التي في القرآن الكريم وذويها (الفروض) أي الأنصباء (المقدرة) فلا يزداد عليها ولا ينقص عنها إلا لرد أو عول (في كتاب الله تعالى) للورثة (ستة) وأخصر ما يعبر به عنها الربع والثلث ونصف كل وضعفه وثلث ما يبقى فيما يأتي مزيد لدليل آخر وليس المراد أن كل من له شيء منها يأخذه بنص القرآن لأن فيهن من أخذ بالإجماع أو القياس كما يأتي (النصف) بدعوا به لأنه نهاية الكسور المفردة في الكثرة وبعضهم بدأ بالثلثين اقتداء بالقرآن أي ولأنه نهاية ما ضوعف (فرض خمسة زوج) بالجر ويجوز الرفع وكذا النصب لولا تغييره للفظ المتن وبدعوا به تسهلا للتعليم، لأن كل ما قل الكلام فيه يكون أرسخ في الذهن وهو على الزوجين أقل منه على غيرهما والقرآن العزيز بالأولاد، لأنهم أهم عند

الآدمي ومن ثم ابتدءوا في تعليم القرآن بآخره على خلاف السنة في قراءته (لم تخلف زوجته ولدا ولا ولد ابن) ذكرا أو أنثى وارثا للآية وابن الابن، وإن سفل ملحق به إجماعا (وبنت أو بنت ابن أو أخت لأبوين أو لأب منفردات) عمن يأتي للآيات فيهن مع الإجماع على الثانية وعلى إخراج الأخت للآية من الآية. (والربع فرض) اثنين (زوج لزوجته ولد أو ولد ابن) ذكر أو أنثى <ص: 396> وارث، وإن نزل للآية مع الإجماع في ولد الابن فإن فقد الولد أو كان غير وارث لنحو قتل أو ورث بعموم القرابة كفرع البنت فله النصف (وزوجة) فأكثر إلى أربع بل، وإن زدن في حق نحو مجوسي (ليس لزوجها واحد منهما) كما ذكر للآية (والثمن) لواحد، لأنه (فرضها) أي الزوجة فأكثر (مع أحدهما) كما ذكر للآية أيضا وجعل له في حالته ضعف مالها في حالتها، لأن فيه ذكورة وهي تقتضي التعصيب فكان معها كالابن مع البنت وسيذكر توارث الزوجين في عدة الطلاق الرجعي. (والثلثان فرض) أربع (بنين فصاعدا) للآية وفوق فيها صلة للإجماع على أن للبنتين الثلثين المستند للحديث الصحيح أنها نزلت في بنتين وزوجة وابن عم فقضى صلى الله عليه وسلم للزوجة بالثمن وللبنتين بالثلثين ولابن العم بالباقي (وبنتي ابن فأكثر) إجماعا (وأختين فأكثر لأبوين أو لأب) للآية في الثنتين وللإجماع فيما زاد على أنها نزلت في قصة جابر لما مرض وسأل عن إرث أخواته السبع منه وما قيل لما مات غلط لأنه عاش بعد النبي صلى الله عليه وسلم بكثير فكان تقديرها ثنتين فأكثر ويشترط انفرادهن عمن يعصبهن أو يحجبهن حرمانا أو نقصانا. (والثلث فرض) اثنين فرض (أم ليس لميتها ولد ولا ولد ابن) وارث (ولا اثنان من الإخوة والأخوات) يقينا فإن شك في نسب اثنين فسيأتي في الموانع للآية وولد الولد كالولد إجماعا وجمع الإخوة فيها المراد به عدد من هذا الجنس إجماعا قبل ظهور خلاف ابن عباس رضي الله عنهما وسيأتي أن فرضها في إحدى الغراوين ثلث الباقي (وفرض اثنين فأكثر من ولد الأم) لقوله تعالى {وله أخ أو أخت} الآية أي من أم إجماعا وهو في قراءة شاذة وهي إذا صح سندها كخبر الواحد في وجوب العمل بها خلافا لشرح مسلم (وقد يفرض) الثلث (للجد مع الإخوة) فيما يأتي وبه يكون الثلث لثلاثة، وإن كان الثالث ليس في القرآن.

(والسدس فرض سبعة أب وجد) لم يدل بأثني (لميتهما ولد أو ولد ابن) وارث للآية والجد كالأب فيها (وأم لميتها ولد أو ولد ابن) <ص: 397> وارث (أو اثنان من إخوة وأخوات)، وإن لم يرثا لحبهما بالشخص دون الوصف كما يعلم مما يأتي كآخ لأب مع شقيق ولأم مع جد، ولو كانا ملتصقين ولكل رأس ويدان ورجلان وفرج إذ حكمهما حكم الاثنيين في سائر الأحكام كما نقلوه عن ابن القطان وأقروه وظاهر أن تعدد غير الرأس ليس بشرط بل متى علم استقلال كل بحياة كان نام دون الآخر كان كذلك.

(تنبيه) سئلت عن ملتصقين ظهر أحدهما في ظهر الآخر ولم يمكن انفصالهما فأحرما بالحج ثم أراد أحدهما تقديم السعي عقب طواف القدوم والآخر تأخيره إلى ما بعد طواف الركن فمن المجاب وهل إذا فعل أحدهما ما لزمه من الأركان والواجبات بموافقة الآخر ثم أراد الآخر ذلك يلزم الأول موافقته والمشى والركوب معه إلى الفراغ أيضا أو لا وهل يلزم كلا أن يفعل مع الآخر واجبه من نحو صلاة سواء أوجب عليه نظير ما وجب على صاحبه أو لا ضاق الوقت أم لا ؟ فأجبت بقولي الذي يظهر من قواعدنا أنه لا يجب على أحدهما موافقة الآخر في فعل شيء أرادته مما يخصه أو يشاركه الآخر فيه لأن تكليف الإنسان بفعل لأجل غيره من غير نسبه لتقصير ولا لسبب فيه منه لا نظير له ولا نظر لضيق الوقت، لأن صلاتهما معا لا تمكن، لأن الفرض تخالف وجهيهما فإن قلت لم لا نجبره ويلزم الآخر بالأجرة كما هو قياس مسائل ذكروها قلت تلك ليست نظير مسألتنا، لأنها ترجع إلى حفظ النفس تارة كمرضعة تعينت والمال أخرى كوديع تعين وما هنا إنما هو إجبار لمحض عبادة وهي يغتفر فيها ما لا يغتفر فيهما فإن قلت عهدنا الإجماع بالأجرة للعبادة كتعليم الفاتحة بالأجرة قلت يفرق بأن ذاك أمر يدوم نفعه بفعل قليل لا يتكرر بخلاف ما هنا فإنه يلزم تكرار الإجماع بل دوامه ما بقيت الحياة وهذا أمر لا يطاق فلم يتجه إيجابه فإن رفع الأمر للحاكم في شيء من ذلك أعرض عنهما إلى أن يصطلحا على شيء يتفقان عليه أخذا مما ذكروه أواخر العارية بل أولى فتأمل ذلك فإنه مهم فإذا اجتمع معها ولد وأخوان فالحاجب لها الولد فقط، لأنه أقوى (وجدة) فأكثر لما صح {أنه صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس وأنه قضى به

للجدتين} (ولبنت ابن) فأكثر (مع بنت صلب) أو بنت ابن أعلى منها إجماعاً (ولأخت أو أخوات لأب مع أخت لأبوين) قياساً على الذي قبله (ولوأحد من ولد الأم) ذكراً أو أنثى وقد يرث بعض المذكورين بالتعصيب كما يعلم مما يأتي.

(فصل) في الحجب وهو لغة المنع وشرعاً منع من قام به سبب الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه ويسمى الأول حجب حرمان وهو إما بالشخص أو الاستغراق وهو المراد هنا أو الوصف وسيأتي والثاني حجب نقصان وقد مر ومنه حجب الفرع للزوج أو الزوجة أو للأبوين (الأب والابن والزوج لا يحجبهم) من الإرث حرماناً (أحد) إجماعاً لأن كلا منهم يدلي للميت بنفسه وليس فرعاً عن غيره بخلاف المعتق فإنه، وإن أدلى بنفسه لكنه فرع عن النسب، لأنه مشبه به فقدم عليه (وابن الابن)، وإن سفل (لا يحجبه إلا الابن) إجماعاً أباه كان لإدلائه به أو عمه، لأنه أقرب منه (أو ابن ابن أقرب منه) كابن ابن وابن ابن ابن ابن ابن، ولولا قولي وإن سفل لم ينتظم استثناء نحو هذه الصورة ويحجبه أيضاً أصحاب فروض مستغرقة كأبوين وبنيتين (والجد)، وإن علا (لا يحجبه إلا) ذكر (متوسط >ص: 398) بينه وبين الميت) إجماعاً كالأب، لأن كل من أدلى للميت بواسطة حجبته إلا أولاد الأم وخرج بذكر من أدلى بأنثى فإنه لا يرث أصلاً فلا يسمى حجباً كما علم من حده السابق (والأخ لأبوين يحجبه الأب والابن وابن الابن)، وإن سفل إجماعاً (و) الأخ (للأب يحجبه هؤلاء) لأنهم حجبوا الشقيق فهو أولى (وأخ لأبوين)، لأنه أقوى وأقرب منه ويحجبه أيضاً أخت لأبوين معها بنت أو بنت ابن وهو وإن كان حجباً بالاستغراق لكنه لا يخرج عن كونه حجباً بأقرب منه فربما يرد على تعبيره المذكور ولا يشمل قوله الآتي وكل عصبة تحجبه أصحاب فروض مستغرقة، لأن الأخت هنا لم تأخذ إلا تعصياً نعم أجاب ابن الرفعة بأن الكلام في مطلق من يحجبه وكل من البنت أو بنت الابن والشقيقة لا تحجبه عند الإطلاق. (و) الأخ (لأم يحجبه أب وجد وولد وولد ابن)، وإن سفل، ولو أنثى للخبر الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم فسر الكلالة في الآية التي فيها إرث ولد الأم كما مر بأنه من لم يخلف ولداً ولا والداً (وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة أب وجد)، وإن علا، لأنه أقوى منه وقيل

يقاسم أبا الجد لاستواء درجتيهما كالأخ مع الجد ويرد بأن هذا خارج عن القياس كما يأتي فلا يقاس عليه (وابن وابنه وأخ لأبوين ولأب)، لأنه أقرب منه وذكر ستة هنا ليرفع إيهام التكرار المحض عن هذا وما يليه وليفيد أن قوله (والأب) هذا معطوف على لأبوين الأول لا على ما يليه (يحجبه هؤلاء) الستة (وابن أخ لأبوين)، لأنه أقرب منه. (والعم لأبوين يحجبه هؤلاء) السبعة (وابن أخ لأب) >ص: 399<، لأنهم أقرب منه (و) العم (لأب يحجبه هؤلاء) الثمانية (وعم لأبوين) كذلك (وابن عم لأبوين يحجبه هؤلاء) التسعة (وعم لأب و) ابن عم (لأب يحجبه هؤلاء) العشرة (وابن عم لأبوين) كذلك ولا يرد عليه أن كلا من العم بقسميه يطلق على عم الميت وعم أبيه وعم جده مع أن ابن عم الميت، وإن نزل يحجب عم أبيه، وابن عم أبيه وإن نزل يحجب عم جده وذلك، لأن الكلام بقرينة السياق في عم الميت لا عم أبيه ولا عم جده. (والمعتق يحجبه عصبة النسب) إجماعاً، لأن النسب أقوى ومن ثم اختص بالمحرمة ووجوب النفقة وسقوط القود والشهادة ونحوها (والبنت والأم والزوجة لا يحجن) حرماناً إجماعاً (وبنت الابن يحجبها ابن) مطلقاً، لأنه أبوها أو عمها (أو بنتان إذا لم يكن معها من يعصبا) لأنه لم يبق من الثلثين شيء فإن وجد معها ذلك كإخيهما أو ابن عمها أخذت معه الثلث الباقي تعصبا (والجدة للأم لا يحجبها إلا الأم) لإدلائها بها ولا كذلك الأب والجد (و) الجدة (للأب يحجبها الأب) لإدلائها به وقال جمع مجتهدون لا يحجبها لحديث فيه لكن ضعفه عبد الحق وغيره وقد تراث وابن ابنها أو ابن بنتها حي من ابنه في صورة هي أن تكون جدة من جهتين بأن يموت ابنها أو بنتها وتترك ولداً متزوجاً بنت عمته أو خالته وله منها ولد فيموت هذا الولد بعد موت أمه وأمها ويترك أباه وجدته العليا التي هي أم أمه وأم أبي أبيه أو وأم أم أبيه فترثه من جهة كونه ابن بنت بنتها لا من جهة كونه ابن ابن ابنها أو ابن ابن بنتها (والأم) إجماعاً ولأنها أقرب منها في الأمومة التي بها الإرث. (و) الجدة (القربى من كل جهة تحجب البعدي منها) سواء أدلت بها كأم أب وأم أم أب وأم أم أم أم الأم لا كأم أب وأم أبي أب وقصر اتحاد الجهة على المدلية فالمنع في المثال الأخير للأقربية مع اختلاف الجهة اصطلاح آخر >ص: 400< غير ما في

المتن هنا يناسبه ما يأتي في شرح في الأظهر فلا يرد عليه نعم إن كانت البعدى من جهة أخرى لم تحجب كما في الجدة العليا في الصورة السابقة فإن بنتها التي هي أم الميت لا تسقطها لأنها أعني العليا أم أم أبيه فهي مساوية لها من جهة الأب فورثت معها لا من جهتها وليس لنا جدة ترث مع بنتها الوارثة إلا هذه. (والقربى من جهة الأم) كأم أم (تحجب البعدى من جهة الأب كأم أم أب)، لأن لها قوتين: قربها بدرجة، وكون الأم كالأصل لتحقيق نسبة الميت لها ولا كذلك الأب والجدات كفرعها. (والقربى من جهة الأب) كأم أب (لا تحجب البعدى من جهة الأم) كأم أم الأم (في الأظهر) بل يشتركان في السدس لأن الأب لا يحجبها فالجدة المدلية به أولى وفارق هذا القربى من جهة الأم لقوة قرابتها بتيقنها ومن ثم حجت جميع الجدات من الجهتين بخلافه والقربى من جهة أمهات الأب كأم أم أب تسقط بعدى جهة آباءه كأم أم أبي الأب وأم أبي الأب والقربى من جهة آباءه كأم أبي أبيه لا تسقط بعدى جهة أمهاته كأم أم أم الأب على الأظهر أخذا برواية أهل المدينة عن زيد، لأنهم لكونهم أهل بلده أعرف بمرويه من غيرهم. (والأخت من الجهات) <ص: 401> كلها (كالأخ) منها فيحجبها من يحببه بتفصيله السابق نعم الشقيقة أو التي لأب لا يحجبها فروض مستغرقة حيث فرض لها والتي لأب لها السدس مع الشقيقة والأخ ليس كذلك ولا يرد للعلم به من كلامه (والأخوات الخالص لأب يحبهن أيضا) شقيقة مع بنت لاستغراقهما و (أختان لأبوين) لأنه لم يبق من الثلثين شيء وخرج بالخلص ما لو كان معهن أخ لأب فيعصبهن ويأخذ الثلث هو وهما. (والمعتقة كالمعتق) فيحجبها عصبات النسب (وكل عصابة) لم تنتقل للفرض وهو غير ابن لما قدمه أولا أنه لا يحجب (يحببه) استشكل تسمية هذا حبا بما يردده أنه لا مشاحة في الاصطلاح فأخذ شارح بقضية الإشكال ليس في محله (أصحاب فروض مستغرقة) للمال كزوج وأم وولد أم وعم لا شيء للعلم للخبر المتفق عليه {الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر} وخرج بقولي لم ينتقل للفرض الأخ لأبوين في المشتركة والأخت لأبوين أو لأب في الأكدرية فكل منهما عصابة ولم يحببه الاستغراق، لأنه انتقل للفرض، وإن لم يرث به في الأكدرية.

(تنبيه) شرط الحجب في كل ما مر الإرث فمن لا يرث لمانع مما يأتي لا يحجب غيره حرمانا ولا نقصانا أو يحجب فكذلك إلا في صور كالأخوة مع الأب يحجبون به ويردون الأم من الثلث إلى السدس وولديها مع الجد يحجبان به ويردانها إلى السدس ففي زوج وشقيقة وأم وأخ لأب لا شيء للأخ مع أنه مع الشقيقة يردان الأم إلى السدس

(فصل) في إرث الأولاد وأولاد الابن اجتماعا وانفرادا (الابن) المنفرد (يستغرق المال) بالعصوبة (وكذا البنون) إجماعا (وللبنت) المنفردة عمن يعصبها (النصف ولبنتين) كذلك (فصاعدا الثلثان) كما مر وذكر هنا تميمًا وتوطئة لقوله (ولو اجتمع بنون وبنات فالمال لهم للذكر مثل حظ الأنثيين) للآية والإجماع وفضل الذكر لاختصاصه بنحو النصرة وتحمل العقل والجهاد وصلاحيته للإمامة والقضاء وغير ذلك وجعل له مثلاها، لأن له حاجتين حاجة لنفسه وحاجة لزوجته وهي لها الأولى بل قد تستغني بالزوج ولم ينظر إليه لأن من شأنها الاحتياج ولأنه قد لا يرغب فيها غالبا إذا لم يكن لها مال فأبطل تعالى حرمان الجاهلية لها. >ص: 402< (وأولاد الابن) وإن سفلوا (إذا انفردوا كأولاد الصلب) فيما ذكر إجماعا لتتريلمهم منزلتهم (فلو اجتمع الصنفان) أي أولاد الصلب وأولاد الابن (فإن كان من ولد الصلب ذكر) وحده أو مع أنثى (حجب أولاد الابن) إجماعا (وإلا) يكن منهم ذكر (فإن كان للصلب بنت فلها النصف والباقي لولد الابن المذكور أو المذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنثيين كأولاد الصلب (فإن لم يكن) منهم (إلا أنثى أو إناث فلها أو لهن السدس) تكملة الثلثين إجماعا ولخبر مسلم {أنه صلى الله عليه وسلم قضى به للواحدة} (وإن كان للصلب بنتان فصاعدا أخذتا) أو أخذن (الثلثين) لما سبق (والباقي لولد الابن الذكور أو الذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنثيين (ولا شيء للإناث الخالص) إجماعا (إلا أن يكون أسفل منهن) أو مساويهن كما فهم بالأولى وقد يدخل فيما قبله بجعل قوله لولد الابن للجنس الصادق بأخيهن وابن عمهن بل صرح بذلك في قوله الآتي إلا أن بنات الابن يعصبهن من في درجتهم أو أسفل.

(تنبيه) المتبادر من كلامهم أن المراد بالخلص أن لا يكون معهن معصب مساو أو أنزل وعليه فالاستثناء منقطع لأنهن

مع وجوده لسن بخلص ويصح كونه متصلا بجعل الخلص مقصورا على من ليس معهن أخ وحينئذ يختص المساوي الذي أشرنا لدخوله بابن العم وفيه ما فيه (ذكر فيعصبهن) لتعذر إسقاطه لكونه عصبة ذكرا وحيازته مع بعده أو مساواته فأخذ الواحد منه مثلي نصيب الواحدة منهن ويسمى الأخ المبارك (وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن كأولاد الابن مع أولاد الصلب) في جميع ما مر (وكذا سائر المنازل) <ص: 403> فلكل ذي درجة نازلة مع أعلى منها حكم ما ذكر (وإنما يعصب المذكر النازل من في درجته) كأخته وبنت عمه فيأخذ مثليها استغرق الثلثان أم لا وخرج بمن في درجته من هي أسفل منه فإنه يسقطها (ويعصب من) هي (فوقه إن لم يكن لها شيء من الثلثين) كبنيتين وبنت ابن وابن ابن بخلاف ما إذا كان لها منهما شيء كبنت وبنت ابن وابن ابن فلها السدس وتستغني به وله الثلث الباقي، ولو كان في هذا المثال بنت ابن ابن أيضا قسم الثلث بينهما، لأن هذه لا شيء لها في السدس الذي هو تكملة الثلثين فعصبها قالوا وليس لنا من يعصب أخته وعمته وعمه أبيه وجدته وبنات أعمامه وأعمام أبيه وجده إلا المستقل من أولاد الابن

(فصل). في كيفية إرث الأصول وقدم الفروع، لأنهم أقوى (الأب يرث بفرض) فقط هو السدس غير عائل (إذا كان معه ابن أو ابن ابن) وارث أو بنتان وأم وعائلا إذا كان معه بنتان وأم وزوج (و) يرث (بتعصيب) فقط (إذا لم يكن) معه (ولد ولا ولد ابن) سواء انفرد أو كان معه ذو فرض آخر كزوجة أو أم أو جدة (و) يرث (بهما إذا كان) معه (بنت أو بنت ابن) أو هما أو بنتان أو بنتا ابن (له السدس فرضا والباقي بعد فرضهما) أي فرض الأب وفرض البنت أو وفرض بنت الابن قيل لا يصح أفراد الضمير وإن وجب بعد العطف بأو لاقتضائه أنه عند اجتماعهما يأخذ الباقي بعد فرض إحداهما انتهى وهو صحيح إلا قوله وأن إلى آخره بناء على أن الضمير كما تقرر في حله للأب والبنت أو وبنت الابن ولم يسبق في هذين قول المحشي قوله: أو بعد فرضي البنت وبنت الابن ليس هذا في النسخ بأيدينا ا هـ. <ص: 404> عطف بأو على أنها تدخل في عبارته ويصح شمول عبارته للبنت وبنت الابن فيصح ما

قاله ويرد عليه فرضا البنتين وبنتي الابن فإن له ما فضل عن فرضهما أيضا (بالعصوبة) للخبر السابق آنفا. (ولأم الثلث أو السدس في الحالين السابقين في الفروض) وذكر تميمًا وتوطئة لقوله (ولها في مسألتني زوج أو زوجة وأبوين ثلث ما بقي بعد الزوج) أصلها من اثنين للزوج واحد يبقى واحد على ثلاثة لا يصح ولا يوافق تضرب اثنين في ثلاثة للزوج ثلاثة وللأب اثنان ولأم واحد ثلث ما بقي (أو الزوجة) أصلها من أربعة، لأن فيها ربعًا وثلث ما يبقى ومنها تصح للزوجة واحد ولأم ثلث الباقي وللأب الباقي وجعل له ضعفها، لأن كل أنثى مع ذكر من جنسها له مثراها، وقال ابن عباس بعد إجماع الصحابة على ما تقرر، وخرق الإجماع إنما يحرم على من لم يكن موجودا عنده كما يأتي في العول لها الثلث كاملا لظاهر القرآن وأجاب الآخرون بتخصيصه بغير هذين الحالين لنص القرآن على أن له مثلها عند انفرادهما فكذا عند اجتماع غيرهما معهما إذ لا يتعقل بين الحالين فرق ولم يعبروا بسدس في الأول ويرى في الثاني تأدبا مع ظاهر لفظ القرآن وزعم أنه لا تأدب مع مخالفة معناه ليس في محله، لأن المخالفة للدليل كما هنا واجبة فلتعذر مخالفة المعنى وإمكان موافقة اللفظ كانت الموافقة له تأدبا أي تأدب وتلقبان بالغراوين تشبيها لهما بالكوكب الأغر أي المضيء لشهرتهما وبالغريبتين، لأنه لا نظير لهما وبالعمريتين لقضاء عمر رضي الله عنه فيهما بذلك. (والجد كالأب) في جميع ما تقدم حتى في جمعه بينهما فيما مر، وقيل لا يأخذ في هذه إلا بالتعصيب ومن فوائد الخلاف ما لو أوصى بشيء مما يبقى بعد الفرض أو بمثل فرض بعض ورثته أو بمثل أقلهم نصيبا فإذا أوصى لزيد بثلث ما يبقى بعد الفرض ومات عن بنت وجد فعلى الأول هي لزيد بثلث الثلث وعلى الثاني بثلث النصف ولا يرد عليه جمع زوج هو ابن عم أو معتق وزوجة معتقة بين الفرض والتعصيب، لأنه بجهتين والكلام في جمعهما بجهة واحدة (إلا أن الأب يسقط الإخوة والأخوات) للميت كما مر (والجد يقاسمهم إن كانوا لأبوين أو لأب) كما يأتي تفصيله (والأب يسقط أم نفسه)، لأنها تدلي به (ولا يسقطها) أي أم الأب (الجد) <ص: 405>، لأنها لا تدلي به (والأب في زوج أو زوجة وأبوين يرد الأم من الثلث إلى ثلث الباقي ولا يردها الجد)

بل تأخذ الثلث كاملاً، لأنه لا يساويها فلا يلزم تفضيلها عليه ولا يرد على حصره أن جد المعتقد يحجبه أخو المعتقد وابن أخيه وأبو المعتقد يحجبهما، لأنه سيذكر ذلك بقوله لكن الأظهر إلى آخره وأن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة والجد يرث معه جدتان، لأنه معلوم من قوله والأب يسقط إلى آخره وأبو الجد ومن فوقه كالجد في ذلك وكل جد يحجب أم نفسه ولا يحجبها من هو فوقه فكل ما علا الجد درجة زاد معه جدة وارثة فيرث مع الجد جدتان ومع أبي الجد ثلاث ومع جد الجد أربع وهكذا. (وللجدة السدس) لما تقدم (وكذا الجدات) أي الجدتان فأكثر، لأن المراد بالجمع في هذا الباب ما فوق الواحد وذلك للحديث الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم {قضى للجدتين من الميراث بالسدس بينهما} وفي مرسل أنه أعطاه لثلاث جدات وعليه إجماع الصحابة (وترث منهن أم الأم وأمهاها المدليات بإنات خلص) كأم أم الأم وإن علت اتفاقاً ولا ترث من جهة الأم إلا واحدة دائماً (وأم الأب وأمهاها كذلك) أي المدليات بإنات خلص لما صح عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قسم السدس بين أم الأم وأم الأب لما قيل له، وقد أثر به الأولى أعطيت التي لو ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها (وكذا أم أب الأب وأم الأجداد فوقه وأمهاتهن) يرثن (على المشهور)، لأنهن يدلين بوارث فهن كأم الأب لا كأم أبي الأم (وضابطه) أي يرثن المعلوم من السياق أن تقول (كل جدة أدلت بمحض إنات) كأم أم أم (أو) بمحض (ذكور) كأم أبي الأب (أو) بمحض (إنات إلى ذكور) كأم أم أب (ترث ومن أدلت بذكر بين أنثيين) كأم أبي الأم (فلا) ترث وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك

(فصل) في إرث الحواشي (الإخوة والأخوات لأبوين إذا) وفي نسخة إن (انفردوا) عن الإخوة والأخوات لأب (ورثوا كأولاد الصلب) فيأخذ الواحد فأكثر كل المال أو الباقي والواحدة نصفه والثلثان فأكثر ثلثيه والمجتمعون الذكر مثل حظ الأنثيين وقدم أن الابن لا يحجب بخلاف الشقيق فلا يرد عليه هنا (وكذا إن كانوا لأب) وانفردوا عن الأشقاء فيأخذون المال كما ذكر إجماعاً (إلا) استثناء مما تضمنه كلامه <ص: 406> أن الأخوات لأب كالأشقاء (في المشتركة) بفتح الراء المشددة، وقد تكسر (وهي زوج وأم)

أو جدة (أو ولدا أم) فأكثر (وأخ) فأكثر (لأبوين) سواء أكانوا ذكورا أم ذكورا وإناثا (فيشارك الأخ) الشقيق فأكثر (ولدي الأم في الثلث) بأخوة الأم فيأخذ كواحد منهم الذكر والأنثى في ذلك سواء لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها وهي بنوة الأم، وقيل يسقط الشقيق، لأنه عصبة ولم يبق له شيء (ولو كان بدل الأخ) لأبوين (أخ لأب) وحده أو مع أخته أو أخته (سقط) هو وهن إجماعا لفقد قرابة الأم ويسمى الأخ المشئوم، أو أخت أو أختان لأب فرض لها النصف ولهما الثلثان وعالت كما لو كانت شقيقة أو شقيقتان. (ولو اجتمع الصنفان) أي الأشقاء والإخوة لأب (فكاجتماع أولاد الصلب وأولاد ابنة) فإن كان الشقيق ذكرا حجبهم إجماعا أو أنثى فلها النصف أو أكثر فلهما الثلثان، ثم إن كان ولد الأب ذكرا أو مع إناث أخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين أو أنثى أو أكثر فلها أو لهما مع شقيقة السدس تكملة الثلثين ومع شقيقتين لا شيء لهما >ص: 407< إلا إن كان معهما أخ يعصبهما ويسمى الأخ المبارك لا ابن أخ كما قال (إلا أن بنات الابن يعصبهن من في درجاتهن أو أسفل) كما مر. (والأخت لا يعصبها إلا أخوها) بخلاف ابن أخيها بل الكل له دونها، والفرق أن ابن الأخ لا يعصب أخته فعمته أولى، وابن الابن يعصب عمته فأخته أولى. (وللواحد من الإخوة والأخوات لأم السدس وللأختين فصاعدا الثلث) كما مر وذكر توطئة لقوله (سواء ذكورهم وإناثهم) إجماعا إلا رواية شاذة عن ابن عباس رضي الله عنهما ولأن إرثهم بالرحم كالأبوين مع الولد وإرث غيرهم بالعصوبة وهي تقتضي تفضيل الذكر وهذا أحد الأحكام الخمسة التي تميزوا بها والبقية أن ذكرهم المنفرد كأشاهم المنفردة وأنهم يرثون مع من يدلون به وأنهم يحجبون من يدلون به حجب نقصان وإن ذكرهم يدلي بأشئ ويرث. (والأخوات) أو الأخت (لأبوين أو لأب مع) البنت أو (البنات) ومع بنت الابن (أو بنات الابن عصبة كالأخوة) إجماعا إلا ما حكى عن ابن عباس وغيره أنه لا ترث أخت مع بنت بل الباقي للعصبة كابن الأخ أو العم وإذ كن عصبة (فتسقط أخت لأبوين مع البنت) أو بنت الابن (الأخوات لأب) كما يسقط الشقيق الأخ لأب. (وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم كأبيه اجتماعا وانفرادا) فيستغرق الواحد أو الجمع المال إن انفرد وإلا أسقط ابن الشقيق ابن الأخ لأب (لكن

يخالفونهم) أي آباءهم (في أنهم لا يردون الأم) من الثلث (إلى السدس) وفارقوا ولد الولد بأنه يسمى ولدا مجازا مشهورا <ص: 408> بل حقيقة وابن الأخ لا يسمى أبا كذلك (ولا يرثون مع الجد) إجماعا، لأنه كأخ والأخ يسقطهم (ولا يعصبون أخواتهم)، لأنهن من ذوي الأرحام لتراخي قربهم مع ضعف الأنوثة (ويسقطون في المشتركة) أي أولاد الإخوة الأشقاء كما صرح به أصله وعلم مما مر أن أولاد الأب يسقطون فيها فأولى أبناء الأشقاء المحجوبون بهم وذلك، لأن ماخذ التشريك قرابة الأم وابن ولد الأم لا يرث وفي أن أولاد الأشقاء لا يحجبون الإخوة لأب بخلاف الأشقاء وأن الأخ لأب يحجب ابن الشقيق وابنه لا يحجبه وإن بني الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصابات مع البنات بخلاف آبائهم وهذه الثلاثة علمت من كلامه كما يظهر بأدنى تأمل. (والعم لأبوين أو لأب) سواء عم الميت وعم أبيه وعم جده وهكذا (كالأخ من الجهتين اجتماعا وانفرادا) فيأخذ الواحد فأكثر منهم المال أو ما بقي ويسقط العم الشقيق العم للأب وهو يسقط بني الشقيق ومر ما يعلم منه أن بني الإخوة من الجهتين يحجبون الأعمام (وكذا قياس بني العم) لأبوين أو لأب فيحجب بنو العم الشقيق بني العم لأب (وسائر) أي باقي (عصبة النسب) كبنني بني الإخوة وبني بني العم وهكذا فكل ابن منهم كآبيه وليس بعد بني الأعمام عصبة وبنو الأخوات العصبة ليسوا مثلهن ولا يرد عليه، لأن الكلام في العصبة بنفسه بل يتأمل أن أولادهن خرجوا بقوله عصبة النسب يندفع الإيراد من أصله. <ص: 409> (والعصبة) بنفسه وبغيره ومع غيره وهو يشمل الواحد والمتعدد والذكر والأنثى (من ليس له سهم مقدر) حالة تعصبيه من جهة التعصيب (من المجمع على توريثهم) خرج بمقدر ذو الفرض وبما بعده ذوو الأرحام بناء على أن من ورثهم لا يسميهم عصبة وفيه خلاف بل على مذهب أهل التنزيل ينقسمون إلى ذوي فرض وعصابات ودخل في الحد بمراعاة قولنا حالة تعصبيه إلى آخره البنت مع الابن والأخت مع البنت والأب والجد وابن العم الذي هو أخ لأم أو زوج فإن أخذهم للفرض ليس في حالة التعصيب ولا ينافي ما قررته من شمول الحد للثلاثة تفريره ما يختص بالعاصب بنفسه أو بنفسه وبغيره وهو قوله (فيرث المال) المخلف كله إذا لم يكن معه ذو فرض،

لأنهم قد لا يلاحظون في التفرع بعض ما سبق على أن الآخرين يرث كل منهما على حدته كل المال إذا لم ينتظم أمر بيت المال وذلك للخبر السابق فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر (أو ما فضل بعد الفروض) أو الفرض وهذا يعم الأنواع الثلاثة <ص: 410>

(فصل) في الإرث بالولاء. (من لا عصة له بنسب وله معتق) استقر ولاؤه عليه فخرج عتيق حربي رق وعتقه مسلم فإنه الذي يرثه على النص (فماله) كله (أو الفاضل عن الفروض) أو الفرض (له) وسيعلم مما سيذكره أنه يلحق بالعتيق كل منتسب إليه (رجلا كان) المعتق (أو امرأة) للحديث الصحيح {إنما الولاء لمن أعتق} وللإجماع (فإن لم يكن) أي يوجد المعتق مطلقا أو بصفة الإرث (ف) المال (لعصبته) أي المعتق (بنسب المتعصبين بأنفسهم لا لبنته) العصة بغيرها (وأخته) العصة مع غيرها، لأن الولاء أضعف من النسب المتراخي وإذا تراخى النسب لم ترث الأنثى كبنت الأخ والعم وعلم من تفسيري يكن بما مر رد ما أورده البلقيني وغيره عليه من أن كلامه صريح في أن الولاء لا يثبت للعصة في حياة المعتق بل بعد موته وليس كذلك بل هو ثابت لهم في حياته حتى لو كان مسلما وأعتق نصرانيا ثم مات ولمعتقه أولاد نصارى ورثوه مع حياة أبيهم (وترتيبهم) هنا (كترتيبهم في النسب) فيقدم عند موت المعتق ابن فابنه وإن سفل الأقرب فالأقرب فأب فجد وإن علا <ص: 411> فبقية الحواشي كما مر (لكن الأظهر أن أخا المعتق) لأبوين أو لأب (وابن أخيه) كذلك (يقدمان على جده) هنا وفي النسب الجد يشارك الأخ ويسقط ابن الأخ أما في الأول فلأن تعصيب الأخ يشبه تعصيب الابن لإدلائه بالبنوة وهي مقدمة على الأبوة وكان قياس ذلك أنه في النسب كذلك لكن صد عنه الإجماع وأما في الثانية فلقوة البنوة كما يقدم ابن الابن وإن سفل على الأب ويجري ذلك في عم المعتق أو ابنه وأبي جده فيقدم عمه أو ابن عمه وفي كل عم اجتمع مع جد وقد أدلى ذلك العم بأب دون ذلك الجد وضم في الروضة لتينك ما إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم فإنه يقدم وفي النسب يستويان فيما يبقى بعد فرض أخوة الأم، لأنه لما أخذ فرضها لم تصلح للتقوية وهنا لا فرض لها

فتمحضت للترجيح (فإن لم يكن له عصبة فلمعتق المعتق، ثم عصبته) من النسب (كذلك) أي كالترتيب السابق في عصبة المعتق فإن فقدوا فلمعتق معتق المعتق ثم لعصبته وهكذا، ثم لبيت المال. (ولا تترث امرأة بولاء إلا معتقها) بفتح التاء ومنه خلافا لمن اعترض المتن أبوها أو ابنها إذا ملكته فعتق قهرا وقهرية عتقه عليها لا تخرجه عن كونه معتقها شرعا، لأن قبولها لنحو شرائه بمنزلة قولها له وهو في ملكها أنت حر (أو منتميا إليه بنسب) كابن ابنه وإن سفل (أو ولاء) كعتيقه وعتيق عتيقه وهكذا، لأن النعمة على الأصل نعمة على فروعه فلو اشترت امرأة أباهَا وعتق عليها، ثم هو عبدا وأعتقه فمات الأب عنها وعن ابن مثلا، ثم عتيقه عنهما فميراثه للابن دونها، لأنه عصبة معتق من النسب بنفسه وهي معتقة معتق والأولى مقدمة قيل أخطأ في هذه أربعمئة قاض غير المتفقهة حيث قدموها

(فصل) في أحكام الجد مع الإخوة. إذا (اجتمع جد) وإن علا (وإخوة وأخوات لأبوين أو لأب) ففيه خلاف منتشر بين الصحابة رضوان الله عليهم ومن ثم عدوا الكلام فيه خطيرا حتى قال عمر وعلي رضي الله عنهما أجرؤكم على قسم الجد أجرؤكم على النار وقال علي من سره أن يقتحم جرائم جهنم <ص: 412> بحر وجهه فليقض بين الجد والإخوة وقال ابن مسعود سلوني عما شئتم من عضلكم ولا تسألوني عن الجد لا حياه الله ولا بياه. والحاصل أنهم أجمعوا على أنهم لا يسقطونه، ثم قال كثير من الصحابة وأكثر التابعين أنه يحجبهم كالأب وذهب إليه أبو حنيفة واختاره جمع من أصحابنا وقال الأئمة الثلاثة ككثير من الصحابة إنه يقاسمهم على تفصيل فيه حاصله أنه متى اجتمع معهم (فإن لم يكن معهم ذو فرض فله الأكثر من ثلث المال ومقاسمتهم كأخ)، لأنه اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب، ووجه خصوص الثلث أنه مع الأم يأخذ مثلها والإخوة لا ينقصونها عن السدس فوجب أن لا ينقصوه عن ضعفه. والمقاسمة أنه مستو معهم في الإدلاء بالأب (فإن أخذ الثلث فالباقي لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم إن كانوا مثليه لكونهم أخوين أو أبا وأختين أو أربع أخوات استويا ثم قيل يحكم على مأخوذه بأنه الثلث فرضا وصححه ابن الهائم ونقله ابن الرفعة عن ظاهر نص

الأم، ووجهه أنه مهما أمكن الأخذ بالفرض كان أولى لقوته وتقديم صاحبه، وقيل بل هو تعصيب وهو ظاهر كلام الرافعي رحمه الله واعتمده الزركشي قال وقد تضمن كلام ابن الرفعة نقلا عن بعضهم أن جمهور أصحابنا عليه انتهى لكن قول المتن السابق، وقد يفرض للجد مع الإخوة صريح في الأول وقول السبكي رحمه الله لو أخذ بالفرض لأخذت الأخوات الأربع فأكثر في الصورة الثالثة الثلثين بالفرض لعدم تعصبيه لهن ولفرض لهن إذا كان ثم ذو فرض يجاب عنه بأن تغليب أخذه بالفرض نظرا لما فيه من جهة الولادة كالأم المنصوص عليه فيها لا يقتضي قطع النظر عما فيه من جهة التعصيب للأخوات نظير ما يأتي في الأكدية وينبني عليهما ما لو أوصى بجزء بعد الفرض أو دون مثليه لكونهم أختا أو أختين أو ثلاث أخوات أو أختا وأختا فالمقاسمة خير له أو فوق مثليه. وذلك فيما عدا الأمثلة المذكورة فالثلث خير له (وإن كان) معهم (ذو فرض فله) بعد الفرض (الأكثر من سدس) جميع (التركة وثلث الباقي والمقاسمة) وجه السدس أن الأولاد لا ينقصونه عنه فالإخوة أولى وثلث الباقي أنه لو فقد ذو الفرض أخذ ثلث المال والمقاسمة ما مر من تنزيله منزلة الأخ وذوات الفرض معهم بنت بنت ابن أم جدة زوجة زوج فالسدس خير له <ص: 413> في زوجة وبنيتين وجد وأخ وثلث الباقي في جدة وجد وخمسة إخوة والمقاسمة في جدة وجد وأخ. (وقد لا يبقى شيء) بعد أصحاب الفروض (كبنيتين وأم وزوج فيفرض له سدس ويزاد في العول) إذ هي من اثني عشر وعالت لثلاثة عشر فيزاد له إلى خمسة عشر (وقد يبقى دون سدس كبنيتين وزوج فيفرض له ويعال) إذ هي من اثني عشر يفضل واحد يزداد له عليه آخر فتعال بثلاثة عشر (وقد يبقى سدس كبنيتين وأم) أصلها ستة يفضل واحد (فيفوز به الجد وتسقط الإخوة) والأخوات (في هذه الأحوال)، لأنهم عصبة ولم يبق بعد الفروض شيء، ولو كان مع الجد إخوة وأخوات لأبوين ولأب (فحكم الجد ما سبق) من خير الأمرين حيث لا صاحب فرض وخير الثلاثة مع ذي فرض كما لو لم يكن معه إلا أحد الصنفين المذكور أول الفصل ومن ثم عطف ثم بأو وهنا بالواو. (ويعد أولاد الأبوين عليه أولاد الأب في القسمة) أي يدخلونهم معهم فيها إذا كانت خيرا له (فإذا أخذ حصته

فإن كان في أولاد الأبوين ذكر) واحد أو أكثر معه أنثى أو أكثر أو كان الشقيق ذكراً وحده أو أنثى معها بنت أو بنت ابن وأخ لأب (فالباقى) في الأولى بأقسامها (لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين وفي الثانية له وفي الثالثة لها أي تعصياً لما مر أنها معها عصبة مع الغير (وسقط أولاد الأب) كما في جد وشقيق وأخ لأب للجد الثالث والباقي للشقيق وحجابه مع أن أحدهما غير وارث كما يحبان الأم عن الثالث بجامع أن له ولادة كهي وكما يحبها معه ولداها مع حبهما به وكما أنهم يردونها إلى السدس والأب يحبهم ويأخذ ما نقص من الأم وفارق ما تقرر اجتماع أخ لأم مع جد وشقيق فإن الجد هو الحاجب له مع أنه لا يفوز بحصته بأن الأخوة جهة واحدة فجاز أن ينوب أخ عن أخ ولا <ص: 414> كذلك الجدوة والأخوة وأيضا ولد الأب المعدود غير محروم أبداً بل قد يأخذ كما يأتي فكان لعه وجه والأخ لأم محروم بالجد أبداً فلا وجه لعه (وإلا) يكن فيهم ذكر بل تمحضوا إناثاً (فتأخذ الواحدة إلى النصف) أي النصف تارة كجد وشقيقة وأخ لأب من خمسة وتصح من عشرة للجد أربعة وللشقيقة النصف خمسة أي فرضاً يفضل واحد للأخ من الأب ودونه أخرى كجد وزوجة وأم وشقيقة وأخ لأب للشقيقة هنا الفاضل وهو دون النصف، لأنه ربع وعشر (و) تأخذ (الثلاثان فصاعداً إلى الثلثين) أي الثلثين تارة كجد وشقيقتين وأخ لأب من ستة ولا شيء للأخ ودونهما أخرى كجد وشقيقتين وأخت لأب من خمسة للشقيقتين ثلاثة وهي دون الثلثين وعدم زيادة الواحدة إلى النصف والثنتين إلى الثلثين يدل على أن ذلك تعصيب وإلا زيد وأعيل وظاهر أن هذا تعصيب بالغير وإن لم يأخذ مثلها، لأنه لعارض هو اختلاف جهة الجدوة والأخوة (ولا يفضل عن الثلثين شيء)، لأن الجد لا يأخذ أقل من الثلث (وقد يفضل عن النصف) شيء (فيكون لأولاد الأب) كما مر في جد وشقيقة وأخ لأب.

(والجد مع أخوات كآخ فلا يفرض لهن معه) ولا تعال المسألة بينهن وأما هو فقد يفرض له وتعال كما مر، لأنه صاحب فرض فرجع إليه عند الضرورة <ص: 415> (إلا في الأكدرية) قيل نسبة لأكدر الذي سأله عنها عبد الملك فأخطأ أو للذي ألقاها على ابن مسعود أو زوج الميتة أو بلدها أو لأكدرة وهي الميتة، وقيل، لأن زيदा كدر على

الأخت بإعطائها النصف، ثم استرجاعه بعضه منها، وقيل، لأنها كدرت عليه مذهبه فإنه لا يفرض للأخوات مع الجد ولا يعيل، وقد فرض فيها وأعال، وقيل لتكدر أقوال الصحابة فيها (وهي زوج وأم وجد وأخت لأبوين أو لأب فللزوج نصف وللأم ثلث وللجد سدس وللأخت نصف) إذ لا مسقط لها ولا معصب، لأن الجد لو عصبها نقص حقه (فتعول) المسألة بنصفها من ستة إلى تسعة (ثم يقسم الجد والأخت نصيبهما) وهما أربعة (أثلاثا له الثلثان) لا ينقسم عليهما فتضرب ثلاثة في تسعة للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة وقسم الثلثان بينهما لتعذر تفضيلها عليه كما في سائر صور الجد والإخوة ففرض لها بالرحم وقسم بينهما بالتعصيب رعاية للجانبين قال القاضي ومحل الفرض لها إذا لم يكن معها أخت أخرى لا تساويها وإلا أخذت السدس ولم تزد وهذه مما يغلط فيها كثيرا انتهى ويوجه ذلك بأن تعدد الأختين حجب الأم عن الثلث فبقي سدس فتعين للشقيقة لعددها أختها عليه وقوله لا تساويها ليس بقيد إلا في أخذها السدس وحدها إذ لو كان معها شقيقة مثلها حجت الأم وأخذتا السدس

(فصل) في موانع الإرث وما معها. (لا يتوارث مسلم وكافر) بنسب وغيره للحديث المتفق عليه {لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم} وللإجماع على الثاني وفارق جواز نكاح المسلم للكافرة <ص: 416> بأن مبنى ما هنا على الموالاة ولا موالاة بينهما بوجه وأما النكاح فمن نوع الاستخدام وخبر الحاكم وصححه {لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته} مؤول بأن ما في يده للسيد كما في الحياة لا الإرث الحقيقي من العتيق، لأنه سماه عبده على أنه أعلى واعترض المتن بأن نفي التفاعل الصادق بانتفاء أحد الطرفين لا يستلزم نفي كل منهما المصرح به في أصله ويرد بأنه عول في ذلك على شهرة الحكم فلم يبال بذلك الإيهام على أن التفاعل يأتي كثيرا لأصل الفعل كعاقبت اللص وبأنه يوهم أنه لو مات كافر عن زوجة حامل ثم أسلمت، ثم ولدت لم يرث ولدها، لأنه مسلم تبعها لها وليس في محله، لأن العبرة بالاتحاد في الدين حالة الموت وهو محكوم بكفره حينئذ والإسلام هنا إنما طرأ بعده وإنما ورث مع كونه جمادا، لأنه بان

بصيرورته للحيوانية أنها كانت موجودة فيه بالقوة ومن ثم قيل لنا جماد يملك وهو النطفة واعتراضه بأن الجماد ما ليس بحيوان ولا كان حيوانا أي ولا خرج من حيوان وإلا لم يتم الاعتراض يرد بأن هذا تفسير للجماد في بعض الأبواب لا مطلقا فلا يرد. (ولا يرث) زنديق وهو من لا يتدين بدين ولا (مرتد) حال الموت بحال وإن أسلم، لأنه لا مناصرة بينه وبين أحد لإهداره وبحث ابن الرفعة إرثه إذا أسلم خارق للإجماع قاله السبكي (ولا يورث) بحال بل ماله فيء لبيت المال سواء ما اكتسبه في الإسلام والردة ارتد في صحته أو مرضه وسيأتي في الجراح أن وارثه لولا الردة يستوفي قود طرفه. (ويرث الكافر الكافر وإن اختلفت ملتتهما)، لأن جميع ملل الكفر في البطلان كالملة الواحدة قال تعالى {فماذا بعد الحق إلا الضلال} ونقل المصنف في شرح مسلم عن الأصحاب أن الحريين في بلدين متحاربين لا يتوارثان سهو وتصوير إرث اليهودي من النصراني وعكسه مع أن المنتقل من ملة لملة لا يقر ظاهر في الولاء والنكاح وكذا النسب فيمن أحد أبويه يهودي والآخر نصراني فإنه يخير بينهما بعد البلوغ وكذا أولاده فلبعضهم اختيار اليهودية ولبعضهم اختيار النصرانية (لكن المشهور أنه لا توارث بين حربي وذمي) أو معاهد أو مستأمن <ص: 417> ببلادنا لانتفاء الموالة بينهما ويتوارث ذمي ومعاهد ومستأمن وأحد هؤلاء ببلادهم وحربي. (ولا يرث من فيه رق) وإن قل إجماعا ولأنه لو ورث ملكه السيد وهو أجنبي عن الميت وإنما لم يقولوا بإرثه، ثم تلقي سيده له بالملك كما قالوه في قبول قنه لنحو وصية أو هبة له، لأن هذه عقود اختيارية تصح للسيد فأيقاعها لقنه إيقاع له ولا كذلك الإرث وأفهم المتن أن الحر يرث وإن استغرقت منافعه بالوصية وسيأتي ما فيه ثم (والجديد أن من بعضه حر يورث) جميع ما ملكه ببعضه الحر، لأنه تام الملك عليه كالحر وأفهم هذا ما بأصله أن الرقيق لا يورث إلا في صورة هي كافر له أمان إن جني عليه، ثم نقض الأمان فسبي واسترق ومات بالسراية قنا فقدر الدية لوارثه ويجاب بأنهم إنما أخذوها نظرا للحرية السابقة لاستقرار جنائيتها قبل الرق ففي الحقيقة لا استثناء إلا بالنظر لكونهم حالة الموت أحرارا وهو قن. (ولا يرث) (قاتل) بأي وجه كان وإن وجب عليه كالقاضي يحكم به

من مقتوله شيئاً كأن حفر بئراً بداره فوق وقع بها مورثه لأخبار فيه يقوي بعضها بعضاً وإن لم تخل من ضعف نعم قال ابن عبد البر في بعضها ليس للقاتل من مقتوله شيء إنه صحيح بالاتفاق وأجمعوا عليه في العمد قيل وتطابقت عليه المثل السابقة ولأنه لو ورث لاستعجل الورثة قتله فيؤدي إلى خراب العالم فاقتضت المصلحة منع إرثه مطلقاً نظراً لمظنة الاستعجال أي باعتبار السبب فلا ينافي كونه مات بأجله كما هو مذهب أهل السنة ويرث المفتي بقتله <ص: 418> وراوي خبر موضوع به على الأوجه، لأن قتله لا ينسب إليهما بوجه، لأن ما صدر عنهما لا يختص بمعين حتى يقصد به بخلاف حكم الحاكم (وقيل إن لم يضمن ورث)، لأنه قتل بحق ويرده أن المعنى إذا لم ينضبط أنيط الحكم بوصف أعم منه مشتمل عليه منضبط غالباً كالمشقة في السفر وقصد الاستعجال هنا وبه يندفع ما قيل كاد الشافعي أن يكون ظاهرياً محضاً في هذه المسألة قال المصنف رحمه الله ويضمن بضم أوله ليدخل فيه القاتل خطأ فإن العاقلة تضمنه ورد بأنه مبني على ضعف أن الدية تلزمهم ابتداءً، وقد يرث المقتول قاتله كأن يجرجه، ثم يموت هو قبله ومن الموانع الدور الحكمي كما مر آخر الإقرار وكون الميت نبياً {قال صلى الله عليه وسلم نحن معاشر الأنبياء لا نورث} ويحتاج لذلك عند موت عيسى صلى الله عليه وسلم على نبينا وعليه وعلى سائر الأنبياء.

(تنبيهات) منها وقع في كلام الشيخين وغيرهما تقييد ما ذكر في الحفر بالعدوان فمن قتل مورثه ببئر حفرها بملكه يرثه وكذا وضع الحجر ونصب الميزاب وبناء حائط وقع عليه وغير ذلك وممن صرح بذلك الماوردي وسبقه إليه ابن سريج فإنه لما نقل عن أبي حنيفة وصاحبه رحمهم الله تعالى أنه لو أخرج كنيفاً أو ميزاباً أو ظلة أو تطهر بماء أو صب ماء في الطريق أو أوقف دابة فيه فبالت مثلاً فمات بذلك مورثه ورثه قال وهذا كله مخرج على قياس قول الإمام الشافعي على معنيين: أحدهما أن كل شيء فعله من ذلك مما له فعله لم يمنع إرثه ومما ليس له فعله أو كان متعدياً فيه أو كان عليه حفظه كالسائق والقائد لم يرثه ولما نقل الأزرعي هذا قال عقبه وظاهر كلام الأصحاب أن المذهب أن كل مهلك مضمون عليه أو على عاقلته بما ذكر في المديات يمنع الإرث وقال أيضاً

عقب ما مر من التفصيل بين الحفر العدوان وغيره إنه الصحيح أو الصواب وتبعه الزركشي فقال إنه الصواب ولم ينظروا لقول بعض الأصحاب مشهور المذهب أنه لا فرق لقول المطلب وتبعه في الجواهر لا خلاف أن من حفر بئرا بملكه أو وضع حجرا فمات به قريبه ولا تفريط من صاحب الملك أنه يرثه. وكذا إذا وقع عليه حائطه، لأنه لا ينسب إليه القتل اسما ولا حكما انتهى ومنها ما ذكر أنه لا فرق بين المباشرة والسبب والشرط هو ما صرحوا به حتى الشيخان فإنهما وإن اقتصرا على الأولين مثلا لاشتباه السبب ببعض صور الشرط كالحفر فقالا أو السبب كمن حفر بئرا عدوانا ومنها يؤخذ مما تقرر في صور الحفر ونحوه من <ص: 419> كل ما ذكره في المديات من التفصيل بين العدوان وغيره أن قولهم لا فرق بين المضمون وغيره محله في المباشرة والسبب دون الشرط ويفرق بأن المباشرة محصلة للقتل والسبب له دخل فيه فلم يفترق الحال فيهما بين المضمون وغيره بخلاف الشرط فإنه لا يحصله ولا يؤثر إذ هو ما حصل التلف عنده لا به فلبعد إضافة القتل إليه احتيج إلى اشتراط التعدي فيه ومنها ما وقع في بحر الروياني أمسكه فقتله آخر ورثه الممسك لا القاتل، لأنه الضامن وجرى عليه القمولي وغيره لكن جزم بعض متأخري الفرضيين بخلافه فقال لا يرث الممسك للجلاد أو غيره ويوجه الأول بأن الإمساك شرط لا سبب كما صرحوا به. وقد تقرر في الشرط أنه لا بد من تعدي فاعله لضعفه وقضية رعاية ضعفه اشتراط أن لا يقطعه غيره كما في الممسك مع الحاز لم ينظر إليه وأنيط الأمر بالمباشر وحده لاضمحلال فعل ذلك في جنب فعله ومنها لا يرث شهود التزكية ولا الإحصان سواء شهدوا به قبل الزنا أو بعده كما اقتضاه إطلاقهم قال الزركشي وهو المنقول في الغرم عند الرجوع، ثم استشكل ما هنا بأنهم بعد الرجم لو رجعوا هم وشهود الزنا غرم شهود الزنا لا الإحصان وهذا يدل على أنه لا تأثير لشهادتهما في القتل فينافي ما هنا أن لها تأثيرا وقد يفرق بأن الملحظ مختلف إذ هو هنا مجرد وجوده في الوقت، ولو مع غيره وإن جاز أو وجب، ولو لم يضمن به حسما للباب ولا كذلك، ثم، لأنهم توسعوا هنا ما لم يتوسعوا بنظيره في الضمان وأثر فيه أن القتل بعد

الرجوع إنما يضاف لشهود الزنا لا غير فتأمله ومنها صرحوا في الرهن في مسائل أن الميئة بالولادة السبب في موتها الوطاء فمن ذلك قولهم لو أحبلها الراهن فماتت بالولادة ضمن قيمتها، لأن وطأها هو السبب في هلاكها بخلاف ما لو زنى بأمة من غير أن يستولي عليها فماتت بإحباله، لأن الشرع لما قطع نسبة الولد عنه انقطع نسبة الوطاء إليه. وقيل لا يضمن الراهن لاحتمال أن الموت ليس من وطئه بل لعارض آخر ولا يضمن زوجته بلا خلاف لتولد هلاكها من مستحق عليها هو وطؤه ونازع ابن عبد السلام في إطلاقهم المذكور في الزاني بأنه يتعين تقييده بما إذا لم يعلم أن الولد منه وإلا فينبغي أن يضمن، لأن إفضاء الوطاء إلى الإتلاف والفوات لا يختلف بين كون السبب حلالاً أو حراماً وهذا كله كما ترى صريح في أن الزوج لا يرث زوجته التي أحبلها فماتت بالولادة لما علمت أن الوطاء الذي هو فعله سبب في الهلاك بواسطة الإحبال الناشئ عنه الولادة الناشئ عنها الموت ولا نظر لاحتمال طرو مهلك آخر لما علمت أنهم أعرضوا عن النظر لقائله حيث عبروا عنه بقولهم، وقيل لا يضمن الراهن لاحتمال أن الموت إلى آخره ثم رأيت عن بعض المتأخرين أنه قال ينبغي أن يرث وعلله بأن أحداً لا يقصد القتل بالوطاء فلا يسمى فاعله قاتلاً وبأنها لم تمت بالوطاء الذي هو فعله بل بالولادة الناشئة عن الحبل الناشئ عنه فهو مجاز بعيد في المرتبة الثالثة فلم يدخل في اللفظ ولا في المعنى وأنت خبير بأن كلا تعليليه لا ينتج له ما بحثه أما الأول فلأنهم لم يشترطوا تسميته قاتلاً بل أن يكون له دخل في القتل بمباشرة أو سبب أو شرط ولا شك أن الوطاء كذلك بل كلامهم الذي في الرهن مصرح بأنه يسمى قاتلاً وبأن الوطاء يفضي للهلاك من غير نظر لاحتمال طرو مهلك. وبأن الشارع قطع نسبة الولد للزاني فلم يضمن المزني بها <ص: 420> وأما الثاني فلأنهم مصرحون بأنه لا فرق في منع ماله دخل في القتل بين الداخل القريب والبعيد كتركية مركي الشاهد بإحصان المورث الزاني فتأمل بعد هذا المدخل مع منعه الإرث فبطل جميع ما وجه به بحثه الذي أفاده بذكره بعد ذكر ما تقدم عنهم في الرهن أنه أعني بحثه مخالف للمنقول، ووجه مخالفته له ما قررت، لكن صرح الزركشي بأن الزوج يرث جازماً به جزم

المذهب وحينئذ ففي جريه على قواعدهم دقة والذي يتضح به جريه عليها أن يقال لا شك أن الوطاء من باب التمتع وهي من شأنها أن لا يقصد بها قتل ولا ينسب إليها وإنما خالفوه في الرهن لكون الراهن حجر على نفسه به في المرهونة فاقتضى الاحتياط لحق المرتهن منع الراهن من الوطاء لحرمة ونسبة التفويت إليه بواسطة نسبة الولد إليه ليغرم البدل وأما هنا فقد تقرر في الشرط مع أنه من جنس ما يقصد به التفويت وينسب إليه القتل أنه لا بد من التعدي به لبعده إضافة القتل إليه فما لا تعدي به لا يمنع فإذا كان هذا لا يمنع فأولى إذ الشرط من جنس ما يقصد ولا كذلك الوطاء.

ومنها اللعان والشك في النسب فلو تنازعا مجهولا ولا حجة فإن ماتا قبله وقف إلى البيان من تركة كل إرث ولد أو عكسه وقف من تركته إرث أب وسئلت عمن وطئت بشبهة فأتت بولد أي يمكن كونه من الزوج وواطئ الشبهة، وقد وطئها في طهر واحد فمات قبل لحوقه بأحدهما ولأحدهما ولدان من غيرها فهل ترث السدس أو الثلث فأجبت أخذاً من كلامهم المذكور بأنها تأخذ السدس، لأنها تستحقه على كل تقدير ويوقف السدس الآخر بينها وبين بقية الورثة إلى البيان للشك في مستحقه مع احتمال ظهوره لها أو لغيرها فلا مقتضي يقينا لأخذها له، ثم رأيت شارحاً حكى فيها وجهين وقال أصحابهما السدس انتهى وكأنه أخذ ذلك من قول المصنف رحمه الله لو شك في وجود أخوين فهل للأم الثلث أو السدس، لأنه المتيقن وجهان أرجحهما الثاني ا هـ. ولم يتعرضوا لوقف السدس الآخر ولا بد منه كما ذكرته وعدم تحقق حياة الوارث عند موت المورث ومن ثم قال، (ولو مات متوارثان بغرق أو هدم) أو نحوهما كحريق (أو في غربة معا أو جهل أسبقهما) ومنه أن يعلم سبق ولا يعلم عين السابق أي ولا يرجى بيانه وإلا وقف فيما يظهر أخذاً من نظائر له تأتي (لم يتوارثا) لإجماع الصحابة عليه فإنهم لم يجعلوا التوارث بين من قتل في يوم الجمل وصفين والحرة إلا فيمن علموا تأخر موته (ومال كل) منهما (لباقى ورثته) إذ لو ورثنا أحدهما كان تحكما أو كلا من الآخر تيقنا الخطأ، ولو علم السابق، ثم نسي وقف للبيان أو الصلح ونفيه التوارث باعتبار الحكم والأغلب فلا يرد عليه إيهام امتناعه في

<ص: 421> نفس الأمر ولا أن أحدهما قد يرث من الآخر دون عكسه كالعمة وابن أخيها وكثير من تلك الموانع فيه تجوز لعدم صدق حد المانع عليه وهو الوصف الوجودي الظاهر المنضبط المعرف نقيض الحكم فانتفاء الإرث إما لانتفاء الشرط أو السبب.

(ومن أسر أو فقد وانقطع خبره ترك ماله حتى تقوم بينة بموته أو تمضي مدة) من ولادته (يغلب على الظن) وفي بعض النسخ إسقاط على ويغلب إما بضم الفوقية وتشديد اللام أو بفتح التحتية وتخفيف اللام فالرابط محذوف أي بسببها ومعنى تغليبها الظن تقويتها له بحيث يصير قريباً من العلم فلا يكفي أصل الظن (أنه لا يعيش فوقها) ولا تتقدر <ص: 422> بشيء على الصحيح (فيجتهد القاضي ويحكم بموته)، لأن الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين أو ما نزل منزلته ومنه الحكم، لأنه إن استند إلى المدة فواضح أو إلى العلم وإن لم تمض مدة فهو منزل منزلة البينة المنزلة منزلة اليقين (ثم) بعد الحكم بموته (ويعطى ماله من يرثه وقت الحكم) بأن يستمر حياً إلى فراغ الحكم فمن مات قبله أو معه لم يرثه وكلام البسيط الموهوم خلاف ذلك مؤول هذا إن أطلق فإن قيدته البينة أو قيده هو في حكمه بزمن سابق اعتبر ذلك الزمن ومن كان وارثه حينئذ ولا تتضمن قسمة الحاكم الحكم بموته إلا إن وقعت بعد رفع إليه، لأن الأصح أن تصرف الحاكم ليس بحكم إلا إذا كان في قضية رفعت إليه وطلب منه فصلها ويعلم مما تقرر أنه لا يكفي مضي المدة وحدها بل لا بد معه من الحكم وقول بعضهم لا يحتاج معها إليه لقولهم في قن انقطع خبره بعد هذه المدة لا تجب فطرته ولا يجزئ عن الكفارة اتفاقاً ولم يذكروا هنا الحكم انتهى فيه نظر بل لا يصح، لأن ما هنا أمر كلي يترتب عليه مصالح ومفاسد عامة فاحتيط له أكثر. (ولو مات من يرثه المفقود) كلا أو بعضاً قبل الحكم بموته (وقفنا حصته) أي ما خصه من كل المال إن انفرد وبعضه إن كان مع غيره حتى يتبين أنه كان عند الموت حياً أو ميتاً وبما قررت به كلامه اندفع ما توهم أنه <ص: 423> لا التثام بين يرثه الظاهر في إرث الكل وحصته الظاهر في إرث البعض، ولو مات عن أخوين أحدهما مفقود وجب وقف نصفه إلى الحكم بموته، ثم إذا لم تظهر حياته في مدة الوقف يعود كل

مال الميت الأول إلى الحاضر وليس لورثة المفقود منه شيء إذ لا يرث بالشك لاحتمال موته قبل مورثه ذكره الغزالي رحمه الله وغيره وهو ظاهر (وعملنا في) حق (الحاضرين بالأسوأ) فمن يسقطه المفقود لا يعطى شيئاً ومن تنقصه حياته أو موته يعطى اليقين ففي زوج مفقود وشقيقتين وعم يعطيان أربعة من سبعة ويوقف الباقي وفي أخ لأب مفقود وشقيق وجد يقدر حياً في حق الجد وميتاً في حق الآخر ويوقف السدس ومن لا يختلف حقه بحياته وموته كزوج وابن مفقود وبنت يعطى الزوج الربع، لأنه له بكل حال وتلف الموقوف للغائب يكون على الكل فإذا حضر استرد ما دفع لهم وقسم بحسب إرث الكل كما صرحوا به فيما إذا بانت حياة الحمل وذكورة الخنثى فيما يأتي. (ولو خلف حملاً يرث) مطلقاً لو كان منفصلاً وإن لم يكن منه كأن مات من لا ولد له عن زوجة ابن حامل (أو قد يرث) بتقدير الذكورة كحمل حليمة الأخ أو الجد أو الأنوثة كمن ماتت عن زوج وشقيقة وحمل لأبيها فإنه إن كان ذكراً لم يأخذ شيئاً، لأنه عصبه ولم يفضل له شيء أو أنثى ورثت السدس وأُعيلت (عمل بالأحوط في حقه) أي الحمل (وحق غيره) كما يأتي (فإن انفصل) كله (حياً) حياة مستقرة يقينا وتعرف بنحو قبض يد وبسطها لا بمجرد نحو اختلاج، لأنه قد يقع مثله لانضغاط وتقلص عصب ومن ثم ألغوا كل ما لا تعلم به الحياة لاحتمال أنه لعارض آخر (لوقت يعلم) أو يظن إذ إلحاق الولد بالفراش ظني أقامه الشارع مقام العلم فالعلم في كلامهم المراد به الحقيقي أو المنزل منزلته (وجوده عند الموت) بأن انفصل لأقل من أكثر من مدة الحمل ولم تكن فراشاً لأحد أو لدون ستة أشهر وإن كانت فراشاً أو اعترف الورثة بوجوده الممكن عند الموت (ورث) لثبوت نسبه وخرج بكلمة موته قبل تمام انفصاله فإنه كالميت هنا وفي سائر الأحكام إلا في الصلاة عليه إذا استهل، ثم مات قبل تمام انفصاله. وفيما إذا حز إنسان رقبتة قبل انفصاله فإنه يقتل به وبجياة مستقرة ما لو انفصل وحياته لثبت كذلك كأن شك فيها أو في استقرارها فهو في حكم الميت (وإلا) بأن انفصل ميتاً <ص: 424> ولو بجناية أو حياً ولم يعلم وجوده عند الموت (فلا) يرث، لأن الأول كالعدم والثاني منتفٍ نسبه عن الميت ولا ينافي هذا المقتضي لتوقف إرثه على ولادته

بشرطها ما مر أنه ورث وهو جماد، لأن هذا باعتبار الظهور وذاك باعتبار التبين، ثم رأيت الإمام ذكر ما يصرح بذلك وأن المشروط بالشرطين إنما هو الحكم بالإرث لا الإرث نفسه وبعضهم أجاب بما يوهم خلاف ذلك فلا يعول عليه واعلم أن من يرث مع الحمل لا يعطى إلا اليقين (بيانه) أن تقول (إن لم يكن وارث سوى الحمل أو كان من قد يحجبه) الحمل (وقف المال) إلى انفصاله (وإن كان من لا يحجبه) الحمل (وله) سهم (مقدر أعطيه عائلا إن أمكن عول كزوجة حامل وأبوين لها ثمن ولهما سدسان عائلان) لاحتمال أنه بنتان فتكون من أربع وعشرين وتعول لسبعة وعشرين للزوجة ثلاثة وللأبوين ثمانية ويوقف الباقي فإن كان بنتين فهو لهما وإلا كمل الثمن والسدسان وهذه هي المنبرية لأن عليا كرم الله وجهه سئل عنها وهو يخطب بمنبر الكوفة على روي العين والألف فقال ارتجالا صار ثمن المرأة تسعا (وإن لم يكن له مقدر كأولاد لم يعطوا) حالا شيئا إذ لا ضبط للحمل، لأنه وجد منه في بطن خمسة وسبعة واثنى عشر وكذا أربعون على ما حكاه ابن الرفعة رحمه الله وأن كلا منهم كان كالإصبع وأنهم عاشوا وركبوا الخيل مع أبيهم في بغداد وكان من سلاطينها (تنبيه) إذا لم يعطوا شيئا حالا ولم يكن لهم مال غير حصتهم من التركة فالكامل منهم الحكم فيه ظاهر وهو أنه يحصل كفاية نفسه إلى الوضع، لأن حصته الآن بمنزلة العدم م وأما المحجور فهو الذي يحتاج للنظر والذي يظهر فيه أن الولي الوصي أو غيره يرفع الأمر إلى القاضي ليفعل نظير ما مر في هرب نحو عامل المساقاة إذا تعذر بيع نصيبه ولم يوجد متبرع وفي اللقيط إذا لم يوجد مقرض ولا بيت مال ولا متبرع فحينئذ يفترض لهم من بيت المال أو غيره فإن تعذر ألزم الأغنياء بالإنفاق عليهم قرضا فإن تعذر القاضي، ولو بغيبته فوق مسافة العدو أو خيف منه على المال اقترض الولي. وله الإنفاق من ماله والرجوع إن أشهد أنه أنفق ليرجع فإن لم يكن ولي لزم صلحاء البلد إقامة من يفعل ما ذكر أخذا مما مر أواخر الحجر والذي يظهر أخذا مما مر <ص: 425> في زكاة الفطر نحو المغصوب أن الحاكم لا يقترض هنا لإخراج زكاة الفطر بل يؤخر للوضع، ثم يخرج لما مضى وفارقت النفقة بأنها حالا ضرورية ولا كذلك الزكاة ويجري ذلك كله

في سائر صور الوقف في كلامهم (وقيل أكثر الحمل أربعة) بالاستقراء وانتصر له كثيرون (فيعطون اليقين) فيوقف ميراث أربعة ويقسم الباقي ففي ابن وزوجة حامل لها الثمن وله خمس الباقي ويمكن من دفع له شيء من التصرف فيه ولا يطالب بضامن وإن احتمل تلف الموقوف ورد ما أخذه ليقسم بين الكل كما مر (تنبيه) يكتفى في الوقف بقولها أنا حامل وإن ذكرت علامة خفية بل ظاهر كلام الشيخين أنه متى احتمل لقرب الوطاء وقف وإن لم تدعه. (والخنثى المشكل) وهو من له التام الرجل والمرأة، وقد يكون له كثبة الطائر وما دام مشكلا استحال كونه أبا أو جدا أو أما أو زوجا أو زوجة وهو من تخنت الطعام اشتبه طعمه المقصود بطعم آخر (وإن لم يختلف إرثه) بذكورته أو أنوثته (كولد أم ومعتق فذاك) واضح أنه يدفع له نصيبه (وإلا) بأن اختلف إرثه بالذكورة وضدها (فيعمل باليقين في حقه وحق غيره ويوقف) الباقي (المشكوك فيه حتى يتبين) حاله ولو بقوله وإن اتهم فإن ورث بتقدير لم يدفع له شيء ووقف ما يرثه على ذلك التقدير وإن ورث عليهما لكن اختلف إرثه أعطى الأقل ووقف الباقي أمثلة ذلك التي في أصله ولد خنثى وأخ يصرف للولد النصف ولد خنثى و بنت وعم يعطى الخنثى وال بنت الثلثين بالسوية ويوقف الثلث بين الخنثى والعم ولد خنثى وزوج وأب للزوج الربع وللأب السدس وللخنثى النصف ويوقف الباقي بينه وبين الأب، ولو مات الخنثى مدة الوقف والورثة غير الأولين <ص: 426> أو اختلف إرثهم لم يبق إلا الصلح ويجوز من الكمل في حق أنفسهم على تفاوت وتساو وإسقاط بعضهم ولا بد من لفظ صلح أو تواهب واغتفر مع الجهل للضرورة ولا يصلح نحو ولي محجور على أقل من حقه بفرض إرثه. (ومن اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب كزوج هو معتق أو ابن عم ورث بهما) لاختلافهما فيأخذ النصف بالزوجية والباقي بالولاء أو بنو العم وخرج بهما فرض وتعصيب إرث الأب بالفرض والتعصيب فإنه جهة واحدة هي الأبوة (قلت فلو وجد في نكاح المجوس أو الشبهة بنت هي أخت) لأب بأن وطئ بنته فأولدها بنتا، ثم ماتت العليا عنها فهي أختها من أبيها وبناتها (ورثت بالبنوة) فقط، لأنهما قرابتان يورث بكل منهما بالفرض عند الانفراد فباقواهما عند الاجتماع كالأخت لأبوين

لا تترث النصف بأخوة الأب والسدس بأخوة الأم وزعم أنه لا يلزم من انتفاء التوريث بجهتي فرض انتفاؤه بجهتي فرض وتعصيب ممنوع، لأن الفرض أقوى من التعصيب فإذا لم يؤثر فأولى التعصيب ولا يرد ما مر في الزوج، لأن كلامنا هنا في جهتي فرض وتعصيب من جهة القرابة (وقيل) تترث (بهما) النصف بالبنوة والباقي بالأخوة وهو قياس ما يأتي في ابني عم أحدهما أخ لأم حيث يأخذ بأخوة الأم وبنوة العم إلا أن يفرق بأن وجود ابن العم فقط معه أوجب له تميزا عليه فوجب العمل بقضيته وهنا لا موجب للتمييز لاتحاد الأخذ فإن قلت قضية ذلك أنه لو كان مع هذه البنت التي هي أخت لأب أخت أخرى خير بأن أخذت الأولى النصف بالبنوة وقسم الباقي بينهما بالأخوة وكلامهم يابى ذلك ويقتضي أن الباقي للثانية فقط. قلت ليس قضيته ذلك، لأن التعصيب <ص: 427> في الأولى إنما جاء فيها من جهة البنوة التي فيها، وقد أخذت بها بخلاف بنوة العم في الأخ للأم فإن تعصبيه بها ليس من جهة أخوته التي أخذ بها وقولهم السابق في الولاء لما أخذ فرضها لم تصلح للتقوية يؤيد ذلك فتأمله (والله أعلم) وهذا استدراك على إطلاق أصله أن من فيه جهتا فرض وتعصيب يرث بهما وقول جمع من الشراح لا يحتاج لهذه الزيادة لعلمها من قوله الآتي ومن اجتمع فيه جهتا فرض نعم أفادت حكاية وجه ليس في أصله غير سديد، لأن ما هنا من قاعدة اجتماع فرض وتعصيب إذ الأخت عصبة مع البنت وما يأتي من قاعدة اجتماع فرضين ولا يلزم من رعاية الفرض الأقوى، ثم رعاية خصوص الفرض وأنه الأقوى هنا نعم في عبارة أصله ما يفهم هذا الاستدراك ولعله أشار لذلك بقوله فلو تفرعا على ما في أصله المفهم له ومع ذلك هو حسن لوضوحه وخفاء ذلك، لأن في التصريح من الوضوح وبيان المراد ما ليس في غيره لا سيما ما فيه خفاء. (ولو اشترك اثنان في جهة عصوبة وزاد أحدهما بقرابة أخرى كابني عم أحدهما أخ لأم) بأن يتعاقب أخوان على امرأة وتلد لكل ابنا ولأحدهما ابن من غيرها فابناه ابنا عم الآخر وأحدهما أخوه لأمه (فله السدس) فرضا بأخوة الأم (والباقي بينهما بالسوية) وإنما أخذ الأخ من الأم في الولاء جميع المال لما مر أن أخوة الأم لا يرث بها فيه فتمحضت للترجيح بخلافه هنا (فلو كان

معهما بنت فلها نصف والباقي بينهما) بالسوية لسقوط أخوة الأم بالبنت (وقيل يختص به الأخ)، لأن أخوته للأم لما حجت تمحضت للترجيح كأخ لأبوين مع أخ لأب ويرد بوضوح الفرق فإن الحجب هنا أبطل اعتبار قرابة الأم فكيف يرجح بها حينئذ ولا يرد ما مر في الولاء، لأنها ثم لم يوجد مقتض للإرث بها وهنا وجد مانع لها عنه وشتان ما بينهما. (ومن اجتمع فيه جهتا فرض ورث بأقواهما فقط) لما مر (والقوة بأن تحجب إحداهما الأخرى) حجب حرمان أو نقصان (أو لا تحجب) أصلاً والأخرى قد تحجب (أو تكون أقل <ص: 428> حجباً) من الأخرى (فالأول كبنت هي أخت لأم بأن يطأ مجوسي أو مسلم بشبهة أمه فتلد بنتاً) فالأخوة للأم ساقطة بالبنتية وصورة حجب النقصان أن ينكح مجوسي بنته فتلد بنتاً ويموت عنهما فلهما الثلثان ولا عبرة بالزوجية، لأن البنت تحجب الزوجة من الربع إلى الثمن (والثاني كأم هي أخت لأب بأن يطأ بنته فتلد بنتاً) فترث بالأمومة، لأنها لا تحجب حرماناً أصلاً والأخت تحجب (والثالث كأم أم هي أخت) لأب (بأن يطأ هذه البنت الثانية فتلد ولداً فالأولى أم أمه) أي الولد (وأخته) لأبيه فترث بالجدودة، لأنها أقل حجباً إذ لا يحجبها إلا الأم والأخت يحجبها جماعة نعم إن حجت القوية وورثت بالضعيفة كما لو مات هنا عن الأم وأمها فأقوى جهتي العليا وهي الجدودة محجوبة بالأم فترث بالأخوة فللأم الثلث بالأمومة ولا تنقصها أخوة نفسها مع الأخرى عن الثلث إلى السدس وللعليا النصف بالأخوة ويلغز بها فيقال قد ترث الجدة أم الأم مع الأم ويكون للجدة النصف وللأم الثلث قال الشيخان ولا يرثون هنا بالزوجية قطعاً لبطلانها وفيه نظر بناء على الأصح من صحة أنكحتهم

(فصل) في أصول المسائل وما يعول منها وتوابع لذلك. (إن كانت الورثة عصبات) بالنفس وتأتي فيه الأقسام الثلاثة الآتية أو بالغير ويختص بالثالث (قسم المال) يعني التركة من مال وغيره (بينهم بالسوية إن تمحضوا ذكورا) كبنين أو إخوة (أو إناثاً) كثلث نسوة أعتقن قنا بالسوية ولا يتصور في غيرهن على أن السبكي نازع في أنه وجد فيها اجتماع عصبات حائزات لكن بما لا جدوى له (وإن) عطف على أن الأولى لا الثانية لفساد المعنى لكنه يوهم أن هذا

القسم ليس فيه أن الورثة عصبات ولم يبال به لوضوح المراد (اجتمع الصنفان) من النسب (قدر كل ذكر أنثيين) عدل إليه عن قدر للأنثى نصف نصيبه لاتفاقهم على عدم ذكر الكسر (وعدد الرءوس المقسوم عليهم) يقال له <ص: 429> (أصل المسألة) قيل الأحسن إعراب أصل مبتدأ مؤخر ويجب أن المراد الحكم على هذا العدد بأنه يقال له ذلك كما قدرته ففي ابن و بنت هي من ثلاثة وكذا في الولاء إن لم يتفاوتوا في الملك وإلا فأصل المسألة من مخرج المقادير كالقروض. (وإن كان فيهم) أي الورثة لا العصبات وإن دل السياق عليه لفساد المعنى (ذو فرض أو ذوا) بالتثنية (فرضين) أو كانوا كلهم ذوي فرض أو ذوي فرضين فالإقتصار <ص: 430> على الصورة الأولى للتمثيل (متماثلين فالمسألة) أصلها (من مخرج ذلك الكسر) ففي بنت وعم هي من اثنين وفي أم وأخ لأم وأخ لأب هي من ستة وزوج وشقيقة أو أخت لأب هي من اثنين وتسمى اليتيمة إذ ليس لنا شخصان يرثان المال مناصفة فرضاً سواهما وأختين لغير أم وأخوين لأم هي من ثلاثة والمخرج أقل عدد يصح منه الكسر (فمخرج النصف اثنان والثلاث) والثلاثين (ثلاثة والرابع والسادس ستة والثمن ثمانية) وكلها مشتقة من اسم العدد لفظاً ومعنى إلا النصف فإنه من المناصفة لتناصف القسمين واستوائهما، ولو أريد ذلك لقل ثني بضم أوله كثلث وما بعده. (وإن كان) أي وجد (فرضان مختلفا المخرج فإن تداخل مخرجهما فأصل المسألة أكبرهما كسدس وثلاث) في أم وأخ لأم وعم هي من ستة (وإن توافقا) بأحد الأجزاء (ضرب وفق أحدهما في الآخر. والحاصل أصل المسألة كسدس وثمان) في أم وزوجة وابن (فالأصل أربعة وعشرون) حاصلة من ضرب نصف أحدهما في كامل الآخر وهو أربعة في ستة أو ثلاثة في ثمانية (وإن تباينا ضرب كل منهما) (في كل. والحاصل الأصل كثلث وربيع) في أم وزوجة وشقيق (الأصل اثنا عشر) حاصلة من ضرب ثلاثة في أربعة أو عكسه (فالأصول) أي المخارج (سبعة) فرعه على ما قبله لعلمه من ذكره للمخارج الخمسة وزيادة الأصليين الآخرين (اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة وعشرون)، لأن الفروض القرآنية لا يخرج حسابها عن هذه وزاد متأخرو الأصحاب أصليين آخرين في مسائل الجد والإخوة

حيث كان ثلث الباقي بعد الفروض خيرا له ثمانية عشر كجد وأم وخمسة إخوة لغير أم، لأن أقل عدد له سدس صحيح وثلث ما يبقى هو الثمانية عشر وستة وثلاثين كزوجة وأم وجد وسبعة إخوة لغير أم، لأن أقل عدد له ربع وسدس صحيحان وثلث ما يبقى هو الستة والثلاثون واستصوب المتولي والإمام هذا واختاره في الروضة >ص: 431< لأنه أخصر ولأن ثلث ما يبقى فرض ضم لغيره فلتكن الفريضة من مخرجهما كما في زوج وأبوين هي من ستة اتفاقا فلولا ضم ثلث الباقي للنصف لكانت من اثنين وتصح من ستة ونوزع في الاتفاق بأن جمعا جعلوها من اثنين واعتذر الإمام عن القدماء بأنهم إنما جعلوا ذلك تصحيحا لوقوع الخلاف في ثلث الباقي والأصول إنما هي موضوعة للمجمع عليه. (والذي يعول منها) أي من هذه الأصول ثلاثة وممر أن العول زيادة في السهام ونقص في الأنصباء، وقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم عليه لما جمعهم عمر مستشكلا القسمة في زوج وأختين فأشار عليه العباس به أخذا مما هو معلوم فيمن مات وترك ستة وعليه لرجل ثلاثة وآخر أربعة أن المال يجعل سبعة أجزاء ووافقوه، ثم خالف فيه ابن عباس رضي الله عنهما وكأنه ممن يرى أن شرط انعقاد الإجماع الذي تحرم مخالفته انقراض العصر وسكوته ليس لظنه أن عمر لا يقبل الحق لو ظهر له بل لكونه لم يقو عنده سبب المخالفة كذا قيل ويلزم منه أن لا إجماع إلا أن يقال إن عدم ظهور شيء له حينئذ صيره كالعدم بالنسبة لانعقاد الإجماع وإن جاز له خرقه بعد النظر لعدم انقراض العصر بل بالنظر لهذا يجوز له خرقه وإن وافق المجمعين أولا ونظيره ما وقع لعلي كرم الله وجهه في بيع أم الولد حيث وافقهم على منعه، ثم رأى جوازه فقال له عبيدة السلماني رأيك في الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك وحينئذ لا إشكال أصلا. (الستة إلى سبعة كزوج وأختين) لغير أم فتعول بمثل سدسها ونقص من كل سبع ما نطق له به (وإلى ثمانية كهم) إدخال الكاف على الضمير لغة عدل إليها مع قلتها روما للاختصار (وأم) لها السدس وكزوج وأخت لغير أم وأم وتسمى المباهلة من البهل وهو اللعن، لأن عمر لما قضى فيها بذلك خالفه ابن عباس بعد موته فجعل للأخت ما بقي بعد النصف والثلث فقليل له خالفت الناس >ص:

432 < فطلب المباهلة المذكورة في الآية وفيه ما مر آنفا (وإلى تسعة بهم وأخ لأم) له السدس (وإلى عشرة بهم وآخر لأم) له السدس وتسمى أم الفروخ بالخاء المعجمة والجيم لكثرة الإناث فيها أو لكثرة سهامها العائلة والشريحية، لأن القاضي شريحا أول من جعلها عشرة (والاثنا عشر) تعول (إلى ثلاثة عشر كزوجة وأم وأختين) لغير أم فتعول بنصف سدسها (وإلى خمسة عشر بهم وأخ لأم) له السدس (وسبعة عشر بهم وآخر لأم) له السدس وكثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لغير أم وتسمى أم الأرامل، لأن فيها سبع عشرة أنثى متساويات والدينارية، لأن الميت لو ترك سبعة عشر دينارا خص كلا دينار (والأربعة والعشرون) تعول (إلى سبعة وعشرين) فقط (كنتين وأبوين وزوجة) فتعول بمثل ثمنها ومر أنها تسمى المنبرية. (وإذا تماثل العددان) كالثلاثة والثلاثة (فذاك) ظاهر أنه يكفي بأحدهما (وإن اختلفا وفني الأكثر بالأقل مرتين فأكثر كالثلاثة مع ستة أو تسعة) أو خمسة عشر (فمتداخلان) لدخول الأقل في الأكثر حينئذ وهو المراد من التفاعل فيكتفي بالأكثر ويجعل أصل المسألة كما مر (وإن اختلفا و (لم يفنهما إلا عدد ثالث فمتوافقان بجزئه كأربعة وستة) فإنهما متوافقان (بالنصف)، لأن الأربعة لا تفني الستة بل يبقى منها اثنان يفنيان كليهما وهما عدد ثالث فكان التوافق بجزئه وهو النصف، لأن العبرة بنسبة الواحد لما وقع به الإفناء ونسبته لل اثنين النصف وللثلاثة كتسعة واثنى عشر إذ لا يفنيهما إلا الثلاثة الثلث وإلى الأربعة كثمانية وأربعين مع اثنين وخمسين إذ لا يفنيهما إلا أربعة الربع ولم يعتبر هنا إفناء الاثنين، لأنه سبق مثال التوافق بالنصف وهكذا إلى العشرة فإن كان المفنى أكثر من عشرة فالتوافق بالأجزاء كجزء من أحد عشر ومتى تعدد المفنى فالتوافق بحسب نسبة الواحد إلى كل من ذلك المتعدد كاثني عشر مع ثمانية عشر يفنيهما ثلاثة وستة واثنان ونسبة الواحد للأولى ثلث وللثانية سدس وللثالثة نصف فتوافقهما بالأثلاث والأسداس والأنصاف ومر أن حكمهما أنك تضرب وفق أحد العددين في الآخر لكن العبرة بأدق الأجزاء كالسدس هنا (وإن اختلفا و (لم يفنهما إلا واحد) لم يقل عدد واحد، لأنه ليس بعدد عند أكثر الحساب (تباينا)، لأن مفنيهما وهو الواحد من غير جنسهما

<ص: 433> وهو العدد وكأنه أشار إلى هذا الفرق بتغيير الجزء الموجب للسؤال عن حكمته (كثلاثة وأربعة) يضرب أحدهما في الآخر ويجعل الحاصل أصل المسألة كما مر. (والمتداخلان متوافقان) أي كل متداخلين متوافقان بأجزاء ما في العدد الأقل ثلاثة مع ستة بينهما توافق بالأثلاث (ولا عكس) بالمعنى اللغوي أي ليس كل متوافقين متداخلين لوجود التوافق ولا تداخل كسنة مع ثمانية، لأن شرط التداخل أن لا يزيد الأقل على نصف الأكثر والمراد بالتوافق هنا مطلقه الصادق بغير التباين لا التوافق السابق، لأنه قسيم التداخل كما عرف من حديهما السابقين فكيف يصدق عليه ألا ترى أن الثلاثة لا توافق الستة حقيقة، لأن شرطه أن لا يفنيهما إلا ثالث والثلاثة تفني الستة (فرع) في تصحيح المسائل ولتوقفه على معرفة تلك الأحوال الأربعة وطاً له بيانها وجعل الفرع ترجمة له، لأنه المندرج تحت كلي سابق فالترجمة به هنا أظهر منها فيما بعد ولكون القصد به سلامة الحاصل لكل من الكسر سمي تصحيحاً. (إذا عرفت أصلها) أي المسألة (وانقسمت السهام عليهم) أي الورثة بلا كسر كزوج وثلاثة بنين (فذاك) واضح غني عن العمل (وإن انكسرت) السهام (على صنف) منهم (قوبلت) سهامه المنكسرة (بعده فإن تباينا) أي السهام والرءوس (ضرب عدده في المسألة بعولها إن عالت) فما اجتمع صحت منه كزوجة وأخوين لهما ثلاثة منكسرة يضرب اثنان عددهما في أربعة أصل المسألة تبلغ ثمانية ومنها تصح وكزوج وخمس أخوات لهن أربعة لا تصح بضرب عددهن في سبعة ومنها تصح (وإن توافقا ضرب وفق عدده) أي الصنف (فيها) بعولها إن كان (فما بلغ صحت منه) كأم وأربعة أعمام لهم سهمان يوافقان عددهم بالنصف فيضرب اثنان في ثلاثة <ص: 434> ومنها تصح وكزوج وأبوين وست بنات تعول لخمس عشرة للبنات ثمانية توافق عددهن بالنصف فيضرب نصفهن ثلاثة في خمسة عشر تبلغ خمسة وأربعين ومنها تصح. (وإن انكسرت على صنفين قوبلت سهام كل صنف) منهما (بعده فإن توافقا) أي سهام كل منهما وعدده ويحتمل عود الضمير على مطلق السهام والعدد ليشمل توافق واحد فقط (رد الصنف) الموافق أي عدد رءوسه (إلى) جزء (وفقه وإلا) يتوافقا كذلك بأن تباينا في كل من القسمين أو إحداهما (ترك) عدد كل فريق

بحاله في الأولى وترك المباين بحاله في الثانية فهذه ثلاثة أحوال إما أن يوافق كل أو لا يوافق واحد منهما أو يوافق أحدهما فقط وفي كل منهما أربع نسب بين ذوات الصنفين توافق وتداخل وقسماهما (ثم إن تماثل عدد الرءوس) في تلك الأحوال (ضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها) إن كان (وإن تداخلا ضرب أكبرهما) في ذلك (وإن توافقا ضرب وفق أحدهما في الآخر، ثم ضرب (الحاصل في) أصل (المسألة) بعولها إن كان (وإن تباينا ضرب أحدهما في الآخر، ثم ضرب (الحاصل في) أصل (المسألة) بعولها إن كان (فما بلغ) الضرب في نوع مما ذكر (صحت المسألة منه) ويسمى المضروب في المسألة من المثل أو الأكبر أو الوفق أو الكل أو حاصل كل جزء السهم وأمثلة تلك الأحوال الاثنا عشر ظاهرة منها للتوافق مع التماثل أم وستة إخوة لأم وثنتا عشرة أختا لغير أم للإخوة سهمان من سبعة يوافقان عددهم بالنصف فترجع لثلاثة وللأخوات أربعة توافق عددهن بالربع فترجع لثلاثة فتماثلا فتضرب ثلاثة في سبعة ومنها تصح ومنها للتباين ثلاث بنات وأخوان لغير أم. <ص: 435> تصح من ثمانية عشر ومنها للتوافق في أحدهما مع التداخل أربع بنات وأربعة إخوة لغير أم يرجع عددهن لاثنين فيتداخلان فتضرب أربعة في ثلاثة تبلغ اثني عشر ومنها تصح (ويقاس على هذا) المذكور (الانكسار على ثلاثة أصناف) كجدتين وثلاثة إخوة لأم وعمين (وأربعة) كزوجتين وأربع جدات وثلاثة إخوة لأم وعمين فينظر في سهام كل صنف وعدد رءوسهم فحيث وجدنا الموافقة رددنا الرءوس إلى جزء الوفق وإلا أبقيناها بحالها، ثم في عدد الأصناف تماثلا وتوافقا وقسيميها فالأولى من ستة وتصح من ستة وثلاثين والثانية من اثني عشر وتصح من اثنين وسبعين (ولا يزيد الانكسار على ذلك) في غير الولاء بالاستقراء، لأن الورثة في الفريضة الواحدة عن اجتماع كل الأصناف لا يمكن زيادتهم على خمسة كما علم مما مر أول الباب ومنهم الأب والأم والزوج ولا تعدد فيهم (فإذا أردت) بعد فراغك من تصحيح المسألة (معرفة نصيب كل صنف من مبلغ المسألة فاضرب نصيبه من أصل المسألة) بعولها إن كان (فيما ضربته فيها فما بلغ فهو نصيبه ثم تقسمه على عدد الصنف) مثاله بلا عول جدتان وثلاث أخوات لأب وعم من ستة وتصح من ستة وثلاثين جزءا

سهما ستة للجدتين واحد فيها بستة وللأخوات أربعة فيها بأربعة وعشرين والباقي للعم وبعول زوجتان وأربع جدات وست شقيقات من اثني عشر وتعول لثلاثة عشر جزءاً سهما ستة فتصح من ثمانية وسبعين من له شيء منها أخذه مضروباً في ستة

(فرع) في المناسخت وهي من جملة تصحيح المسائل فلذا حسنت ترجمتها بفرع كالذي قبلها وهي لغة مفاعلة من النسخ وهو لغة الإزالة والنقل وشرعاً هنا أن يموت أحد الورثة قبل القسمة والمعنى اللغوي موجود فيه إذ المسألة الأولى ذهبت وصار الحكم للثانية مثلاً وأيضاً فالمال قد تناسخته الأيدي وهي من عويص علم الفرائض. (مات عن ورثة فمات أحدهم قبل القسمة فإن لم يرث الثاني غير الباقيين وكان إرثهم) أي الباقيين (منه) أي الثاني (كإرثهم من الأول جعل) الحال <ص: 436> بالنظر للحساب (كان الثاني) من ورثة الأول (لم يكن وقسم) المال (بين الباقيين كإخوة وأخوات) لغير أم (أو بنين وبنات مات بعضهم عن الباقيين) وقدم الإخوة لاتحاد إرثهم من الأول والثاني إذ هو بالأخوة بخلاف البنين فإنه في الأول بالبنوة وفي الثاني بالأخوة وما أشعر به كلامه وتمثيله من اشتراط كون جميع الباقيين وارثين وكونهم عصبة ليس بشرط ألا ترى أنها لو ماتت عن زوج وبنين من غيره، ثم مات أحد الابنين قبل القسمة فوارث الثاني هو الابن الباقي وهو عصبة فيهما دون الزوج وهو ذو فرض في الأولى وغير وارث في الثانية فيفرض أن الميت الثاني لم يكن ويدفع ربع التركة للزوج والباقي للابن (وإن لم ينحصر إرثه في الباقيين) لكون الوارث غيرهم أو لكون الغير يشاركونهم فيه. (أو انحصر) إرثه فيهم (واختلف قدر الاستحقاق) لهم من الأول والثاني (فصح مسألة الأول، ثم مسألة الثاني، ثم إن انقسم نصيب الثاني من مسألة الأول على مسأله فذاك) واضح كزوج وأختين لأب ماتت إحداهما عن الأخرى وبنت فالأولى بعولها من سبعة والثانية من اثنتين ونصيب الميتة اثنان من الأولى ينقسم على مسألتها (وإلا) ينقسم (فإن كان بينهما موافقة ضرب وفق مسأله في مسألة الأول) كجدتين وثلاث أخوات متفرقات ماتت الأخت لأم عن أخت لأم هي الشقيقة في الأولى وأم أم هي إحدى الجدتين وعن شقيقتين فالأولى من ستة وتصح من اثني عشر والثانية

من ستة صحيحة ونصيب الميئة الثانية من الأولى اثنان يوافقان مسألتها بالنصف فيضرب نصف مسألتها في الأولى تبلغ ستا وثلاثين لكل من الجدتين في الأولى سهم في ثلاثة بثلاثة وللوارثة في الثانية سهم في واحد بواحد وللأخت للأب في الأولى سهمان في ثلاثة بستة وللأخت للأبوين في الأولى ستة في ثلاثة بثمانية عشر وفي الثانية سهم في واحد بواحد وللشقيقتين في الثانية أربعة في واحد بأربعة (وإلا) يكن بينهما توافق بل تباين ولا يأتي هنا التماثل والتداخل. (ضرب كلها فيها فما بلغ صحتا منه، ثم قل (من له شيء من) المسألة (الأولى أخذه مضروبا فيما ضرب فيها) وهو جميع المسألة الثانية أو وفقها (ومن له شيء من الثانية أخذه مضروبا في نصيب الثاني من الأولى) إن تباينا (أو) في (وفقه إن كان بين مسألتيه ونصيبه وفق) كزوجة وثلاثة بنين و بنت ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة هم الباقون من ورثة الأول فالأولى من ثمانية والثانية تصح من ثمانية عشر ونصيب الميئة من الأولى سهم يباين مسألتها فتضرب الثانية في الأولى تبلغ مائة وأربعا وأربعين للزوجة من الأولى سهم في ثمانية عشر ومن الثانية واحد في ثلاثة ولكل ابن من الأولى سهمان في ثمانية عشر ومن الثانية سهم واحد وما صحتا منه يصير كمسألة أولى فإذا مات ثالث عمل في مسألته ما عمل في مسألة الثاني وهكذا.

(تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب الوصايا)