

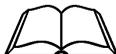
الْبَيِّنَاتُ الشَّكَّافِيَّةُ
الْمُنْتَرَعَةُ مِنَ الْبُرْهَانِ الْكَافِي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْبَيَانُ الشِّمَّافِي
الْمُنْتَزَعُ مِنَ الْبُرْهَانِ الْكَافِي

تأليف
الفقيه العلامة
عبد الله بن يحيى بن أحمد بن مظهر
(ت ٨٧٥ هـ)

الجزء الرابع


مكتبة أهل البيت (٨)

صف وتحقيق وإخراج:



اليمن - صعدة - ت (٥٣١٥٨٠) سيار (٧١٣٨٤٢٩٨٩)

الطبعة الأولى

١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م

جميع الحقوق محفوظة لمكتبة أهل البيت (ع)

كتاب الشركة (١)

هي بكسر الشين اسم للحالة التي تقع الشركة عليها، كشركة العنان ونحوها، ونظيرها الجلسة والضربة، وبضم الشين: اسم للشيء المشترك فيه، ومنه يقال: له شركة في كذا، أي: نصيب فيه. وهي على ضربين:

الضرب الأول: الشركة في المكاسب

وهي أربعة أنواع:

الأول: شركة المفاوضة

وهي المساواة، ولها شروط ستة: **الأول**: أن تقع بين بالغين (٢) عاقلين حرين مسلمين (٣) أو ذميين (٤)؛ فلا تصح بين مسلم وذمي، خلاف أبي حنيفة والشافعي، لكن الشافعي لا يصح عنده إلا شركة العنان فقط.

قلنا: ولا يصح أن يكونا عبدين (٥) أو أحدهما، ولا صبيين أو أحدهما؛ لان حكمهم يختلف (٦)، ومن شرطها الاستواء.

الثاني: أن يخرج جميع ما يملكان من الدراهم والدنانير، فلا تصح حيث

(١) الأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١]، فأثبت الشركة. ومن السنة قوله ﷺ: ((يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا))، وعنه ﷺ: ((يقول الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه)). والإجماع ظاهر. (غيث).

(٢) أو أكثر.

(٣) وتصح مع اختلاف المذهب، ولا يتصرفان إلا فيما يستجيزانه جميعاً. (قرئ).

(٤) في ملة واحدة، لا ملتين فلا يصح؛ لأن اليهودي يستجيز ما لا يستجيزه النصراني.

(وابل). وظاهر الأزهار خلافه. اهـ عن الشارح. (قرئ).

(٥) فرع: فلا تصح بين عبدين؛ لتعلق دين المعاملة برقبتيهما، وقد تختلف قيمتهما، والاتفاق

نادر. ولا بين صبيين ولو مأذونين؛ إذ لا يصح منها التفويض. (بحر) (قرئ).

(٦) لتجويز بلوغ أحدهما قبل الثاني.

لها أو لأحدهما شيء من النقدين لم يدخل في الشركة، إلا أن يكون ديناً على الغير فلا يضر^(١)، ذكره في الشرح.

الثالث: أن يكون ما يملكه من ذلك سواء لا يزيد نقد أحدهما على نقد الثاني.

الرابع: أن يخلط نقدهما الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير خلطاً لا يتميز، فلو كان نقد أحدهما دنانير والثاني دراهم لم تصح^(٢)؛ إذ لا يفيد خلطهما. وكذا لو كانت دراهم أحدهما سوداً ودراهم الثاني بيضاً أو نحو ذلك لم تصح؛ لأنها تتميز. فلو تميز بعضها دون بعض صحت الشركة فيما لم يتميز شركة عنان لا مفاوضة.

وعند الناصر والمؤيد بالله وأبي حنيفة أن الخلط غير شرط.

قلنا: فإذا اشترى أحدهما شيئاً قبل الخلط كان له وحده إذا اشتراه بهاله، فإن اشتراه بهال شريكه فهو لشريكه^(٣)؛ لأنه وكيل له^(٤).

وإن تلف مال أحدهما قبل الخلط كان عليه وحده إذا تلف في يده، وإن تلف في يد

(١) حتى يقبض.

(٢) إلا أن يصرف كل نصف نقده بنصف نقد الآخر أو ينذر به عليه بحيث يملك كل نصف النقدين. (شرح فتح) (قرن).

(٣) مع الإضافة. (قرن).

(٤) ومثله في التذكرة والكواكب. ولفظ الكواكب: وسواء كان المشتري به مالكة أو الثاني؛ لأن كل واحد منهما أجبر للثاني فيما تصرف فيه من ماله.

(*) قال الفقيه يوسف: إن أضاف الشراء إليه وأجازه^[١]. وظاهر الكتاب أنه وكيل فلا يحتاج إلى الإضافة. (ديباج). ولعله يريد أنه لا يحتاج إلى الإضافة يعني لفظاً، لا نية فيحتاج، كما يأتي في البيان في الوكالة، ولفظه: مسألة: وإذا أمره بشراء شيء فاشتره لنفسه فحيث هو غير معين يكون له لا للأمر إلا أن ينويه له. (بلفظه). ولفظ حاشية السحولي: فأما لو لم يعين له لم يكن للموكل إلا بالإضافة إليه لفظاً أو نية، ومع نيته له لنفسه أو الإطلاق يكون له للموكل. (من حاشية السحولي من الوكالة باللفظ) (قرن).

[١] لأنه إنما أمره أن يشتري له نصفه ونصفه لصاحبه الذي هو المشتري، ذكره الفقيه يوسف. (سيدنا سعيد الهبل).

شريكة ضمنه^(١) له ضمان الأجير المشترك.

الخامس: أن يلفظا بالمفاوضة، فيقولان^(٢) بعد إحضار النقدين^(٣): عقدنا شركة المفاوضة. ويصح أن تكون موقته بوقت، خلاف المؤيد بالله. وتصح معلقة بحصول شرط. وتبطل هي وغيرها من الشرك بالجحود إلى وجه الثاني^(٤) أو وكيله، وبموت أحدهما أو رده أو إسلامه، وبعزل أحدهما لصاحبه، لا بعزله لنفسه إلا في وجه صاحبه.

قال الفقيه علي: وإذا بطلت وقد لزمها دين كان لصاحب الدين طلب أيهما شاء، فإن أخذه الكل من أحدهما رجع على صاحبه بنصفه، وإن أخذ نصفه من أحدهما لم يرجع على صاحبه.

السادس: أن لا يشترط في الربح والخسران تفضيلاً لأحدهما على الثاني^(٥). وإذا اختل أحد هذه الشروط بطلت المفاوضة وصارت شركة عنان إن كان يصح فيها، وإن كان لا يصح^(٦) فيها كان الربح بينهما على قدر رأس المال، ولكل واحد على الثاني أجرة ما عمل له في ماله، فيكونان أجيرين. وكذا في شركة العنان إذا فسدت.

(١) لفساد الشركة بعدم الخلط؛ لأن الخلط شرط. (مفتي). كما سيأتي في السادس.

(٢) أو أحدهما ويقبل الآخر. (قرئ).

(٣) وخلطهما، ولا بد أن يتقدم الخلط أو يقارن، فلو تأخر فسدت. (بحر معني).

(٤) بالنظر إلى انعزال الجاحد. (قرئ).

(٥) فلو شرطا تفضيل أحدهما في الربح أو الوضيعة فلعل شرط التفضيل في الخسر يلغو، وفي الربح إن شرطا تفضيل العامل صح الشرط وكانت عناناً، وإن شرطا تفضيل غير العامل لغا الشرط وتبع الربح المال. (حاشية سحولي). (قرئ).

(*) لأنه خلاف موجبها، وهو التساوي. (بستان).

(٦) كعدم الخلط. (بستان).

مسألة: ولا تصح الشركة في الفلوس^(١) عند أبي العباس وأبي حنيفة^(٢). وقال أبو طالب: بل تصح إذا كانت نافقة على سواء كالدراهم ولو كسدت من بعد ذلك. قال الفقيه محمد بن سليمان: وإذا كانت لا تكسد فلعلها تصح فيها^(٣) وفاقاً. وهذا هنا بخلاف المضاربة^(٤)؛ لأن المانع غير حاصل هنا^(٥).

وصفتها: أن يحضرا نقودهما ويخلطانها كما مر، ويقول كل واحد للثاني: شاركتك بمالي والتصرف بنفسي^(٦) أو نحو ذلك^(٧) على أن تتجر مجتمعين أو مفترقين؛ فحينئذ يصير كل واحد منهما وكياً مفوضاً لصاحبه وكفياً عنه، فيتصرف برأيه فيما في يده وفيما في يد صاحبه في جميع أنواع التجارة، ولا يصح أن يجعل في شيء دون شيء، ولا أن يشترط اجتماعهما^(٨).

مسألة: وكل ما لزم أحدهما في تجارتها لزم الثاني تسليمه من مالها، وسواء لزمه بالبينة أو بإقراره^(٩) أو بنكوله^(١٠)؛ فيكون لصاحب الدين طلب أيها

(١) النحاس.

(٢) حجة أبي العباس وأبي حنيفة: أنها كالعروض؛ لاختلاف قيمتها. وحجة أبي طالب: أنها جارية مجرى النقود في النفاق وفي كونها ثمناً في الأسواق. (بستان).

(٣) المختار أنها لا تصح.

(٤) لأنها هنا تجب القسمة؛ لأن المانع من المضاربة في الفلوس الرد، والفلوس كالعروض في المضاربة، وليس هنا مانع، بل يقسمان ما اشتركا فيه على السواء، أشار إليه في البستان، ولفظه: لأنها بينهما ولو كسدت. (بستان).

(٥) لأنها بينهما ولو كسدت، فأما في المضاربة فالمانع حاصل كما مر. (بستان).

(٦) وفي البحر: يكفي أن يقول: عقدنا شركة المفاوضة.

(٧) التصرف بوجهي.

(٨) وإذا شرط الاجتماع في التصرف بطلت؛ لأنه ينافي التفويض. (حفيظ).

(٩) وهو الأزهار فيما يأتي في الوكالة في قوله: (والإقرار.... إلخ)، وسيأتي خلافه قريباً في المسألة الثالثة من العنان. اهـ هي هنا شركة مفاوضة فيصح منه الإقرار، لا ما يأتي في العنان فلا يصح.

(*) لعله على القول بأن إقرار الوكيل يلزم الموكل.

(١٠) أو برده اليمين. (قرئ).

شاء، وما ثبت لأحدهما على الغير من تجارتهما كان للثاني المطالبة به^(١).
فرع: فلو لزم أحدهما دين عن كفالة بإذن المكفول عنه أو عن استهلاك
 حكمي لا حسي فقال أبو العباس وأبو طالب وأبو حنيفة: إنه يلزم الثاني؛ لأن له
 بدلاً^(٢) يشتركان فيه^(٣). وقال المؤيد بالله: لا يطالب به الثاني، كالكفالة بالبدن
 والقرض والهبة ونحوها مما لا يتعلق بتجارتهما. وكذا الكفالة بالمال تبرعاً
 وضمان الاستهلاك الحسي^(٤)؛ لأنه لا بدل في ذلك كله.

مسألة: وإذا ادعى أحدهما شيئاً على الغير وحلفه عليه لم يكن^(٥) للثاني أن
 يحلفه، وإن ادعى الغير على أحدهما شيئاً وحلفه عليه كان له أن يحلف الثاني إذا
 هو مما يتعلق بتجارتهما، كما في الورثة، وتكون يمين العامل على القطع، ويمين
 الثاني على العلم^(٦)؛ لأنها توجهت عليه من جهة غيره. وكذا في الموكل إذا ادعى
 عليه شيء من جهة وكيله، وفي السيد إذا ادعى عليه شيء من جهة عبده^(٧).

(١) وهو الأزهار في قوله: له ماله وعليه ما عليه.

(٢) وهذا يخالف أصولهم؛ لأنه يجب التصديق بما ملكه من وجه محذور، فكيف قالوا: لأن له بدلاً.
 (٣) يعني: الرجوع على المكفول عنه، وملك المستهلك بعوضه فأشبهه التجارة، قال في
 الزهور: لكنه يقال: إن من أصل أبي العباس وأبي حنيفة أنه يتصدق بالمستهلك، فلم يعد
 بهال. وحجة المؤيد بالله: أن ذلك ليس من التجارة، والمقصود بالشركة النمو والزيادة
 وطلب الأرباح، وكالكفالة بالبدن؛ إذ لا خلاف بينهم فيها وفيما لا يتعلق بتجارتهما؛ لأن
 ذلك خارج عن مقصود التجار. (بستان).

(٤) لا يلزم الآخر وفاقاً. (قرر).

(٥) وهو غالباً في الأزهار في الدعاوى.

(٦) فيحلف ما يعلم ولا يظن. (قرر).

(٧) لا إذا ادعى على المالك شيئاً من جهة بهيمته فهي على القطع. (بستان من الدعاوى).
 لأنها تستند إلى حفظه. وهو فعله. اهـ. يقال: إن تعلقت الدعوى بالحفظ وعدمه فهي على
 القطع، وإن تعلقت الدعوى بالجناية فهي على العلم، كما هو ظاهر الأزهار. (شامي).

مسألة: وإذا باع أحدهما شيئاً للثاني أن يطالب بثمانه، وللمشتري أن يطالب الثاني بتسليم المبيع، وله رده عليه بالعيب أو الرؤية أو الشرط، ويرجع عليه بالثمن عند استحقاق المبيع. وإن اشترى أحدهما شيئاً للثاني أن يقبضه، وللبايع أن يطالبه بالثمن.

مسألة: وما احتجاه من الإنفاق^(١) على أنفسهما ومن يتعلق بهما فمن الربح إن كان، وإلا فمن رأس المال، ويستويان فيما أنفقاه منه على أولادهما ونحوهم، لا على أنفسهما^(٢) فلا يعتبر استواؤهما فيه^(٣)؛ لأن نفقة العامل من مال المضاربة^(٤) سواء كانت قليلة أو كثيرة. فإن كان إنفاق أحدهما على عياله أكثر من الثاني كان صاحبه خيراً بين أن يرثه من الزائد، أو يأخذ عوضه منه عروضاً^(٥) أو طعاماً أو نحوه، أو يحسبه عليه ديناً في ذمته، فإن قبضه منه نقداً^(٦) بطلت الشركة وصارت شركة عنان^(٧). وكذا إذا وهب أحدهما شيئاً من مالها أو أقرضه فإنها تبطل^(٨) وتصير عناناً؛ لأنه يصح ذلك في نصيبه دون نصيب شريكه؛ فيصير ملكهما مختلفاً.

(١) ومؤنة وكسوة. (تعليق دواوي).

(٢) وظاهر الأزهار خلافه.

(٣) فيما كان معتاداً، لا ما كان غير معتاد فيعتبر الاستواء. كذا **قرر**.

(٤) بناء على قول الفقيه يمين البحيح: إنه يستنق من مالها، والمذهب خلافه. (مفتي). وقد تقدم في البيان فرع: وإنما يستحق.. إلخ.

(٥) لا لتجارة.

(٦) يعني: قدر حصته، لا لو قبض منه جميع ما استهلكه ورده في مالها لم تبطل. (**قرر**).

(٧) ويؤخذ منه أنه لا يشترط لفظ العنان.

(٨) ظاهر هذا أنها تبطل بنفس القرض والهبة، وظاهر الأزهار والبحر أنها لا تبطل إلا بعدم الإجازة. (**قرر**).

مسألة: وإذا كانت لأحدهما تجارة غير هذه ولو كانت عروضاً فإنها لا تصح المفاوضة^(١) وتقع عناناً، وكذا إذا ملك أحدهما بعد صحتها شيئاً من النقد وقبضه هو أو وكيله، لا حويله^(٢). ولا تبطل إلا بقبضه في أي وجه ملكه^(٣)، إلا حيث ملكه بالإرث له وحده ولا وارث معه غيره فتبطل المفاوضة بملكه له ولو لم يقبضه إذا كان نقداً معيناً، لا إن كان ديناً على الغير فلا يضر حتى يقبضه. وعن الناصر^{قوي} والمؤيد بالله أنها تبطل بالإرث^(٤) للنقد مطلقاً من غير قبض له ولو كان معه وارث غيره.

مسألة: وإذا غبن أحدهما^(٥) فيما باع أو اشترى فإن أجاز صاحبه صح في الكل، وإن لم يجز صح الغبن في نصيبه دون نصيب صاحبه وبطلت المفاوضة^(٦) بينهما، وصارت عناناً؛ لأنه انفرد أحدهما بنصيبه^(٧) وحده، وسواء كان نقداً أو عرضاً؛ لأنه للتجارة، ذكره في الشرح.

(١) ينظر؛ فإنه لا يضر انفرد أحدهما بعروض التجارة من غير نقد. (قروي).

(*) لأن عروض التجارة كالنقد، فيكون حكمه حكم النقد، وقرره المفتي والشامي، وظاهر الأزهار بإباه.

(٢) لأنه يتصرف عن نفسه.

(٣) يعني: لا بمجرد الملك؛ لأنه قد بطل الملك بالتلف، كالمبيع فإنه يبطل ملك ثمنه بتلفه قبل قبضه. وقول الناصر والمؤيد بالله في الميراث كما ترى؛ لأنه ملك قهري لا يحتاج قبولاً ولا يبطل بالرد. قلنا: المنفرد كالمقبض، لا غير المنفرد، فافترقا. (بستان).

(*) في (أ): بأي وجه.

(٤) قوي مفتي وسحولي، وهو الموافق للأزهار فيما تقدم في الزكاة في قوله: ويعتبر بحول الميت ونصابه... إلخ، واختاره الإمام شرف الدين، واحتج له في شرح الفتح، والأزهار خلافه.

(٥) فاحشاً.

(٦) المذهب أنها لا تبطل إلا بعد أن يغرم نقداً كما في الأزهار. والبيان مستقيم، فهو حيثئذ مثل الأزهار فتأمل.

(٧) الذي لم يجز فيه.

النوع الثاني: شركة العنان

فلا تصح مع كافر مطلقاً^(١)، خلاف أبي حنيفة والشافعي. وتصح مع صبي مميز أو عبد مأذونين، ومع تفاضلهما في رأس المال، ومع ملك نقد أو تجارة غير ما اشتركا فيه. ومن شرطها الخلط كالمفاوضة، خلاف الناصر والمؤيد بالله وأبي حنيفة. ولا تصح إلا في التقدين، فلا تصح في غيرهما؛ لأنه يؤدي إلى أن يشارك أحدهما صاحبه في رأس ماله عند القسمة^(٢) أو يستبد^(٣) بربح ماله، ذكره في الشرح. والفلوس فيها الخلاف الذي مر^(٤).

مسألة: والحيلة في الشركة في العروض أن يبيع كل واحد من صاحبه نصف عروضه أو أكثر أو أقل، ثم يبيعان العروض بالتقدين ويتجران في أثماتها، ومفهوم كلام الشرح واللمع أنها قد صحت شركتهما في العروض؛ فمن امتنع من بيعها أجبر عليه^(٥)، وقال الفقيهان يحى البحيح وعلي: إنها لا تصح إلا بعد

(١) يعني: ولو شرط على الذمي أنه لا يتصرف إلا في محضر المسلم. وقال مالك: تصح بهذا الشرط. حجتنا: أن الذمي يستبيع ما لا يستبيحه المسلم. وحجته: أن المسلم قد أمن من شراء ذلك مع حضوره. وحجة أبي حنيفة والشافعي: أنها مبنية على التوكيل، وتوكيل الذمي يصح. (بستان بلفظه).

(٢) نحو أن تكون الشركة في عرضين قيمة كل واحد منهما مائة، والربح خمسون، ثم جاء وقت القسمة وقد زادت قيمة أحد العرضين فلا يوجد جنسه إلا بائة وخمسين، أو رخصت فيوجد جنسه بخمسين، فإن الربح في هاتين الصورتين يكون لصاحب هذا العرض فقط. يقال: فظهر استبداد صاحب العرض الذي غلا في الربح لا الذي رخص، وقد مثل به في الانتصار.

(٣) حيث غلت عروضه عند القسمة دون عروض صاحبه.

(٤) لا يصح كما مر.

(٥) يعني حيث لم يريدوا فسخها ولا أحدهما، وإلا أجبر من امتنع عن القسمة. والمذهب أنه قد صح الاشتراك، فيبيعان الجميع إلا أن يتراضيا بالفسخ. (عامر).

بيعها في أثمانها^(١) بعد قبضها، فتكون معلقة بقبض الأثمان^(٢)، وهكذا في شركة
المفاوضة^(٣).

مسألة: وإذا عقدا هذه الشركة ولم يبيننا كيفية الربح والخسران بينهما صحت
وكانا على قدر رأس المال، وإن بينهما معاً فعلى قدر رأس المال تصح أيضاً،
وعلى خلافه تصح في الربح^(٤) لا في الخسران^(٥)، بل يكون على قدر رأس المال؛
لأنه يؤدي إلى تضمين الشريك، وهو لا يضمن^(٦).

فرع: وإذا شرط لأحدهما في الربح أكثر على أنهما يعملان جميعاً صح ولو
عمل أحدهما وترك الثاني، لكن إن عمل الذي عمل منهما وهو عالم^(٧) بترك

(١) ويشترط أن تجدد الشركة في الثمن بعد حصوله، فلو امتنع أحدهما من البيع لم يجبر
عندهما عليه. (غيث).

(*) ويشترط أن تجدد الشركة في أثمانها.

(٢) مفهوم العبارة عن الفقيهين يحىي البحيح وعلي أنها لا يحتاجان إلى تجديد عقد، وليس
كذلك، بل لا بد من تجديده عندهما، صرح به في البرهان، قال الوالد: والأقرب أنها إذا
عقدا قبل القبض مشروطاً بقبض الثمن أنه يصح. (بستان).

(٣) هذا ذكره الإمام يحىي، رواه عنه في البرهان، يعني: أنها تصح شركة المفاوضة بالعروض [في
العروض (نخ)] على وجه الحيلة التي ذكرها في الكتاب، وظاهر كلام أهل المذهب أنها لا
تصح إلا بالنقدين [في النقدين (نخ)]، ذكر ذلك سيدنا عماد الدين. اهـ وفي البحر: الإمام
يحىي: وكذا في المفاوضة؛ إذ لا خلل حيثئذ. (بحر).

(٤) إذا كان المفضل فيه العامل كما هو مفهوم الأزهار. (قرن).

(٥) فيتبع الخسر بالمال مطلقاً.

(٦) لأنه أمين، ولكن يبطل الشرط ويكون على قدر رأس المال، ولا تبطل الشركة بالشرط
الفاسد؛ لأنه يقبل الجهالة، ذكره في الشرح، وقال مالك: إنه يبطل. (بستان).

(*) لقول علي عليه السلام: (ليس على من قاسم في الربح ضمان).

(٧) ظاهره لا إن ظن أو شك، إذ لم يعلم. (مفتي).

صاحبه فهو متبرع، وإن عمل وهو يظن عمل صاحبه ثم بان خلافه فله الرجوع عليه بأجرته^(١) فيما عمل في مال صاحبه، والربح على ما شرطاه. وإن عقداها على أن أحدهما يعمل دون الثاني فإن كانت الزيادة في الربح للذي يعمل صح ولو عمل الثاني، وإن كانت للذي لا يعمل لم يصح الشرط^(٢) وكان الربح على قدر رأس المال؛ لأنها قد فسدت^(٣).

مسألة: وما لزم أحدهما في تجارتهما فلا يطالب الثاني به؛ لأنه ليس كفيلاً عن شريكه، لكن شريكه يرجع عليه بحصته منه إذا صادقه عليه أو ثبت له بالبينة^(٤)، لا بإقراره^(٥) أو نكوله. وإذا ثبت لأحدهما دين على الغير لم يكن للثاني طلبه^(٦).

مسألة: ويجوز تساويهما في المال وفي الربح، ويجوز تفاضلها فيهما معاً، ويجوز تساويهما في أحدهما وتفاضلها في الثاني. وإذا شرط لأحدهما قدر معلوم من

(١) أي: أجرة المثل. (قررد).

(٢) أما لو شرط أحدهما أنه لا يعمل وله من الربح حصة ماله فإنه يصح ذلك؛ لقضائه ﷺ بذلك لمن واطب على المسجد كما مر. (بستان) (قررد).

(*) والوجه في ذلك: أن التفضلة المشروطة له يأخذها في غير مقابلة مال ولا عمل ولا ضمان فلم تصح له. (غيث). فهي ربا؛ إذ لم تقابل مالاً ولا عملاً، فهو كما لو دفع إلى رجل مالاً يتجر فيه على أن يعطيه ربحه وزيادة. (بستان).

(٣) الأقرب: أنها لا تفسد، بل يلغو الشرط، وهو مفهوم كلام الأزهار.

(٤) والحكم (قررد).

(٥) فلا يلزمه، ذكره في التفريعات، ولعله مبني على أن إقرار الوكيل لا يلزم الموكل، والله أعلم. فإن قيل: إن الوكيل أمين يقبل قوله، فكيف قلتم: يبين بالدين؟ قلنا: هو يريد إلزام الموكل ديناً فكان عليه البينة به. (كواكب). والمذهب لزومه كما يأتي في الوكالة.

(٦) لأنه ليس بوكيل.

الربح فسدت^(١) وكان على قدر رأس المال، إلا أن يشترطه مما زاد على كذا
صح^(٢).

مسألة: وإذا شارك أحدهما رجلاً ثالثاً شركة عنان في شيء من مالهما الذي
اشتركا فيه كان ما اشتراه الثالث فله نصفه^(٣) ولهما نصفه^(٤)، وكذا فيما اشتراه
هذا المشارك له مما شاركه فيه، وما اشتراه شريكه الأول فهو لهما دون الثالث،
وكذا ما اشتراه هذا الثاني مما لم يشارك الثالث فيه^(٥).

مسألة: وإذا شارك أحدهما رجلاً ثالثاً شركة مفاوضة فإن كان في محضر
شريكه الأول بطلت شركته مع الأول^(٦) وصحت شركته مفاوضة مع الثالث،
وإن كان بغير محضره لم تبطل الأولى^(٧) وصحت الثانية عناناً^(٨)، ذكر هاتين

(١) وذلك لأنه يجوز أن لا يحصل إلا ذلك الربح. (بستان). المختار أنه يلغو كما هو ظاهر
الأزهار. لعل هذا في غير العامل، وأما العامل فظاهر إطلاق الأزهار التوقف على حسب
الشرط. اهـ إذا قال: مما زاد على كذا، وإلا فسدت.

(*) وقيل: لا تفسد الشركة بالشرط الفاسد؛ لأنها تقبل الجهالة، ذكره في الشرح. (برهان).
وهو ظاهر الشرح في قوله: لا تأثير للشرط بنفس البيع.

(٢) لعله إذا كان للعامل.

(٣) بقدر ماله. (قررو).

(٤) بقدر ما سلم إليه. (قررو).

(٥) فهو لهما دون الثالث. (قررو).

(٦) لأن من شرط الشركة الثانية أن يخرج جميع ما يملكه من النقد، فيكون عزلاً حيث كان
في محضر شريكه. (من خط الهبل).

(٧) لأنه لم يصح العزل، ولعل الشركة الثانية التي هي العنان^[١] تكون لهما، أعني الشريكين
الأولين؛ لأن المشارك منهما وكيل لصاحبه مفوض. (هبل) (قررو).

(٨) وكذا الأولى. (قررو).

[١] يعني: التي صارت عناناً لعدم صحة المفاوضة.

المسألتين في التفريعات^(١).

مسألة: وإذا مات أحدهما بطلت شركتهما^(٢) ولم يكن لورثته ولا للثاني بيع العروض - لأنها مشتركة - إلا أن يرضى الكل.

(١) وكلام التفريعات يؤذن بأنه لم يكن له محض أحكام الوكيل، بل فيه شائبة إجارة، والأجير مشترك، فيكون له الاستئجار؛ إذ ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن خاص كما يأتي أو جرى بهذا هنا عرف. (شرح فتح).

(٢) لأن موضوعها الإذن، وقد بطل الإذن بالموت. (بستان).

النوع الثالث: شركة الوجوه

وهي وكالة محضّة؛ لأنّها لا يعقدانها على مال حاضر، بل يوكل كل واحد منهما صاحبه أن يستقرض قدرًا معلومًا من النقد^(١) أو يشتري جنسًا معلومًا من العروض نسيئة على أن يكون ذلك بينهما نصفين أو أثلاثًا على ما تراضيا به، ويفوض^(٢) كل واحد منهما صاحبه فيما قبضه لهما معًا على أن يتجرا فيه، ويكون الربح والخسران على قدر ملكهما في ذلك، ولا يجوز خلافه، وإن شرط بطل شرطه؛ لأن الخراج فيها بالضمان^(٣)، وإذا شرط خلافه أدى إلى تضمين الشريك، وهو لا يضمن، ذكره في الشرح. ولا يجب بيان من يستقرضان منه، خلاف الإمام يحيى والفقير محمد بن سليمان.

مسألة: فلو عقداها على أن يكون الضمان^(٤) بينهما فيما يستدينانه ولم يبيننا قدر الضمان^(٥) صحّت وكان نصفين^(٦)، ولو كان أحدهما أبصر في التجارة فلا زيادة له.

(١) ولا بد من الإضافة في القرض لفظًا. (زهور)^[١]. وأما الشراء فلا يحتاج إلى نية، ما لم ينوّه لنفسه. (بهران). ومثله في حاشية السحوي.

(٢) لم يذكر هذا في البحر ولا في التذكرة، وهو المختار. (قرّر).

(٣) لقول علي عليه السلام: (ليس على من قاسم في الربح ضمان) يعني الشريك والمضارب، ولم يخالفه أحد، وهو توقيف. (بحر بلفظه).

(٤) أي: العمل.

(٥) أي: العمل.

(٦) الأصحّ على قدر الملك.

[١] وظاهر الأزهار أنه لا يحتاج إلى الإضافة لفظًا مطلقًا؛ لأن عقد المشاركة قد كفى، فيقع عنه ما لم ينوّه لنفسه. (قرّر).

النوع الرابع: شركة الأبدان

وهي في الأعمال والصناعات، فيوكل كل واحد منها صاحبه بأن يتقبل له نصف ما يأتي إليه من الأعمال ويعمله عنه، ثم يكون مخيراً بين أن يعمله عنه^(١) أو يدفع إليه نصفه يعمله هو^(٢). وإن أراد أن يكون بينهما أثلاثاً أو أربعاً وكّل كل واحد منها صاحبه بأن يتقبل له ثلث ما يأتي إليه من العمل أو ثلثيه أو ما أراداه يكون له فيه، ثم يكون العمل بينهما كذلك، وكذا ضمان^(٣) المعمول فيه، وكذا الأجرة، وسواء اتفقت صناعتها أو اختلفت، وكذلك مكانها^(٤).

مسألة: وهي تصح فيما يصح فيه التوكيل، وما لا يصح فيه التوكيل لا تصح فيه الشركة، كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وإخراج المعادن ونحوه من اكتساب المباحات عند أبي العباس وأبي طالب وأبي حنيفة، وعلى قول الهادي والمؤيد بالله تصح في ذلك.

(١) هذا حيث لم يقل: وتعمله عني، فإن قال ذلك فقد استأجره عليه.

(٢) هذا حيث للأجير الاستنابة، أو جرى عرف بالاستنابة ولم يشترط عدم الاستنابة. (قررو).

(٣) وهذا محمول بأن العرف جار بأن الأجير المشترك لا يضمن إلا ما جنى أو فرط، ولكن ضمنها المالك، أو أن كل واحد منهما أبرأ صاحبه من ضمان الأجير المشترك، أو ضمنها المالك الغالب وضمناه كل واحد بإذن صاحبه، وإلا فكل واحد منهما أجير مشترك يضمن لصاحبه ضمان الأجير المشترك في حصته وللمالك فيما زاد على الحصة، هكذا قرر، والله أعلم. (شامي). ومثله في الغيث وحاشية السحولي. وقال السيد عبدالله المؤيدي والمفتي والفقير يوسف: إن كل واحد منهما أمين للآخر^[١]. (سباع تهامي). ومعناه في الغاية، ومثله ظاهر الأزهار.

(٤) وقال مالك: لا بد أن تتفق صناعتها ومكانها.

[١] ولا يضمن أحدهما لصاحبه إلا ما جنى أو فرط، ويضمنان معاً للمالك غير الغالب.

مسألة: وهي معقودة على التوكيل بالعمل^(١)، ويدخل الضمان فيها تبعاً للوكالة، فما لزم أحدهما من عمل أو ضمان لم يطالب به الثاني، بل يرجع به الوكيل على موكله عند المؤيد بالله وأحد قولي أبي العباس وأحد احتمالي أبي طالب^(٢)، وعند أبي حنيفة وأحد قولي أبي العباس وأحد احتمالي أبي طالب أنها معقودة على الضمان بالعمل، فما لزم أحدهما طوبى به الثاني.

مسألة: ولا بد أن يبيننا جنس صناعتها التي يشتركان فيها أو يفوض كل واحد صاحبه في التقبل عنه في كل ما يأتي إليه، ثم لا يحتاج عند عقد الإجارة أن يضيف إلى شريكه^(٣). ولهما أن يعملوا مجتمعين ومفترقين، وأيهما عمل العمل وحده فأجرته لهما معاً، وإن عمل أحدهما ولم يعمل الثاني فهو كما مر في شركة العنان.

مسألة: وتبطل هذه الشرك كلها باختلافها في كيفية الشرط بينهما في الربح أو العمل أو الضمان. وإذا اختلفا في قدر الربح أو في كيفية قسمته بينهما فالقول قول كل واحد فيما في يده^(٤).

مسألة: ولا تصح الشركة في إجارة الحيوانات، نحو إجارة دوابها أو نحوها على أن يكون الكراء بينهما، ذكره في الشرح، فلو فعلا كان كراء الدابة لصاحبها، وللذي أكرها أجره ما عمل لصاحبه حيث أكرها غير مالكها^(٥).

(١) وذلك لأن كل واحد وكل صاحبه على تقبل العمل ليستحق الربح، فالربح قد لا يتبع الضمان؛ لأن من اشترى سلعة وضمنها غيره لم يستحق ذلك الغير الربح، ولو تقبل رجل عملاً وضمنه غيره لم يستحق الضامن الأجرة. (بستان).

(٢) الأزهار: وهي توكيل في الأصح.

(٣) لا لفظاً ولا نية، فيكون لهما جميعاً ما لم ينوه لنفسه فقط. (حاشية سحولي) (قرر).

(٤) في الربح، لا في الضمان فالقول قول الخارج. (شرح فتح معني). وقواه القاضي عامر.

(٥) وقال المفتي: لا مانع من صحة ذلك إن لم يمنع إجماع.

مسألة: ويصح أن يشترك جماعة في أجره الطحن، نحو أن يكون من أحدهما الرحن، ومن الثاني البيت، ومن الثالث المنخل والنخل، ومن الرابع الطحن، فتكون الأجرة بينهم أرباعاً حيث شرطوا ذلك^(١)، ذكره في البحر.

مسألة: ومن أعطى غيره بيضاً ليضعه تحت دجاجته على أن يكون ما يحصل من الفراخ بينهما نصفين أو أثلاثاً فإنه لا يصح؛ لجهالة الأجرة^(٢)، بل تكون الفراخ لصاحب البيض، ومالك الدجاجة أجرتها، فإن جرت العادة بإجارتها لذلك بالنقد أو نحوه وجبت أجره مثلها. قال الفقيه محمد بن سليمان: فلو كانت العادة جارية في إجارتها بنصف الفراخ وجبت قيمة نصف الفراخ^(٣) يوم فطامها^(٤)، وإن لم تجر العادة بإجارتها لذلك قط فقيل: تجب قيمة بيضها^(٥) التي كانت تبيض في تلك المدة لو لم تحضن، وقيل: ما نقص من قيمتها بالخصن. فلو طارت الدجاجة من فوق البيض فلا أجر لها^(٦)؛ لأنها أبطلت فعلها.

(١) فإن لم يشرطوا فلكل واحد أجره المثل على مالك الحب. (ع شامي) (قررو).

(٢) والحيلة في تصحيح ذلك أن يستأجر الدجاجة مدة معلومة بجزء شائع من البيض، ثم تحضنه الدجاجة كله^[١]، وتكون الفراخ بينهما على قدر حصصهما في البيض. (صعيتري).

(٣) والعرف مطرد بالمشاركة في الحيوانات جميعها أن الأجرة من أعيانها، وهو معمول به في جميع المعاملات، وصرح به في البيان في البيع في فصل قبض المبيع في الرابعة عشرة

مسألة. (سماح سيدنا حسن) (قررو).

(٤) وهو يوم تنقر الدجاجة أولادها.

(٥) وقيل: مما رآه الحاكم، فأما قيمة البيض وما نقص بالهزال فهي قيمة الأعيان وليست من باب الإجارة؛ لأن الأجرة عوض المنافع لا الأعيان، ذكره القاضي عبدالله الدواري.

(٦) ولا شيء على مالكتها في البيض إذا فسد، ولا على ذي البيض إذا تلفت إلا أن تتلف بجناية أو تفريط؛ إذ الحكم فيها حكم تعيين الرجل وحده. (شرح بحر) (قررو).

[١] ولا يلزمه أن يحضن حصته.

فرع: وكذا فيمن أعطى غيره بيض دود القز على أنه يعالجها^(١) ويكون ما يحصل منها من القز بينهما فإنه لا يصح، بل يكون القز لمالك الدود^(٢)، ولن يعالجها أجرة مثله.

فرع^(٣): وإن استأجر الدجاجة على حضن نصف البيض مدة معلومة بنصفها صح ذلك^(٤)، وإن استأجرها على حضنها الكل بنصفها كان على الخلاف الذي مر فيمن استؤجر على عمل شيء أو حملة بنصفه^(٥).

مسألة: وإن اشتركا فيما يملكه من الزكاة أو الهبة ونحوهما فإن وقع الصرف في الزكاة أو الهبة له مطلقاً كان له وحده^(٦) ولو نواه له ولشريكه، وإن وقع ذلك له ولشريكه أو لمن وكله كان لهما معاً ولو لم يذكر اسم موكله.

مسألة: ويصح الاشتراك في طعام المزاد، وهو أن يخلط الرجلان أو الجماعة طعامهم ليأكلوه معاً؛ لأن بالاختلاط والاجتماع تعظم البركة^(٧)، وليس في ذلك شيء من الربا ولو اختلف طعامهم^(٨) أو اختلفوا في الأكل^(٩) وقد فعله النبي ﷺ وأصحابه^(١٠)، ذكر ذلك في الانتصار.

(١) أي: يحضنها في إبطه حتى يخرج منه حيوان ينسج الحرير.

(٢) أي: البيض.

(٣) هذا الفرع جعله كله في البرهان نظراً للمصنف.

(٤) مع شرط تعجيل الأجرة.

(٥) يصح على المذهب، ولا يلزمه أن يحضن حصته.

(٦) إلا أن ينويه الصارف لهما معاً فلها معاً. (قرير).

(٧) لما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: ((خير الطعام ما اجتمعت عليه الأيدي وكان أصله حلالاً)). (انتصار).

(٨) في الجودة والكثرة.

(٩) مع عدم قصد أكل أكثر من صاحبه، وإلا حرم. (قرير).

(١٠) عن أبي هريرة قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فنفتد أزواد القوم حتى هموا بنحر بعض حمائهم، قال: فقال عمر: يا رسول الله، لو جمعت ما بقي من أزواد القوم فدعوت الله

مسألة: ويصح الاشتراك في الزراعة، نحو أن تكون الأرض من أحدهم، ومن الثاني البقر، ومن الثالث آلة العمل، ومن الرابع العمل، ويكون البذر منهم أرباعاً^(١) على أن^(٢) ما يحصل من الزرع يكون بينهم أرباعاً.

مسألة: ولا تصح الشرك كلها بين مسلم وذمي؛ لأن الذمي لا يؤمن عمله فيما لا يستجيزه المسلم^(٣)، خلاف أبي حنيفة والشافعي كما مر.

مسألة: وإذا ثبت للشريكين دين على الغير ثم قبض أحدهما منه قدر نصيبه ونواه له لم ينفرد به، بل يكون لهما معاً، إلا أن يستوفي شريكه نصيبه من الغريم صار ما قبضه له، وكذا في الورثة إذا قبض أحدهم قدر حصته من دين الميت كان لهم الجميع^(٤) - لأنه يقبضه بالولاية^(٥) - ولو نواه لنفسه، إلا أن يستوفي الباقيون حقهم، والمراد به حيث قبض الوارث ما قبض من جنس الدين^(٦) الواجب، لا من غير جنسه فيصح في نصيبه فقط. وأما في غير ذلك كثمن مبيع أو نحوه بين اثنين فمن قبض قدر حصته فهو له؛ لأن ليس له ولاية ولا وكالة في قبض حق الثاني.

عليها، قال: ففعل، قال: فجاء ذو البر بیره، وذو التمر بتمره، وذو النوى بنواه، قال الراوي: قلت: وما كانوا يصنعون بالنوى؟ قال: يمصونه ويشربون عليه الماء. قال: فدعا عليها حتى ملأ القوم أزودتهم، قال: فقال عند ذلك: ((أشهد أن لا إله إلا الله وحده وأني رسول الله، لا يلقي الله بهما عبد غير شاك فيهما إلا دخل الجنة)) أخرجه مسلم. (تخریج بحر).

(١) قال عليه السلام: وذلك كاشتراك أهل الصناعات. (بستان).

(٢) في (أ): فما يحصل.

(٣) لهيبه صلى الله عليه وسلم عن شركة المسلم والذمي. اهـ لأنهم قالوا في شركة المفاوضة: ولو تصرف في حضرة الآخر.

(٤) في غير ما قسمته إفراز.

(٥) حيث لا وصي. (قرن).

(٦) وهو المختار، وهو الذي في الأزهار في قوله: ولا يستبد أحد بما قبض. (سماع شامي).

الضرب الثاني: شركة الأملاك

وهي أربعة أنواع:

الأول: الاشتراك في العلو والسفل

نحو أن تكون الدار مشاعة بين اثنين ثم قسماها لأحدهما السفل وللثاني العلو، أو تكون كلها لواحد ثم باع السفل أو العلو من آخر، أو يكون السفل لواحد ولغيره حق التعلية عليه، وسواء كان قد عمر عليه أم لا.

مسألة: فلو انهدمت الدار وطلب صاحب العلو عمارة علوه فقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة وأصحابه: لا يجبر صاحب السفل على عمارة سفله، بل يطلق لصاحب العلو أن يعمره ويمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يسلم له ما غرم فيه. وعندنا أنه يجبر على عمارته إذا أمكنه حتى يتمكن صاحب العلو من عمارة علوه عليه؛ لأن ذلك حق له عليه^(١)، بخلاف ما إذا كان له الهواء فقط - نحو أن يبيع داره ويستثنى الهواء فوقها - فإنه لا يستحق عمارة عليها^(٢)، ولا يجبر صاحبها على عمارتها إذا خربت.

فرع: فإن كان صاحب السفل معسراً^(٣) فلصاحب العلو أن يعمر السفل^(٤)

(١) يعني: فيجب عليه البناء ليتمكن من حقه، كما يجب على المؤجر علف الدابة المؤجرة والرهن ونحو ذلك. وحجة الأولين أن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه لنفسه، فلا يلزم ذلك لدفع مضرة غيره. قلنا: بل يلزم لحق غيره كما ذكرناه. (بستان).

(٢) وليس له عمارته إلا على أساطين على وجه لا يستعمل شيئاً من ملك صاحبه. وهذا هو الذي يفسر به غالباً في الأزهار على المختار لا كما في الشرح.

(٣) المراد بالإعسار أن لا يبقى له ما يبقى للمفلس بعد عمارة الدار.

(٤) ومع إعسار الشريك وحضوره يؤاذه؛ لجواز أن يبيع أو يستقرض، فإن تمرد بنى بلا حاكم. وظاهر الأزهار أنه مع إعسار صاحب السفل يبني ولا يحتاج إلى إذنه ولا حاكم، وليس على إطلاقه. (حاشية سحولي لفظاً).

ويمنع صاحبه من الانتفاع به^(١) حتى يسلم له ما غرم فيه، وإن استعمله أو أكراه من غيره بإذن شريكه أو بإذن الحاكم^(٢) حتى يستوفي ما غرم فيه جاز.

فرع: وهذا جلي حيث عمر السفل بإذن مالكه أو بإذن الحاكم إن امتنع أو غاب مسافة ثلاثة أيام على الأرجح^(٣)، وكذا إذا لم يكن في الناحية حاكم، وأما إذا كان حاصلاً ولم يستأذنه فله الرجوع أيضاً^(٤)؛ لأن له ولاية على ما فعل^(٥)، ذكره في الشرح^(٦) والمنتخب وأبو طالب وابن أبي الفوارس، خلاف المؤيد بالله^(٧) وأبي حنيفة والشافعي. وهكذا في كل مشترك إذا أنفق عليه أحدهما أو غرم عليه، وهكذا في الوديعة والعارية والرهن والمؤجر إذا أنفق عليها من هي في يده.

فرع: وهذا إذا عمر السفل بآلته الأولى، فلو عمره بآلة منه فمع وجود

(١) ظاهر الزهور وغيره يمنعه من العرصة والجدران عندنا، وقد صرح به في تعليق الفقيه حسن. وقيل: إنه يمنعه من الجدران دون العرصة.

(٢) لا فرق؛ إذ لا ولايته أخص، وهو ظاهر الأزهار.

(٣) يعني على ما ذكره الإمام المهدي عليه السلام والفقيهان محمد بن سليمان وحسن ورجحه صاحب الكتاب، وقال في الشرح والفقيه يحيى البحيح: الغيبة المنقطعة، وقال الإمام يحيى: مسافة السفر على حسب الخلاف فيها. (بستان). وقيل: التي يجوز معها اختلال العين.

(٤) قيل: وإذا كان لرجل مال ولم يقيم به كان لأهل الأملاك الذين عنده القيام به، والأجرة عليه لهم حيث هو يضرهم. (حديث).

(٥) وفي حاشية السحولي ما لفظه: ومع إعسار الشريك وحضوره يؤذنه، فإن تمرد بنى بلا حاكم.

(٦) وعليه الأزهار بقوله: فهو ويجبسه.

(٧) حجتهم: أن الحاكم يعتبر في بيع مال المديون فكذلك هنا. قلنا: لا شركة هناك بخلاف هنا، فولاية الشريك ونحوه هنا أخص من ولاية الحاكم، فافترقا. (بستان).

الأولى^(١) هو متبرع فلا شيء له^(٢) إن نواها لصاحب السفل، وإن لم ينوها له فهو متعد ولا شيء له، بل ينقض ما عمر. ومع عدم الأولى وعمر بألة منه مثلها إن نواها لصاحب السفل رجح عليه بقيمتها^(٣) وبما غرم مما هو معتاد، وإن لم ينوها له فهي باقية على ملكه حتى يسلم له صاحب السفل قيمتها قائمة غير مستحقة للبقاء إلا بأجرة، وله بيعها من الغير، لكن لصاحب السفل أخذها بالأولوية^(٤). وإن عمر بألة منه^(٥) أعلى من آلتها الأولى لم يستحق قيمة الزيادة؛ لأنه متبرع بها^(٦)، وإن كانت أدنى من آلتها الأولى قال سيدنا عماد الدين: فالأقرب أنه يخير صاحب السفل بين أخذها بقيمتها^(٧) وبين تركها لصاحبها

(١) وصلاحتها.

(٢) من الألة وقيمتها، وأما الغرامة فيرجع بها. (قررد).

(٣) وقد ملكها صاحب السفل بهذه النية، صرح به في الزهور وغيره، فهذا ملك قهري. (من خط حثيث). (قررد).

(٤) والمذهب خلافه، وإنما هذا على قاعدة ابن مظفر. (سماع).

(*) قوي. والأولوية تثبت في وجوه أربعة: في المضاربة، وفي الشركة في العلو والسفل، وفي الدين حيث أراد الوصي البيع فالوارث أولى، وفي المغارسة إذا أراد صاحب الأرض بيعها فللغارس أخذها بالأولوية. (من إملاء سيدنا صارم الدين إبراهيم حثيث رحمته الله). وقيل: لا أولوية إلا في حق الوارث فقط^[١].

(٥) مع عدم الأولى.

(٦) إلا لعدم مثل الأولى^[٢] استحق قيمة الزيادة. (هيل).

(*) وبناء على التفصيل المتقدم.

(٧) هذا الكلام إنما هو حيث نواه للمالك، لا إذا لم ينوه له فعليه قلعها، إلا أن يأخذ المالك بقيمتها بالمرضاة جاز.

[١] هذا مقرر في هامش الشرح.

[٢] كأن يعدم المثل ولم يوجد إلا الذي فيه الزيادة.

ويأمره برفعها^(١)، ثم يكون الكلام كما كان قبل عمارتها.

مسألة: ولصاحب العلو بيع علوه قائماً، لا بعد انهدامه فلا يصح بيع هواه، خلاف الشافعي^(٢). وهذا يدل على أن الهواء حق^(٣) لا ملك؛ إذ لو كان ملكاً لصح أن يبيع منه قدرأ معلوماً، والله أعلم. ولصاحب السفلى بيع سفله قائماً، وأما بعد انهدامه فإن باع آتته فقط صح إذا هو موسر، ويجبر على إبدالها بمثلها^(٤)، وإن كان معسراً فلصاحب العلو نقض بيعه، وإن باع آتته وعرضته صح بيعه^(٥) وأجبر المشتري على عمارته، فإذا كان جاهلاً^(٦) لحق العلو عليه فذلك عيب يوجب له الخيار. وإذا تشاجرا في قدر ارتفاع السفلى في الهواء فالبينة على من ادعى الزيادة فيه زائداً على المعتاد.

فرع: وهكذا في كل ملك فيه للغير حق فإنه يلزم صاحب الملك إصلاح ملكه والقيام به حتى يتمكن صاحب الحق من حقه، ويكون الإصلاح بما

(١) لأنه متعدد، ولعله حيث كان يمكنه العمارة بمثل الآلة الأولى. (قرير).

(٢) ولا حجة للشافعي منقولة فأذكرها، وقد يخرج للمؤيد بالله مثل قول الشافعي؛ لأنه قال: إن الهواء ملك. (بستان).

(٣) وقد صرح في الانتصار والبحر والكافي بأنه حق، وبيع الحقوق منفردة لا يصح. (بستان).

(٤) هذا يأتي على قول من أجاز نقل الحقوق، وهو الفقيه يحمي البحيح، ومن منع من ذلك يمنع هنا. (شامي).

(٥) قال في تعليق الدواري على اللمع: لا يصح البيع؛ لأنه يؤدي إلى تفويت حق صاحب العلو، ولا يقال: يصح ويلزم المشتري مالزم بائعه؛ لأن البائع قد لزمه حق وضع العلو حال ملكه، وهذا لم يلزم المشتري، فلا يلزمه ما لزمه. (ديباج).

(٦) قال الفقيه يوسف: والأولى أن له الخيار ولو علم كبيع متعذر التسليم كالمغصوب والآبق، فيثبت لهما الخيار معاً. (رياض). والأولى تبقية كلام البيان على ظاهره.

جرت (١) به العادة (٢)، وذلك كالرهن والرقة المؤجرة، والأرض أو الدار التي فيها حق الاستطراق أو المسيل للغير.

مسألة: وإذا كان لجماعة قسبة (٣) أو نحوها (٤) وهي تحتاج إلى من يقف فيها لحفظها (٥) كانت أجرته عليهم على قدر أملاكهم (٦) فيها، ومن امتنع منهم أجبر عليه أو على حفظها في قدر حصته.

مسألة: إذا اشترى اثنان أو جماعة شيئاً ليتفعا به في منفعة مخصوصة تراضوا بها قبل شرائه، كحيوان للحرث أو الذبح أو للركوب أو نحو ذلك، ثم امتنع بعضهم من ذلك وطلب يتفعا به في منفعة أخرى فقال الفقيه حسن: ليس له ذلك، بل يجبر على ما تراضوا بشرائه له (٧)، وقال ابن الخليل وأبومضر والأستاذ: بل له ذلك.

(١) قال الفقيه يوسف: وإنما يجب إصلاح الساقية والطريق بالتنقية والقضاض إن جرى به عرف، وإلا فعلى صاحب الحق إصلاح حقه لا على مالك الموضوع. (سلوك) (قرن).

(٢) من قضاض ونحوه.

(*) ممكن معتاد، لا بغير المعتاد وإن كان ممكناً. (قرن).

(٣) نوبة.

(٤) حصن.

(٥) مبحث: ومثل هذا حفظ الطيور والقردة.

(٦) إن كان لحفظها فكما في الكتاب، وإن كان لحفظ ما فيها فعلى قدره، وإن كان لحفظهم فعلى قدر الرؤوس. (قرن).

(٧) قال في البرهان: وكذا لو أراد بعضهم أن يشرك غيره معه ببيع أو غيره فلهم منعه ونقض بيعه، والله أعلم. (مقصد حسن) (قرن).

(*) وكذا إذا أراد بيعه إلى جهة نازحة تؤدي إلى ضرر الحيوان أو نقص الانتفاع به في الوجه الذي اشتركوا فيه فإنه يمنع من ذلك، وقرره السيد أحمد الشامي، وقد ذكر مثله في الأضحية. وظاهر المذهب أن له البيع مطلقاً. (سماح سحولي).

مسألة: ولكل واحد من صاحبي السفلى والعلو أن يتد في ملكه وتداً أو يفتح باباً أو طاقةً أو كنيفاً أو نحو ذلك إذا كان لا يضر صاحبه، فأما مع حصول المضرة^(١) فليس له ذلك؛ لأن لكل واحد حقاً في ملك صاحبه^(٢)، فللكل واحد أن ينتفع في ملكه بما شاء مما لا يضر الثاني.

مسألة: وإذا وقع خلل في السفلى أو العلو وعلم به صاحبه^(٣) لزمه إصلاحه^(٤) بما يعتاد في البلد، فإن لم يفعل حتى خرب لزمه أرش ما جنى على ملك شريكه^(٥) أو على غيره، وإن لم يعلم بذلك أو لم يتمكن من إصلاحه فلا شيء عليه؛ لأنه غير متعد في سببه^(٦).

مسألة: وإذا تنازعا في السقف الذي بينهما فإن عرف أنه بينهما عن قسمة الدار فالظاهر بقاءه بينهما^(٧)، ومن ادعى مصيره له فعليه البينة، وإن التبس

(١) ضرر يرجع إلى الشيء المشترك. (ذماري). وهكذا في الزهور. وقال القاضي عبدالله الدواري: ظاهره عدم الفصل بين أن يكون الضرر إفساد البناء أو الاطلاع على العورات أو رائحة كريهة أو غير ذلك مما فيه ضرر.

(٢) هذا هو الفارق بين العلو والسفل والجار كما يأتي.

(٣) وإنما اعتبر العلم هنا لأنه فاعل سبب غير متعدى فيه، وكذلك في جناية الكلب العقور والبقرة النطوح، بخلاف ما إذا كان الضمان بالمباشرة أو بفعل سبب متعدى فيه فإنه لا فرق بين العلم والجهل في وجوب الضمان. (كواكب) (قرير).

(٤) بما لا يحجف. (قرير).

(٥) وإذا خرب ملك الشريك بسبب خراب المختل لزم الشريك لشريكه ما بين قيمته مختلاً معموراً وغير معموراً. (قرير).

(٦) قال الفقيه يوسف: ما لم يكن أثر فعله - أي: المالك - وجب وإن لم يتمكن. (بستان).

(٧) فإن نفيها؟ قال سيدنا: لعله صار ملكاً ضرورياً، فيجبران على إصلاحه ويضمنان جنايته، ويصير لهما جميعاً. (شرح أثمار). وعن المفتي: يكون لبيت المال. وقرره الشامي، ومثله عن سيدنا عامر والهبل.

حاله بينهما فالظاهر أنه لهما معاً^(١). وقال في المنتخب^(٢) وأبو حنيفة: الظاهر أنه لصاحب السفلى. وقال مالك والسيد يحيى بن الحسين: الظاهر أنه لصاحب العلو.

مسألة: وإذا تنازعا في العرصة فالظاهر أنها لصاحب السفلى؛ كما لو تنازعا في دابة عليها حمل لأحدهما وللثاني فوق الحمل شيء آخر فالظاهر أنها لصاحب الحمل، وكما لو تنازع في الدابة راكبها وقائدها وسائقها فإن يد الراكب أقوى^(٣)، وكما لو تنازع فيها الراكب في السرج والذي خارج السرج فإن يد الذي في السرج أقوى^(٤).

فرع: وكذا لو تنازع اثنان في ثوب أحدهما لابس له والثاني ممسك بجانب منه ولو بأكثره فيد اللابس أقوى^(٥)، وكذا في العرم أو الجدار بين أرضين إحداهما أرفع من الثانية فالظاهر أنه للأرفع^(٦)، فإن استويا فالظاهر أنه لهما معاً. وهذا

(١) بعد التحالف؛ لجواز النكول من أحدهما.

(*) ووجهه: أن لكل واحد منهما يداً وتصرفاً وانتفاعاً، وهو مجاور لملك كل واحد منهما. (بستان).

(٢) وحجة المنتخب: أنه موضوع على ملكه، ولأن حق السفلى أقدم، ولأنه إذا باع السفلى دخل، وإذا باع العلو دخل سقفه الأعلى لا الأسفل. واختاره الإمام يحيى. وحجة مالك: أن انتفاع صاحب العلو به أكثر؛ ولهذا لو رفع السقف الذي بينهما بطل انتفاع صاحب العلو بالكلية ولم يبطل انتفاع صاحب السفلى بالكلية، وكما أن القرار لصاحب السفلى فالسقف لصاحب العلو. (بستان).

(٣) ولو كان مما لا يعتاد ركوبه. (قرير).

(٤) فإن لم يكن ثمة سرج فلذي العنان، فإن لم يكن سرج ولا عنان فقييل: بينهما. وقيل للأول لا للرديف. (عامر).

(٥) ولو مما لا يليق به.

(٦) «غالباً» احترازاً من الأهنوم (يعني شرقها) فإن العرم للأسفل.

كله مع عدم البيئته، فإن بين الأسفل حكم له، وإن بين الأرفع لم تسقط عنه اليمين^(١)، وإن بينا معاً حكم للخارج.

مسألة: وإذا نزل تراب^(٢) أرض لرجل إلى أرض غيره بغير فعله فعليه رفعه^(٣)، وإن أخرجه عن ملكه^(٤) إلى الغير لزم المالك الآخر رفعه، وإن أخرج أرضه عن ملكه فالتراب باق له. وأما أجرة وقوفه في الأرض فلا تجب^(٥) عند الهدوية؛ لأنه بغير فعل مختار، وعلى قول المؤيد بالله تجب على الأول وقت ملكه له، وعلى الثاني من بعد ملكه له.

(١) وفي الغيث في فصل الاختلاف في المهور مالفظة: تنبيه: اعلم أن من كان القول قوله فعليه اليمين، فلو طلب أن يقيم البيئته على قوله لتسقط عنه اليمين فقيل: له ذلك؛ لأن البيئته إذا شهدت على التحقيق أسقطت اليمين، لا إذا شهدت على الظاهر فإنها لا تسقط اليمين. قلت: وسيأتي في كتاب دعاوي إن شاء الله تعالى. (غيث).

(*) وذلك لأن البيئته تشهد بالظاهر فلا ترفعها إلا أن تكون محققة، كما ذكره في الثمرات في سورة النساء في تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾.

(*) يعني الأصلية. (قرر). وفي حاشية: يعني المؤكدة، وأما الأصلية فقد سقطت.

(٢) وإذا دخل الماء المملوك إلى أرض الغير بغير اختيار مالكة وجبت إزالته على مالكة، لكن إذا كان يضر الأرض إزالته وبقاؤه معاً ماذا يكون؟ الظاهر أنه لا يجب على المالك أرش ما نقص من الأرض إذا لم يرض مالك الأرض ببقائه، وإن رضي ببقائه لم يكن لصاحب الماء رفعه، ولا أجرة عليه للأرض، ولا يضمن مالكة الماء، هكذا اقتضاه النظر، والله أعلم. (من المقصد الحسن)^[١].

(٣) بما لا يححف. (قرر).

(٤) ببيع أو غيره.

(٥) قبل المطالبة. (قرر). وهو ظاهر الأزهار في قوله: وما وضع بتعد من غرس أو غيره.. إلخ.

(*) إلا أن يكون بسبب متعدى فيه. (قرر).

[١] هذه مقررة في هامش الشرح.

النوع الثاني: في الجدران^(١) والحوائط التي بين الأملاك

فإذا انهدم الجدار بين شريكين فيه فعليهما إصلاحه بما يعتاد في تلك البلد، ومن امتنع منهما أجبر، وإلا كان للثاني أن يعمره ويرجع على شريكه بحصته فيما غرم كما تقدم من التفصيل والخلاف^(٢).

مسألة: ومنافع الجدار ثلاث، وهي: الستر، والتحريز، والحمل عليه بعمارة أو وضع خشب. فما كان للستر والتحريز فقط كالذي بين البساتين والمزارع فليس لأحدهما أن يحمل عليه ولا يضع عليه خشباً ولا يتد فيه وتداً ولا يفتح فيه باباً ولا طاقة إلا بإذن شريكه، وما كان موضوعاً لها الكل كالذي بين دارين أو حانوتين فليس لأحدهما أن يحمل عليه بناءً ولا خشباً بحيث يشغله كله، وأما على بعضه بحيث يمكن شريكه يفعل مثله^(٣) فلا يجوز أيضاً إلا بإذن^(٤) شريكه؛ وقال الفقيه حسن: بل يجوز^(٥).

(١) قال في القاموس والصحاح^[١]: الجدران جمع جدر، وسمع بالتاء؛ لأنه جمع الجمع. (من خط سيدي الحسين بن القاسم).

(٢) في مسألة العلو والسفل.

(٣) يعني ترك لصاحبه الجانب الذي يليه من الجدار بحيث يمكنه يغرز أو يضع مسامته له، لا إذا ترك له موضعاً بجنبه فلا يجوز، ويقرب أنه وفاق، وإن كان ظاهر الخلاف فيها. (ص ع). ولفظ حاشية: وأما بقدر نصيبه فيجوز، مثل أن يضع على نصف الجدار مما يليه ويترك لصاحبه النصف الآخر، أو يترك لصاحبه موضع جذع ويضع لنفسه جذعاً، أو تكون الأخشاب والقطع لا بناء فوقها فيمكن فيه المهاية بالنقل. (من هامش التذكرة).

(٤) لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحمل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بستان).

(٥) وهو مفهوم الأزهار في قوله: «ولا يستبد... إلخ».

(*) ثلثا يبقى ملك لا ينتفع به. قلنا: الانتفاع يحصل مع الإذن أو بالقسمة. (بستان).

[١] الذي في القاموس ما لفظه: الجدر: الحائط كالجدار، ج: جُدْرٌ وجُدْرٌ وجدران. اهـ وفي الصحاح: الجدر والجدار: الحائط، وجمع الجدار جدر، وجمع الجدر جدران. اهـ

فرع: وإذا أذن الشريك في شيء من ذلك فله الرجوع من بعد، لكنه يكون كالمعير لذلك إذا رجع على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

مسألة: من كان له جدار ووضع عليه خشباً أو نحوها ثم شرك^(١) غيره في الجدار لم يكن له بقاء الحمل إلا بإذن^(٢) شريكه، ذكره أبو العباس، وقال الفقيه حسن: بل يبقى^(٣)؛ لأن العرف جارٍ بذلك، فإن تبين أن حق الشريك من قبل الحمل لم يكن له بقاءه إلا بإذن الشريك^(٤).

مسألة: إذا كان الجدار بين شريكين ولأحدهما عليه حمل وادعى أنه حق له فعليه البينة؛ لأن الحقوق في ملك الغير لا تثبت باليد، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والمنصور بالله.

مسألة: وإذا كانا شريكين في سفلى الجدار وكان على علوه خشب لأحدهما فادعى أن علوه له وحده، وقال شريكه: بل هو لهما معا كسفله - فيحتمل أن القول قول صاحب الخشب، ويحتمل أن عليه البينة^(٥)، كما في جدار بين دارين لأحدهما عليه خشبة واحدة وللثاني خشبات كثيرة عليه الكل وتنازعا فيه، فالظاهر أنه لهما معاً.

مسألة: وإذا لم يكن بين الملكين جدار وطلب أحدهما إحداثه لم يجبر عليه الثاني^(٦).

(١) أي: ملك.

(٢) لأن الظهور للحق ليس كالأستثناء إلا فيما هو استهلاك كالقبر والمسجد. (شرح أثمار).

(٣) قوي مع العرف، وبنى عليه في التذكرة.

(٤) اتفاقاً.

(٥) وهذا هو الأصح؛ لأن الاشتراك في سفلى الجدار يدل على الشركة في علوه، فإذا ادعى الآخر الملك لجميعة فعليه البينة. (صعيتري). وقواه الدواري، واختاره صاحب الحفيظ.

(٦) وذلك لأنه لم يتقدم حق في إحداثه، بخلاف ما إذا انهدم، كما إذا أراد أحدهما حفر البئر لزيادة مائها فإنه لا يلزم شريكه إجابته إلا أن يعرف أنها إن لم تحفر قل مأوها، وكذا الجدار إذا

مسألة: وإذا انهدم الجدار المشترك فطلب أحدهما قسمة موضعه^(١) لم يجبر الثاني إذا كان له استحقاق الحمل عليه أو لهما معاً، وإن لم يكن لأيهما عليه حق الحمل فقال الفقيه حسن: كذا أيضاً، وقال في الشرح: بل يجبر. وإن كان حق الحمل عليه لأحدهما فقط فإن طلب القسمة من لا حمل له لم يجب، وإن طلبها صاحب الحمل أجيب إليها^(٢)، وقال الفقيه حسن: لا يجب، قال الفقيه يحيى البحيح: وإنما يجاب حيث يكون نصيب كل واحد منه إذا قسم يمكنه يعمر فيه جداراً، وإن كان لا يمكن لم تجب القسمة. والأقرب أنها لا تجب^(٣) مطلقاً؛ لأن لكل واحد منهما حقاً في مشاركة صاحبه له في عمارة الجدار^(٤).

مسألة: وإذا كان الجدار بين دارين فتنازعا فيه فأيهما بين حكم له، وإن لم تقم بينة فإن كانا لا يد لأيهما عليه^(٥) أو اليد عليه لهما سواء فالظاهر أنه لهما معاً، وإن كانت اليد عليه^(٦) لأحدهما فقط فالظاهر أنه له، وكذا إذا كانت اليد لهما معا

طلب أحدهما النقض لعمارته خشية الانهدام أجيب، ولو طلب النقض لعمارته بالحجارة وكان بالطين لم يجب، وكذا ما أشبهه. (من تعليق الفقيه يوسف على الزيادات) (قررو).

(*) إلا أن يتراضيا على ذلك وشرعا لزم الإتمام إلى القدر المتعارف به، فيجبر الممتنع؛ لأنه قد صار حقاً له. (عن القاضي ابراهيم بن مسعود) (قررو). وقرره المفتي والشامي. اهـ ووجه اللزوم: كونه يلحق بالقسمة، وهو لو شرط من أولها لزم، وكذا إذا لحق من بعد، والله أعلم. اهـ وفي حاشية: أنه لا يجبر؛ لأن له أن يرجع كما سيأتي.

(١) هذه عبارة اللمع، وعبارة التذكرة والأزهار: قسمة نفس الجدار، والكل مستقيم.

(٢) وعليه الأزهار بقوله: أو عن قسمته غالباً.

(٣) واختاره المفتي.

(٤) هذا مستقيم حيث كان له حق في الجدار غير التحميل.

(٥) ونظره في بيان حثيث، ولعل وجه النظر أن اليد في ذلك لبيت المال، فالدعوى عليه.

(٦) في (أ، ب): فيه.

لكن يد أحدهما أقوى^(١) فالظاهر أنه له. وإن بينا معا فحيث لا يد لأيهما أو اليد لهما سواء يحكم به لهما معاً، وحيث اليد لأحدهما أو يده أقوى فقال الفقيه علي: إنه يحكم به للخارج، وقال الفقيه حسن: بل لهما معاً^(٢). وهو ظاهر اللمع.

فروع: واليد تثبت على الجدار بأحد أمور، أقواها العصرة، فمن كانت عصرة الجدار متصلة ببنائه فالظاهر أنه له، ثم بعدها الخشب الموضوع عليه، من كانت له فالظاهر أنه له، وإن كانت لهما معا فهو لهما معاً ولا عبرة بكثرة الخشب وقتلتها^(٣). وقال أبو حنيفة: يكون لصاحب الأكثر^(٤)، ولصاحب الأقل حق الحمل عليه. ثم بعد ذلك توجيه البناء، فمن كان وجه البناء إليه فالظاهر أنه للثاني الذي إليه الثنية، ثم بعد ذلك التزيين والتزويق في الجدار، فمن كان إليه فالظاهر أنه له، وكذا في بيت الخوص - وهو الشجر - فإنه يعتبر فيه بالقمط^(٥)، وهو موضع عقد الخيط الذي يربط به الشجر، فمن كان العقد إليه فالظاهر أنه له.

(١) بالتصرف فيه.

(٢) قال: لأنه لا حكم لليد في الجدار مع قيام البينة. وقال الفقيه علي: بل اليد في الجدار كغيره، فتكون بينة الخارج أو الذي يده أضعف أولى. (بستان).

(٣) لكن يقال: هلا حكم للأكثر بقدر جذوعه، ينظر. ويمكن أن يقال: المسألة مبنية على أن صاحب الجذوع الكثيرة ادعى أن الجدار له جميعه لكثرة جذوعه، فلم تسمع دعواه؛ لأن لصاحبه يداً بجذعه فلا تبطل بكثرة جذوع الآخر. فأما لو ادعى صاحب الجذوع الكثيرة أنه يملك ما تحت جذوعه لظاهر اليد عليه لم يبعد أن تسمع دعواه، ويكون له بقدر تلك الجذوع؛ لظاهر اليد. (غيث).

(*) الأزهار: وإن زادت جذوع أحدهما.

(٤) حجتنا: أن اليد لهما فكان لهما. وحجته: أن صاحب الأكثر يده أقوى. قلنا: لا تأثير للكثرة، كرجلين في أيديهما ثوب أحدهما ممسك بطرف منه والآخر ببقية أطرافه فلا خلاف أنهما سواء. (بستان).

(٥) بالفتح والكسر، فبالفتح: عقد الحبل، وبالكسر: الحبل نفسه.

مسألة: وإذا كان بين اثنين أو جماعة جدار أو سقف أو دعامة أو درجة فطلب بعضهم نقضه لإعادة خير منه أو أقوى منه لم تلزم الآخر إجابته إلى ذلك، إلا إذا خشي سقوطه وجب نقضه وإعادته بآلته الأولى، وعلى صفته الأولى.

النوع الثالث: في السكك والشوارع^(١)

فما كان منها نافذاً^(٢) أو في أقصاه مسجد^(٣) فالناس فيه سواء، ويجوز فتح الأبواب إليه والطاقت، ولا يجوز إشراع الميزاب إليه إلا بإذن الإمام أو الحاكم حيث لا يضر^(٤)، وأما الروشن^(٥) والجناح فقال الحقيني: لا يجوز^(٦)، وقال المؤيد بالله والشافعي: يجوز بشرط عدم الضرر. ولا يجوز اتخاذ بالوعة فيه ولا دكة ولو كان واسعاً أو في غرزة منه إلا بإذن الإمام أو الحاكم مع عدم الضرر وكون ذلك لمصلحة عامة. ولا وضع الحطب والزبل فيه، ولا المرور فيه بأحمال^(٧) الشوك إذا كانت تساقط فيه، ولا اتخاذ السواحل إليه كما في الميزاب، ولا ربط البهائم والكلاب فيه، ولا الذبح فيه وطرح الرماد والقمامة ونحو ذلك^(٨) مما يضر المارة، ولا تضيقه ولو كان واسعاً، ولا الخرق تحته كتحت المسجد. قال الفقيه يحيى البحيح: وهذا في الشوارع^(٩) التي تقدمت على

(١) الطرق بين الدور.

(٢) مسبلاً.

(٣) أو حمام أو نحوه مما الناس فيه على سواء.

(٤) لمصلحة عامة.

(٥) وكذا السباط، وهو سقيفة بين حائطين من تحتها طريق، ذكره في الصحاح. (زهور).

(٦) قول الحقيني هو ظاهر قول الهدوية؛ لأنهم يجعلون حرمة أربعة من الثرى إلى الثريا: المسجد والوقف والطريق والمقبرة. (زهور).

(*) إلا بالشروط الثلاثة. (قررو).

(٧) لقوله ﷺ: ((ملعون من آذى المسلمين في طرقهم)). (غيث).

(٨) كطرح جلف الموز والدبا والرش بالماء وغير ذلك من العفونات؛ لقوله ﷺ: ((ملعون من آذى المسلمين في طرقهم)) والأذية حاصلة بهذه الأشياء. (بستان).

(٩) وهو الأزهار: أو خاصة فيما شرعوه.

الأملاك، فأما التي أحياها ماحولها وتركوها للمرور^(١) ولمصالحهم فيجوز لهم الانتفاع^(٢) فيها بالميازيب وغيرها، قال الفقيه يوسف: ولعله مما لا يضر^(٣).

مسألة: قال الإمام يحيى: يجوز الجلوس في السكك والشوارع بشرط عدم الضرر بالمارة، وكذا في السوق. يعني: فإن حصل من وقوفه مضرة ضمن.

قال الإمام يحيى: ويثبت حق الواقف في السوق وفي المسجد حتى يقوم مضرباً عنه^(٤)، قال: فإن اعتاد الوقوف في موضع من السوق لقضاء حوائجه كان أحق به^(٥) إلا أن يسافر أو يمرض أو يختار غيره، وللإمام منعه وتحويله إلى غيره؛ لثلا يلتبس بالملك، ويكون له حق فيما حوله قدر ما يضع متاعه فيه أو نحوه، قال: ويجوز وضع الأحمال والأخشاب والأحجار على أبوابهم^(٦) إذا كانت ترفع عن قريب بحيث لا يحصل بها ضرر؛ لإجماع المسلمين على مثل ذلك، وعدم النكير عنه^(٧).

(١) وهذه الطريق التي بهذه الصفة هي صفة أكثر الطرقات التي في الشوارع الممرورة في المدن وغيرها. (مقصد حسن). وقد تقدم في باب الإحياء كلام المقصد الحسن مستوفى.
(٢) ولا يعتبر فيها إذن الإمام، بل المالك، ولا رجوع لهم بعد الاذن؛ لأنه يشبه التسبيل، بخلاف الإذن في المنسدة. (وابل). والمراد بقوله: «الإذن» هو كونهم وضعوها لذلك، فأشبهه التسبيل.

(٣) أما المعتاد ولو ضر على المذهب، وهو ظاهر الأزهار.
(٤) قال عليه السلام: فاما مع عزم العود فوراً فهو أحق به، كمن خرج لرعايف أو لتجديد وضوء أو نحو ذلك؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((إذا قام أحدكم من مجلسه فهو أحق به إذا عاد إليه)).
(بستان). فإن اعتاده لتعلم أو نحوه استمر حقه، كالخرف في الأسواق. (بحر بلفظه).

(٥) ظاهره ولو سبق غيره في بعض الأوقات فالأول أحق به. (قرن).
(٦) يعني: أهل الشارع، لكل واحد منهم أن يضع الأحمال على بابه حيث يريد الرفع عن قريب، لا مع التراخي. (بستان).

(٧) ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا تمنعوا المعروف فيقل خيركم)). (بستان).

مسألة: والخانكات^(١) المسبلة لا يجوز الوقوف فيها إلا بإذن المتولي، إلا أن تجري العادة فيها بعدم الاستئذان جاز، ومن سبق^(٢) إلى شيء منها كان أولى به ما لم يغيب عنه^(٣) أو يرى المتولي صلاحاً في دخول غيره معه.

مسألة: وما كان من الشوارع منسداً فلا يجوز اتخاذ شيء مما تقدم إليه إلا بإذن شركائه^(٤) في ذلك المكان.

فرع: وإذا كان بعضهم أكثر استطرأ واستعمالاً لم يكن لهم منعه ولا طلب قسمته بالمهاياة ولا غيرها ولو غاب بعضهم، ذكره المؤيد بالله. ولعل الوجه فيه إجماع المسلمين عليه.

فرع: ومن لم يكن له باب إليه فليس له أن يفتح إليه باباً للاستطراق منه، فأما لغير الاستطراق^(٥) ففيه احتمالان لنا ووجهان للشافعية: أحدهما: أنه يجوز؛ كما

(١) هي في اللغة: الحانوت الصغير.

(*) قال الفقيه يوسف: وينظر في منازل المسجد إذا قد حاز بعضها رجل فقراً فيها وأراد آخر أن يقف معه ولكنه يشغل الأول عن القراءة دون المرقد، هل الأول أحق بها على الإطلاق أو له حريمه كقول الناصر في الواقف في السوق، أو يكون له المنع وقت القراءة دون النوم، أو يقال: هي كالمساجد فليس له المنع في الزائد على مكانه؟ ينظر في ذلك. (شرح فتح). قال الدميري في حياة الحيوان في ذكر النحل: إنه إذا كان بعض الدراسة يمنع البعض الآخر أنه يخرج من المنازل. والذي قرر أن لهم الحق على سواء. (قرر).

(٢) في (أ): وكان من سبق إلى شيء منها أولى به.

(٣) يعني: فينقطع حقه؛ لأننا لو جوزنا بقاء حقه لأدنى إلى الملك وبطلان الاشتراك. قال عليه السلام: ويحتمل تفويض النظر إلى المتولي في قدر إمهاله، ولا يخص شخصاً دون شخص؛ لثلاث تضييق القلوب. (بستان).

(٤) المقابل والداخل، لا الخارج فقد انقطع حقه. (قرر). وقرره المتوكل على الله عليه السلام. إلا أن يضر به كمجرى ماء يسيل إلى طريقه، ذكره في شرح الفتح. (قرر).

(٥) كالضوء مثلاً.

له أن يخرب داره^(١) ويجعلها عرصه ولو نفذت إلى شارع نافذ. والثاني: لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى ثبوت يده في هذا الشارع. وكذا^(٢) فيمن له باب إلى هذا الشارع وأراد فتح باب آخر إليه من وراء بابه^(٣) على هذه الصفة^(٤)، وأما من دون بابه^(٥) فيجوز ولو إلى دار له أخرى^(٦)، فإن باع الدار الأخرى أو أكرها فلا حق لها في هذا الشارع، وإن باع داره الأولى بطل حق الثانية في الشارع، إلا أن يستثني الاستطراق^(٧) إلى الثانية صح، ذكر ذلك الفقيه علي. وأما فتح الكوى والطاقت إلى من غير إذن أهله فيجوز على الأصح^(٨)، ومنعه في الانتصار إلا برضا أهله.

مسألة: من له داران متجاورتان وباب كل واحدة إلى شارع منسد، أو أحدهما منسد والثاني نافذ، فأراد فتح باب بين الدارين ليستطرق من كل دار إلى

(١) وعندنا ليس له ذلك؛ لأن عليهم ضرراً بدخول السارق وغيره. (مصايح). وإلا أجزر على فعل جدار مانع. (قررو). ولو قيل: لهم حق في بقاء الجدار الذي إلى الدور كان محتملاً. (عامر).

(٢) يأتي الوجهان والاحتمالان.

(٣) يعني: إلى داخل المنسدة.

(٤) يعني: أنه على الاحتمالين والوجهين. (بستان).

(*) يمنع على الصحيح؛ لظاهر قوله: وفي جعل بيت فيها... إلخ.

(٥) أي: أقرب إلى خارج [مخرج (نخ)] الشارع.

(٦) وظاهر قوله في الأزهار: وفي جعل بيت... إلخ أن لهم المنع على المختار.

(٧) بناء على ما ذكره، والمختار خلافه؛ فلا فائدة للاستثناء. (قررو).

(٨) هذا ذكره في مهذب الشافعي، وهو يفهم من قول أصحابنا: إن للإنسان أن يفعل في ملكه ما شاء ولو ضر الجار. ومنعه في الانتصار ولو الفاتح من أهله؛ لأن منفعتهم الاستطراق، فأما غيره فلا يجوز إلا بإذنتهم؛ لانحصارهم. (بستان).

الثانية- ففي جواز ذلك احتمالان^(١) ووجهان^(٢)، رجح الفقيه علي الجواز^(٣)، لكن إذا بيعت إحداها أو أكرت لم يبق في إحداها طريق إلى الثانية، إلا أن يستثنى البائع حق الاستطراق في التي باعها إلى الثانية صح^(٤).

مسألة: وإذا كان لرجل حق إسالة الماء من داره إلى دار الغير أو أرضه أو شارعه فأراد إسالة الماء من دار أخرى له أو لغيره إلى داره ثم يخرج إلى ذلك الغير بحيث لا يضره ففيه احتمالان، رجح الفقيه يوسف المنع؛ لأنه إنما يستحق إسالة المعتاد فقط.

مسألة: وإذا أراد بعض أهل الشارع المنسد أن يجعل داره مسجداً أو وقفاً عاماً فيحتمل أن يجوز كما له أن يدخل داره من شاء، ويحتمل أن لا يجوز إلا برضا شركائه الكل؛ لأنه يبطل حقهم في الشفعة به، رجح السيد يحيى المنع، ورجح في البيان الجواز.

مسألة: إذا كان عرض الطريق معلوماً ترك على حاله ولو كثر، وإن التبس

(١) للفقيه حسن.

(٢) للشافعية.

(٣) المذهب المنع. (قررو).

(٤) قال القاضي عبدالله الدواري: في ذلك نظر؛ إذ الحق للدار الأولى فقط، ثم إذا صح أن له فتح باب إلى الأخرى لم يكن له المنع إذا باعها؛ لأن قد ثبت لها حق، وكذا لو باع الثانية فقد ثبت لها إلى تلك حق. (تعليق لمع).

(*) وكذا من له أرضان تستحق إحداها الشرب من بئر دون الأخرى ثم إنه شرك الأخرى بأن فتح لها من جانب مجراه المملوك وسقاه ببعض ذلك الماء ثم باعها بعد ذلك على تلك الحالة فإن المشتري لها لا يمنع؛ إذ قد ثبت لها الحق حيثئذ في الساقية المفروضة، والله تعالى أعلم. اهـ هذا يستقيم مع الانفراد بالبئر أو رضا الشركاء. (سماح سيدنا حسن).

(*) المذهب المنع. (قررو).

عرضه^(١) وأراد أحد أن يجيي ما حوله من المباح فانه يترك للطريق فيما تجتازه المحامل ونحوها اثني عشر ذراعاً^(٢)؛ لجواز اتفاق محملين فيه سارح ورائح، وفيما يجتازه الناس والدواب بغير محامل ولا ما في حكمها سبعة^(٣) أذرع. قال المؤيد بالله وأبو طالب: وكذا إذا التبس عرض الطريق بالأملاك فإنه يترك لها ذلك القدر.

مسألة: وإذا خرب الزقاق^(٤) الذي بين الدور والتبس عرضه وأراد أهله عمارة ما حوله فإنه يجعل عرضه مثل أوسع باب فيه^(٥)، وقال المؤيد بالله: مثل بابه^(٦).

(١) وهذا الالتباس حيث علم جملة الطريق في موضع معين فيترك ذلك للقريئة به، فأما لو التبست الطريق بجملة الأملاك صار الجميع لبيت المال، فيترك ما يحتاج إليه طريقاً. (وابل) (قررو).

(٢) وكذا مثل العرض الارتفاع والانخفاض في الهواء ولو^[١] كان عليها سابط. (قررو).
 (٣) هذا التقدير للهادي للهادي^{عليه السلام}، قال الفقيه محمد بن يحيى: وهو استحسان منه ^{عليه السلام}، لا أنه ورد به أثر. (بستان). الاستحسان منه ^{عليه السلام} إنما هو في الاثني عشر، وأما في السبعة فقد صرح به في الأحكام أنه قضى بها النبي ^{صلى الله عليه وآله وسلم}، وذكره البخاري من حديث أبي هريرة.
 (٤) أي: جانب الدور.

(٥) وإذا لم تعرف أبواب السكة ولا باب الزقاق قبل الهدم رجع إلى رأي الحاكم. اهـ والأولى أن يقال: إن كان الزقاق معلوماً ترك له قدره إن عرف باب السكة قبل الانهدام، وإن لم يعرف ذلك وأراد أحدهم إعراض بابه رجع في ذلك إلى رأي الحاكم، وهو يرجع إلى عرف الجهة. (مفتي، وذماري).

(٦) أي: باب الزقاق.

(*) قلنا: بل مثل أوسع باب فيه من أبواب الدور؛ لأن لصاحب الباب الواسع أن يدخل ما يتسعه بابه، فجعل الطريق هذا القدر ليسع ما يسع الباب من حمل حطب وغيره. (بستان).

[١] في هامش شرح الأزهار: لو. بدون واو.

مسألة: ويأمر الإمام^(١) من يطوف على الطرق ويتفقدتها ويمنع مما يضر بالمارة فيها كما مر.

مسألة: وإذا كانت الصوامع معورة على دور المسلمين^(٢) فإنها تهدم^(٣)؛ لأنها عمرت لمصالح المسلمين، فإذا ضرت بعضهم لم يعمهم نفعها^(٤) عند الهادي والناصر، خلاف أبي حنيفة والشافعي. وقيل: تسد كواها. وقال الفقيه حسن^(٥): إن كانت متأخرة عن الدور هدمت، لا إن كانت متقدمة عليها.

فرع: فأما الملك فللمسلم أن يرفع داره ولو أعور على جيرانه إذا لم تكن الجيرة بينهم بطريق القسمة، والجار هو الذي يفعل ما يستره. وأما الذمي إذا علّى داره على جاره المسلم فقال في الكافي: يمنع^(٦)، وقال في التفريعات: لا يمنع.

فرع: وللإنسان أن يفعل في ملكه ما شاء ولو كان سببا في ضرر جاره من ماء أو دخان أو دق أو طحن أو غيره ما لم تكن الجيرة بالقسمة^(٧)، ذكره الهادي والمؤيد بالله والشافعي، خلاف مالك^(٨)، وقال القاسم: لا يجوز إذا كان ملك

(١) أو واليه أو من صلح.

(٢) وظاهر الأزهار وعمومه ولو على دور الذميين. (قرئ).

(٣) وفي الواجب: إذا كانت المصلحة أرجح لم تهدم ولو أعورت.

(٤) يعني: فتبطل المصلحة بمعارضة المفسدة. وعند أبي حنيفة والشافعي: لا تهدم؛ لأن في الحرم أربعا قررها العلماء. قلنا: لا نسلم الرضا، سلمنا فلعدم إعوارها. قالوا: أماكن يذكر فيها اسم الله تعالى ورسوله فتندب كالمساجد. قلنا: المقصود حاصل من دونها، ولم يأمر بها النبي ﷺ وأمر بعمارة المساجد، فافترقا. (بستان).

(٥) وعليه الأزهار.

(٦) وعليه الأزهار بقوله: ولا يرفعون دورهم.

(٧) والعلو والسفل كما مر، والعين المشتركة. (سماح المتوكل على الله ﷻ).

(٨) هذا راجع إلى أول الكلام حيث لم تكن الجيرة بالقسمة، فعند مالك لا يجوز أن يفعل في ملكه ما يضر جاره إلا التعلية، فأما ما كانت المجاورة فيه حصلت بالقسمة فلا يجوز

الجار متقدماً على فعل هذا الذي يضره، وإن كان متأخراً عنه جاز. قال الفقيهان حسن ويوسف: أما إذا قصد المضارة لجاره فإنه يَأْتُم بذلك، ولعله يمنع^(١) من ذلك إذا عرف قصده.

وما كانت المجاورة فيه حصلت بالقسمة فليس لأحد منهم أن يفعل^(٢) في ملكه ما يضر جاره^(٣) إلا ما شرط عند القسمة أو كان معتاداً من قبلها؛ لأن القسمة موضوعة لدفع الضرر.

مسألة: وإذا استغرق الناس في المباح حتى صارت^(٤) طريقاً ثبت حقهم فيه، خلاف المؤيد بالله فأجاز إحياءه.

عندنا ولا عنده على مفهوم عبارة البرهان. (بستان).

(١) والمنع لأهل الولايات. أما المنع ففيه نظر.

(٢) ولو انتقل الملك ببيع أو نحوه؛ لأن الملك ينتقل بحقوقه، رواه عن الفقيه يوسف في حاشية في الزهور، وعن الإمام عز الدين بن الحسن عليه السلام: بين المتقاسمين^[١] فقط، ومثله عن ابن بهران.

(٣) سواء كان الضرر في الملك أو في المالك. (حاشية سحولي). (قرن).

(٤) في (أ): حتى صار.

[١] فلو انتقل البعض فقط سل. يقال: تبعض فلا مانع.

النوع الرابع: الشرب

وهو بضم الشين اسم للفعل، كقوله تعالى: ﴿فَشَارِبُونَ شُرْبَ الْهَيْمِ﴾ [الواقعة]، ويكسرهما اسم للنصيب، قال الله تعالى: ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء].

مسألة: إذا كان أهل الضياع مشتركين في أصل الماء^(١) قسم بينهم على قدر حصصهم فيه^(٢) إن عرفت، وإن جهلت أو^(٣) تشاجروا فعلى قدر مساحة الأرض^(٤)، ومن ادعى الزيادة على ذلك فعليه البينة، ذكره أبو جعفر.

مسألة: وإذا ادعى صاحب الأسفل أنه مشارك في أصل الماء، وقال صاحب الأعلى: ما لك إلا ما فضل عن أرضي - فقال المؤيد بالله: القول قول صاحب الأسفل^(٥)، وقال أبو مضر عكسه. قيل: وقول المؤيد بالله أقوى في الغيل، وقول

(١) أي: مقره.

(٢) يعني: في النهر إن عرفت حصصهم، وإن جهلت مسحت وقسم على قدر المساحة في النهر، وإن لم تعرف حصة كل واحد منهم قسم على الرؤوس، وإن أحيوا على النهر مسحت المزارع وقسم على قدر الحصص، والله أعلم. ومثل هذا في الغيث. (قررو).

(٣) الأولى حذف الألف.

(٤) يعني: أرض النهر. (قررو). إن كانت الشركة فيه، أو أرض المجري إن كانت الشركة فيه. (شرح أزهار).

(٥) قال: لأن الظاهر الاشتراك، فمن ادعى الصبابة فعليه البينة. وقال أبو مضر: بل الظاهر الصبابة، فمن ادعى الاشتراك فعليه البينة؛ لأن الأصل عدمه. قيل: والخلاف بينهما في الكل، وقال الفقيه يوسف: إن الخلاف بينهما في ماء الغيل، وأما ماء السيل فيتفق أن الظاهر فيه الصبابة؛ فالقول قول صاحب الأعلى. (بستان).

(*) فلو تصادقا على أنه بينهما واختلفا في قلة الحق وكثرته فقال في الوافي: يكون الماء على قدر كثرة الأرض وقتلتها، ذكره في التقرير. (تعليق زيادات للفقيه حسن). وعلى من ادعى أنه على عدد الرؤوس البينة. لكن لو تشاجروا ولم يعلم هل كانت الأرض كلها تسقى من ذلك الماء أو بعضها مع اعترافهم بالشركة قال القاضي عبدالله الدواري: الأقرب أنه على الرؤوس.

أبي مضر أقوى في السيل^(١)؛ للعرف بذلك.

مسألة: وإذا ثبت أن ليس للأسفل إلا الفضلة فإنه يكون الأعلى أولى بقدر ما يكفي أرضه في عرف ذلك البلد، وكل بلد بعادتها في أراضي الزرع وأراضي الأشجار^(٢)، وما زاد على ذلك فهو حق للأسفل ثم كذلك ما تدارج أهل الصبابة. وليس لصاحب الأعلى تحويل الفضلة عن الأسفل ولا عن مجراه المعتاد^(٣) على وجه يضر الأسفل^(٤).

مسألة: والاشتراك في أصل الماء يكون في صورتين:

الأولى: حيث اجتمعوا في الحفر واستخراج الماء من البئر أو العين^(٥).
الثانية: حيث اشتركوا في إحياء أراضيهم على الماء المباح ولم يسبق إليه أيهم،

(*) للعرف. مع اتفاقها على سقي الأعلى والأسفل.

(١) قال القاضي عبدالله الدواري: إن كان صاحب السفلى يسقي أرضه حال سقي صاحب العليا بأن يكون في النهر مداخل للماء إلى كل أرض يدخلها معاً فالقول لصاحب السفلى، وعليه يحمل كلام المؤيد بالله، وإن كان صاحب العليا يحبس الماء حتى يسقي من النهر ثم يرسله إلى الأسفل فالقول للأعلى، وعليه يحمل ما ذكره أبو مضر. قال في المقصد الحسن: وهذا التفصيل أقرب إلى الصواب.

(٢) فإن غرس ما معتاده الزرع نخلاً فهل يستحق ما يجب للنخل أو لا يستحق إلا ما يعتاده أولاً؟ الجواب: أنها تستحق لما هو حاصل فيها لا ما يعتاده من قبل، ذكر معناه في المقصد الحسن. وقال المفتي: وقت الإحياء؛ لأنه وقت ثبوت الحق.

(٣) في (ب): ولا عن مجرى الماء المعتاد.

(٤) وقيل: ليس له التحويل مطلقاً وإن لم يضر كما يأتي للفقهاء حسن.

(٥) وخرج الماء لهم جميعاً بضربة واحدة، وإلا فلمن خرج الماء في ضربته^[١] وللآخر المنع من إجراء الماء في حصته، هذا عن سيدنا إبراهيم حثيث. وقيل: تثبت بالضرورة. (سماع سيدنا أحمد بن سعيد الهبل).

[١] وقيل: ولو خرج بضربة أحدهم؛ لأن قد اشتركوا في الحفر. ومثله عن الشامي.

فيكونون فيه على سواء^(١)، وفي مقره ومجاريه على سواء قل أو أكثر.

مسألة: والصبابة تثبت حيث سبق بعضهم إلى حفر العين، فيكون أحق بما يخرج منها وبمجاربه حتى يفضل عن أرضه، وكذا حيث سبق إلى إحياء أرضه على الماء المباح فيكون أحق بقدر ما يكفي أرضه^(٢)، فإذا أرسل الفضلة^(٣) في الصورتين معاً وأحيا غيره أرضاً عليها صارت حقاً له، فلا يكون للأعلى صرفها عنه، ثم كذلك ماكثر الإحياء على ما فضل من الماء.

مسألة: وإذا كان الماء للأسفل ومروره في الأعلى لم يكن لصاحب الأعلى منعه من إمرار المعتاد، وهو يثبت حق المرور فيه بإقرار صاحبه أو بالبينة أو بنكوله أو برده اليمين، أو باليد الثابتة على ذلك كالمناشج^(٤) المعتادة ونحوها على قول من أثبت الحقوق باليد. قلنا: أو بالضرورة^(٥) حيث لا يمكن مروره إلا في حق الأعلى^(٦).

(١) وتكون قسمة الماء على قدر مساحة الأرض المحيية عليه. (قرئ).

(٢) ولو أجرى دون الكفاية وأرسل الفضلة كان له قدر كفايته. (ديباح).

(٣) باختياره، لا لو استرسل بنفسه كما ذكره الفقيه يوسف، وقد ذكره الدواري، قال: لا بد في ذلك أن يرسل بعد كفايته على جهة الإضراب، لا قبل الكفاية لغرض أو استرسل بنفسه ولو بعدها. وقيل: بل تثبت بهذا. وكلام المؤيد بالله محتمل. وأما إذا استرسل قبل الكفاية فلا شبهة أنه لا يثبت به الحق. (تكميل).

(٤) بالشين المعجمة والجيم، قال في الصحاح: والنشج - بالتحريك - واحد الأنشاج، وهي مجاري الماء. (صحاح). وكذا في القاموس.

(٥) بأن كان الأسفل مالكا في قرار النهر ولم يجد ممراً ينزل فيه ما يستحقه من الماء، أو شهدوا أنه يستحق في الماء ولم يذكروا المجرى، والله أعلم. وقد ذكر معناه في شرح الفتح. ولفظ حاشية: ولعله حيث وقع التصادق على ثبوت حق الأسفل من أصل النهر ثم التبس موضع المجرى. (قرئ).

(٦) إن كان واحداً، وإن كانوا أكثر فرض الحاكم بالقيمة. (شرح فتح).

فروع: وكذا حيث الماء للأعلى وله حق إرسال الفضلة إلى الأسفل بأحد الوجوه المتقدمة فليس للأسفل منعه من إرسال المعتاد ولو ضر أرضه أو زرعه، فإن زاد على المعتاد ضمن أرش ما ضر إذا كانت الزيادة بفعله أو أمكنه ردها^(١) فلم يفعل^(٢)، ذكره في بيان السحامي^(٣).

مسألة: وإذا ثبت للأسفل حق الصبابة من الأعلى ثبت للأعلى حق إرسالها إلى الأسفل، فلا يكون للأسفل منعه من إرسالها، وإن أراد الأعلى أن يجعل ساقية من أصل الماء في حقه أو في غيره إلى الأسفل لم يكن له ذلك؛ لأنه يضر بالأسفل بإلقاء الطين في أرضه.

مسألة: من ثبت له^(٤) حق طريق أو مسيل في ملك غيره فأراد صاحب الملك نقله من موضعه إلى موضع آخر على وجه لا يضر صاحب الحق فقال الفقيه علي: له ذلك^(٥)، وقال الفقيه حسن: لا^(٦).

مسألة: إذا كان لرجل نهر جار وحوله أرض لغيره، وكان الماء يخرج من

(١) مع العلم. (قررد).

(٢) ولقائل أن يقول: هو غير متعدد بالسبب كالجدار المائل، وقد قال الفقيه يوسف: إن كان بفعله ضمن مطلقاً، وإن كان لا بفعله فبعد علمه متمكناً. (مفتي).

(٣) هو لعلي بن ناصر السحامي. وحيث يطلق البيان فهو بيان معوضة. (من خط القاضي علي بن محمد الهاجري رحمته الله).

(*) ولعل وجهه كون سبب دخول الماء بفعله الذي هو معتاد. (كواكب).

(٤) وهو التنبيه في الشهادات في فصل: ويكمل النسب بالتدريج.

(٥) هكذا في البرهان عن الفقيه علي، قال: كما ذكره المؤيد بالله فيمن له شجرة ولغيره فيها حق أن لصاحبها قطعها ويقوم غيرها مقامها على وجه لا يضر صاحب الحق، قال فيه: وقواه الفقيه يوسف. (بستان). ونظره الفقيه حسن، وقال: ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن لا يستقر الحق.

(٦) لأنه يؤدي إلى أن لا يثبت حق.

النهر إلى الأرض فيضرها - فليس علی صاحب النهر أن يفعل ما يمنع خروج الماء من نهريه، بل صاحب الأرض يفعل ما يدفع الماء عن أرضه إن شاء؛ إلا أن يرسل صاحب النهر في نهريه زائداً على المعتاد فهو متعد به، فيضمن ما أفسده^(١).

مسألة: من اتخذ عرماً في واد يرد به الماء: إما ليتجمع فيه الصيد أو ليستقي أرضاً له مرتفعة - فإن كان ذلك حقاً له من الأصل جاز^(٢) بشرط أن لا يمتد^(٣) الماء إلى أرض غيره فيضرها^(٤)، وإن لم يكن حقاً له فإن لم يكن لأحد حق في ذلك الوادي غيره جاز، وإن كان فيه حق لغيره فإن كان لمحصورين لم يجز إلا برضاهم، وإن كان لغير محصورين لم يجز إلا بشروط، وهي: عدم المضرة، وأن يكون يحصل من ذلك مصلحة عامة، وأن يكون بإذن الإمام أو الحاكم.

(١) روى الدواري عن المؤيد بالله أنه إن خرج الماء لخلل في الساقية زائد على المعتاد ضمن صاحب الساقية ما أفسد الماء من الأرض؛ لأن عليه إصلاحه حيثئذ، وإن خرج من الساقية لكثرتة فقط ولا عناية لذي الساقية في الزيادة على المعتاد فلا ضمان؛ لأن الإصلاح حيثئذ على صاحب الأرض. وحيث قلنا: يضمن في خلل الساقية المراد حيث علم بذلك وتمكن من الإصلاح كما في العلو والسفل. قلت: وهذا التفصيل هو الموافق لقواعد المذهب. (مقصد حسن) (قرر).

(*) وكذا لو استرسل بغير فعل وعلم به وتمكن من إصلاحه ولم يفعل. (قرر).

(٢) لأنه إحياء.

(٣) أما مع تقدم الحق وثبوتة وفعل المعتاد فله ذلك ولو ضر على صاحب الأرض، وعلى صاحب الأرض أن يدفع الضرر عن نفسه إن شاء كما في المسألة التي قبل هذه. (قرر).

(٤) فإن قيل: للمالك أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار. وأجيب بأنها إن حصلت المضرة بنفس الفعل - كهذه المسألة - منع، وإن حصلت بسبب الفعل لا من الفعل نفسه فلا يمنع. وقيل: إن فعل المعتاد لم يمنع، وإن فعل غير المعتاد منع إذا ضر، ذكر ذلك في الزيادات وشرحها. (شرح ذويد).

مسألة: وإذا كان^(١) الماء مقسوماً بين أرضين لشخصين فأراد أحدهما يسقي بنصيبه أرضاً أخرى فإن كان يحصل من ذلك مضرة على شريكه لم يجز إلا برضاه^(٢)، وإن لم جاز إذا كان لا يزيد على نصيبه من الماء ولا يستعمل شيئاً من ملك شريكه غير ما هو معتاد، نحو أن يكون الماء يجري في نهر^(٣) مشترك بينهما وهو يحتاج إلى فتح في جانبه^(٤) لإخراج الماء منه، فليس له فتحه إلا برضا شريكه.

مسألة: ما كان مشتركاً بين جماعة وفيهم غائب وأراد الحاضر أن ينتفع بقدر نصيبه منه - فحيث يمكن الانتفاع ببعضه وترك بعضه نحو الدار والأرض يجوز له أن ينتفع بقدر نصيبه ويترك قدر نصيب شريكه، ذكره المؤيد بالله^(٥)، وقال أبو مضر وأبو جعفر: لا يجوز^(٦) إلا أن يجري به العرف. وحيث لا يمكن

(١) الأولى في هذه المسألة أنه لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى إثبات حق، وله منعه. وكذا فتح الطاقات والأبواب إلى داخل المنسدة. (شامي).

(٢) وذلك بأن يسقي بنوبته في الأرض الأخرى فتيسر الساقية حتى تأخذ بعض ماء الثاني في نوبته. (بستان بلفظه). ولأنه عند أن يحصل اللبس تمسح المزارع ويقسم على قدرها.

(٣) المراد به الساقية.

(٤) ظاهره وإن لم يفتح جاز. اهـ يقال: فلم لا يكون كالاستطراق إلى دار أخرى من السكة؟ فهذا مثل قول الفقيه علي. (بيان حثيث).

(٥) قال الفقيه حسن: المراد به في الانتفاع الذي لا يمنع من القسمة متى طلبت، كسكنى بعض الدار، لا ما كان يمنع القسمة كالبناء في الأرض والغرس فيها، وفي زراعتها تردد^[١]، قال ابن الخليل والكني: إن للمؤيد بالله قولين في ذلك كله، وقال أبو جعفر وأبو مضر: إن المؤيد بالله إنما أجاز ذلك حيث جرى به العرف، فإن لم يجر به العرف لم يجز، ولا فرق بين ذلك كله، هكذا عنهم في البرهان. (بستان).

(٦) قال سيدنا: وهو الصحيح؛ للخبر: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). وما كان بأمر الحاكم فقد دل عليه الدليل وإن لم تطب نفس صاحبه. (دواري).

[١] المختار المنع. (قررو).

الانتفاع ببعضه فما كان مقصودا في نفسه كالحیوان والسلعة لا يجوز أن يتتفع بها في وقت ويتركها وقتاً^(١) على وجه المهايأة إلا بإذن شريكه أو بحكم حاكم^(٢)، وما كان المقصود به غيره كالطريق المشترك والنهر^(٣) المشترك فلكل واحد من الشركاء أن يستطرق الطريق متى شاء، وأن يجري الماء في النهر إلى ملكه متى شاء، سواء حضر شركاؤه أو غابوا، والوجه فيه عادة المسلمين بذلك.

مسألة: إذا كانت أرض بين اثنين^(٤) مقسومة بينهما وشربها موج فخرّب جانب منها بحيث يخرج ماؤها أجبر صاحبه على إصلاحه، فإن لم يمكن إجباره أو تعذر عليه خير الثاني بين أن يصلحه ويرجع عليه بما غرم وبين أن يحبس^(٥) على حقه بعزم يرد عليه ما يستحقه من الماء.

فرع: فلو كان لأحدهما المدغر وللثاني الموقر فارتفع المدغر لم يكن لصاحبه أن يعزم عليه^(٦)، بل يزيل ما فيه من التراب المرتفع. وان انخفض الموقر عما كان عليه فعلى صاحبه إصلاحه، وإلا كان لصاحب المدغر أن يعزم على حقه^(٧).

(١) في (ب): ويتركها في وقت.

(٢) إذا كان ثمة حاكم، وإلا جاز الاستعمال وضمن أجره حصة شريكه. (سباع).

(٣) أي: المجرى.

(٤) لأحدهما المدغر والآخر الموقر فارتفع المدغر وجب على صاحبه إصلاحه ولا يعقم، ولو تغير الموقر وتخرب لزم صاحبه إصلاحه، وإلا أطلق لصاحب الأعلى أن يعقم. (غيث).

(٥) هذا يستقيم حيث كان له المدفر.

(*) حتى يصلح صاحبه حقه.

(٦) وذلك لأنه يضر شريكه بحبس الماء وعدم تركه يميد. (بستان).

(٧) قال الفقيه يوسف: الأولى أن يقال: لا يعزم، ولكن يصلحه^[١] ويرجع بالغرّامات، كمسألة العلو والسفل إذا انهدم السفل.

[١] فإن تعذر الإصلاح فله أن يعزم.

مسألة: وإذا كانت الساقية مقسومة بين أرضين فارتفعت إحدهما عما كانت عليه، فطلب صاحبها نقل قسمة الماء إلى موضع آخر مرتفع من الساقية كان له ذلك، ذكره المؤيد بالله^(١)، وقيل^(٢): لا.

مسألة: وإذا كانت حافة^(٣) بين نهر وأرض أو دار وادعى كل واحد أنها له فمن كانت له يد عليها^(٤) فالقول قوله، وإن لم فإن علم تقدم ملك أحدهما على

(*) قلت: وبقي الكلام فيما لو تصادقا أنه موج والحال أن أحدهما مرتفع والآخر منخفض، فقال صاحب المرتفع: ملكي على الأصل، فيجب عليك أن تصلح المنخفض حتى يساوي ملكي، وقال صاحب المنخفض: بل ملكي على الأصل، فيجب عليك أن تصلح المرتفع حتى يساوي ملكي، فلمن يكون القول؟ الظاهر - والله أعلم - أن كل واحد مدع ومدعى عليه، فمن بين منهما أو حلف دون صاحبه ثبت له، فإن بينا أو حلفا أو نكلا وجب على كل واحد منهما نصف الإصلاح، فيزيل صاحب المرتفع نصف التراب، ويكسب صاحب المنخفض نصف المنخفض حتى يستويا. (مقصد حسن). (قرو).

(*) قال سيدنا: الأولى أن يقال: لا يعرم، ولكن يصلح ويرجع بالغرامات كمسألة العلو والسفل إذا انهدم السفل. (زهور). وكذا في المسألة الأولى^[١]. ولعله يقال: صاحب العلو لا يمكنه الانتفاع إلا بعمارة السفل، بخلاف هذا. (سماح المتوكل على الله).

(*) وإن شاء أصلح ذلك ويرجع على صاحب الموقر بما غرم. (شرح بحر).
(١) وذلك ليتمكن من الانتفاع، وقد أفتى به الفقيه حسن، وقيل: لا، ذكره الفقيه أحمد بن سليمان بن أبي الرجال، قال المهدي: وهو أقرب إن تضرر شريكه بالنقل. (بستان).

(٢) أحمد بن سليمان بن أبي الرجال.

(٣) والحافة: هي العرصة. والعرصة: هي كل موضع متسع لا بناء فيه. والدار معروفة. وعقر الدار: أصلها. وباحة الدار: قاعتها، وكذلك ساحتها وصرحتها. وبحبوحتها: وسطها. (كفاية من خط مصنف البستان).

(٤) قيل: حق، وقيل: ملك بالتبعية.

(*) إن قلت: في هذا يدل على أن الحق المستقل يثبت باليد فيه، قلت: يحتمل أن يكون ملكاً. (مفتي). قاله نظراً منه عليه السلام.

[١] يعني: هذه التي قبل الفرع.

الثاني فهو **أولى^(١)** بها، وإن لم فإن كانت تكفيهما^(٢) معاً فلها، وإن لم فقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: إن الأرض أو الدار أولى بها^(٣)، وقال **الناصر** وأبو العباس والشافعي: إن النهر أولى بها.

مسألة: ويترك للعين الفوارة حريم^(٤) قدر خمسمائة ذراع من كل جانب، وللبرئ الجاهلية خمسون، وللبرئ الإسلامية أربعون^(٥)؛ لجري عاداتهم بذلك. وهذا التقدير بناء على الأغلب، وقد يختلف الضرر باختلاف حال الأرض في الصلابة والرخاوة، فمعرفة أن الحفر فيه يضر العين أو البرئ منع من الحفر فيه، ومعرفة بالظن أنه لا يضر لم يمنع منه، وسواء كان فوق ذلك التحديد أو دونه، ذكره في الشرح. فلو حفر حافر فوق الحد الذي غلب بالظن ثم حصل منه الضرر فقليل^(٦): يمنع، وقيل^(٧): لا، وقيل: يمنع^(٨) إن كان من فوق، لا من تحت، وقيل: عكسه.

فرع: وهذا كله حيث يكون موضع الحريم مباحاً أو يلتبس الملك فيه

(١) ولعل وجهه كونه قد ثبت حريماً للملكه.

(٢) يعني: حريمين. (قرئ).

(٣) وذلك لأن استعمال صاحب الأرض أو الدار أكثر من استعمال صاحب النهر، بإلقاء أمواه الدار وكناستها وتنقية الأرض. (بستان).

(٤) قال في النهاية: وسمي الحريم حريماً لأنه يحرم منع صاحبه منه، أو لأنه يحرم على غيره التصرف فيه. (نهاية).

(٥) إنما فرقوا بين البرئ الجاهلية والبرئ الإسلامية لأن ذلك كان عادة الجاهلية يجعلون حريم البرئ خمسين ذراعاً، وعادة المسلمين يجعلونه أربعين، فأقر كل شيء على حاله. (كواكب).

(٦) القاسم.

(٧) مذهب الشافعي.

(٨) هذه الأقوال في الزهور والبرهان مطلقة، إلا القول بأنه لا يمنع فذكره في مذهب الشافعي؛ لأنه حفر في ما لا حق فيه لأحد. (بستان).

والمباح^(١) فيترك ذلك القدر، فأما إذا كان فيه ملك للغير فإن كانت المجاورة بالقسمة منع من الحفر فيه أيضاً إذا كان يضر؛ ويلزم على هذا أنه لا يغرس في ملكه ما يضر جاره، وإن كانت لا بالقسمة فلصاحب الملك أن يفعل في ملكه ما شاء ولو ضر العين أو البئر، ذكره أبو طالب^(٢) والقاضي جعفر، وقال القاسم: بل يمنع^(٣)، وقال الفقيه يحيى البحيح: إن حفر من فوق منع، لا إن حفر من تحت العين أو البئر.

مسألة: ويترك للنهر - وهو مجرى الماء - حريم قدر ما يحتاج إليه للإلقاء الطين ونحوه^(٤)، خلاف أبي حنيفة، وقال محمد: يترك له مثله من كل جانب.

مسألة: ويترك للدار^(٥) ونحوها حريم قدر أطول جدار فيها، وقيل: إلى حيث تصل حجارتها إذا خربت في موضع مستو. ويترك للأرض حريم قدر ما تحتاج إليه للإلقاء الكسح^(٦). وكل ذلك في المباح.

(١) ولو قيل: يقسم هذا الموضع نصفين: نصف للمالك، ونصفه مباح يترك حريماً قل أو كثير على قدر الحاجة إن كفى ويبقى ما زاد مباحاً، وإن لم يكف لم يترك غيره - لم يبعد ذلك، ونظيره ما يأتي في الالتقاط في مسألة ما يجره السيل ولو مع مباح، فينظر هل يجيء مثله أو ثمة فارق؟ (إملاء شامي).

(*) ولفظ الزهور: والمسألة مبنية على أن حولها مباح أو التبس حد الملك فيجعل هذا القدر. (بلفظه).

(*) لأن الأصل المباح وعدم الملك.

(٢) فإن قصد المضارة أثم فقط.

(٣) مطلقاً سواء حفر من أعلى أو من أسفل. (حاشية سحولي).

(٤) التصرف والسير في جوانبه. (صعيتري).

(٥) قال عليه السلام: وهذا إذا كانت منفردة عن الدور، وأما الملاصقة فلا معنى للفناء. قال عليه السلام:

والفناء حق لا ملك على المختار، ويحتمل أنه ملك تبعاً للملك. (بستان).

(٦) وهو الكنس.

(*) هو بكسر القاف وبالسین والحاء المهملتين، ذكره الدواري. ولفظ حاشية: قال في

مسألة: وإذا كان الماء مشتركاً بين جماعة فغاب بعضهم وخربت أراضيهم^(١) كان لمن حضر أن يسقي بنصيبه من الماء، ويكون ذلك كالمهاياة، ذكره المؤيد بالله، وأما نصيب شركائه فعلى القول بأن الماء حق يجوز له أن يأخذ منه ما لا يضرهم إذا لم يستعمل شيئاً من أملاكهم^(٢)، وعلى القول بأنه ملك ليس له ذلك إلا إذا كان قد غرم على ما هو مشترك بينهم، فيأخذ بقدر ما يرجع به عليهم بأمر الحاكم، وإن عرف أن تركهم للماء رغبة عنه جاز الأخذ منه مطلقاً^(٣).

فرع: وإذا أخذ من نصيب شركائه حيث لا يجوز له فعلى قولنا: إنه حق لا ضمان عليه، بل يلزمه الاستحلال منهم للإساءة إن علموا به، وعلى القول بأنه ملك يضمنه لهم بقيمته^(٤)، ذكره الناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة؛ لأنه قيمى عندهم؛ فيجوز بيعه متفاضلاً، وقال الفقهاء محمد بن يحيى ومحمد بن سليمان وحسن: إنه مثلي؛ فيضمنه بمثله، ولا يجوز التفاضل في بيع بعضه ببعض إذا كان يكال.

مسألة: والماء على ثلاثة أقسام: الأول: ملك خالص، وهو ما نقل وأحرز بالدلاء أو الآنية، فلو أحرز في الإناء ولم ينقل فقال الفقيه يحيى البحيح: لا يملك،

الزهور: الكسح: هو الكنس، يقال: كسح البيت إذا كنسه، والمراد هنا ما يجتمع فيه من الطين والحصى وغير ذلك. (بستان).

(١) أو لم تحرب؛ إذ قد تترك الزراعة رغبة عنها.

(٢) كما في البئر ونحوه. (سماح المتوكل على الله).

(٣) وإذا أراد الشركاء صرف النهر عنهم لإستغنائهم عنه فمؤونة صرفه على جميعهم كلا بقدر حصته. (بحر).

(٤) قال الإمام يحيى: إن كان من عادتهم كيله وجب ضمانه بمثله، وإن لم يكن مقدراً وجب بالقيمة. (انتصار).

بل يكون حقاً^(١)، وقال السيد يحيى بن الحسين^(٢): بل يملك. وهو يأتي قول المنصور بالله والفقير محمد بن يحيى كما ذكره في ماء المواجل المملوكة الممنوعة^(٣). فهذا لا يجوز الانتفاع به بحال إلا برضا مالكة، ويضمنه متلفه. وما نقل ولم يحرز نحو ما يخوضه بيده في الماء المباح فلعله لا يملكه؛ لعادة المسلمين بمثله.

الثاني: مباح محض، وهو ماء السيل في الأودية المباحة والعيون التي أخرجها الله تعالى، فمن سبق إلى شيء منه وأحيا عليه أرضاً كان حقاً له قدر كفايته، وباقيه على أصل الإباحة، وليس لغيره أن يأخذ منه من فوقه ما يضره^(٤).

الثالث: ماء العيون المستخرجة والآبار والمناهل المملوكة والمسبلة والأراضي المملوكة، فهذا حق يجوز الأخذ منه للشرب والتطهر مطلقاً ولو استغرقه^(٥)، إذا كان على وجه لا يستعمل ملك صاحبه، ولا فرق في الشرب بين الأدميين

(١) وذلك لعموم الخبر: ((الناس شركاء في ثلاثة... الخبر)) إلا ما خصه الإجماع، وهو ما نقل وأحرز. وحجة المنصور بالله والفقير محمد بن يحيى: أنه محرز في ملكه فأشبهه ما نقل. (بستان).

(٢) قولي، وهو يفهم من الأزهار من قوله: أو ما في حكمها.

(٣) وعن سيدنا عامر: وكذا إذا علق^[١] على البئر أو السقاية أو ربط على القرية أو غطي الجرة.

(٤) يعني: فلا يحيى من فوقه فيأخذ ماءه، فلا يجوز ويمنع.

(*) حيث كان الأسفل سابقاً بالإحياء. (بحر).

(٥) أما مع الاستغراق فلا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى ضرر صاحب الحق، وهو لا يجوز. (فتح بلفظه). أو أفضى أخذه إلى أن لا يبقى لذي الحق ما يكفيه.

(*) أو نجسه. (زهور).

[١] في (ج): أغلق.

والبهائم^(١)، وفي التطهر بين الأبدان والثياب. ويجوز الانتفاع به في غير ذلك إذا كان لا يضر صاحبه ولا يستعمل ملكه، ولو استعمل موضعاً حقاً له^(٢) إذا كان لا يضره^(٣). وعلى أحد قولي المؤيد بالله والقاضي زيد: إن ذلك ملك، لكنه يستثنى منه الشرب والتطهر كما مر. وعلى أحد قولي المؤيد بالله والوافي: إنه ملك ولا يستثنى منه شيء.

فروع: فلو نبتت عين في موضع مملوك فالأقرب أن ما يخرج منها يكون هكذا على الخلاف^(٤)، وإن خرجت في موضع حق كالمساقية والأودية فلعل ماءها يكون حقاً لصاحب الحق كما مر.

فروع: فمن أرسل فضلة الماء عن أرضه ثم أحيا عليها غيره أرضاً أو اتخذ عليها رحاً فعلى القول بأن الماء حق لا يكون له أن يمنع الفضلة عن أحيا عليها^(٥)، بل قد صارت حقاً له، وعلى القول بأنه ملك فقيل: إن له أن يصرفها عنه، وقال أبو مضر: لا، بل قد ثبتت حقاً للأسفل. وقال أبو جعفر: إن أحيا الأسفل عليها بإذنه فقد ثبتت حقاً له، وإن كان بغير إذنه فله صرفها عنه.

فروع: وإذا ثبت لصاحب الأسفل حق الفضلة من الأعلى فعلى صاحب الأعلى إصلاح ما تغير من أرضه لتصل الفضلة إلى مستحقها، وعليه أيضاً إصلاح العين ونحوها وسواقيها التي فوق أرضه.

(١) لا سقي البساتين والأراضي. (شرح أثمار).

(٢) كما جاز في الماء الذي هو حق له.

(٣) والذي تقدم في التحجر المنع إلا بإذنه. (مقرر).

(٤) المذهب أنه يكون حقاً فقط في هذا الطرف وفي الثاني.

(٥) وهو ظاهر الأزهار في قوله: ولذي الصبابة ما فضل عن كفاية الأعلى.

كتاب القسمة (١)

المقسومات على أربعة أنواع:

الأول: ما لا ينقسم، كالحيوان الواحد، أو تضره القسمة، كالسيف والخاتم ونحوه (٢) والحنوت الصغير والمنزل الصغير والحمام والرحى، فقسمة ذلك بالمهاياة في منافعه، وهي تجب خلاف الشافعي (٣).

الثاني: الأجناس المختلفة، كأرض ودار أو نحوها (٤) أو أراض مختلفة بعضها مزارع وبعضها أشجار، فيقسم كل جنس وحده (٥)، إلا أن يتراضوا بقسمة بعضها في بعض جاز، لا بالحكم فلا تجب، خلاف قديم قولي المؤيد بالله فقال:

(١) حقيقتها: إفراز الحقوق في المثليات، وتعديل الأنصبا في القيميات. (هداية). والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [النحل: ٦٧]. ومن السنة ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر وبدر وحنين. وكان لعلي عليه السلام قسَمَ يقال له: عبد الله بن يحيى، وكان يعطيه من بيت المال. والإجماع ظاهر على الجملة. وثمرتها تعيين النصيب وقطع الخصومة. (بستان).

(٢) الفص.

(٣) حجبتنا: أن المنافع كالأعيان، فإذا وجبت قسمة الأعيان وجبت قسمة المنافع. وحجته: أنه ليس أحدهما أحق بالتقديم من الآخر. قلنا: يؤخر الحاكم من رأى تأخيره؛ لأن له بيع أموال الناس في مواضع كثيرة. (بستان).

(*) فقال: يباع ويقسم الثمن إن لم يتراضوا على المهاياة.

(٤) في (أ): أو نحوهما.

(٥) وذلك لأن كل واحد من الشركاء يجب أن يكون له نصيب في الجنس الآخر، فلا يجوز قطعه عن مراده. وعند الآخرين: أن الضرورة إذا دعت إلى ذلك وجبت القسمة، نحو: أن يكون فيهم من نصيبه يسير إذا قسم في كل جنس لم ينتفع به. قلنا: فبالمهاياة، كما مر. (بستان).

تجب عند الضرورة^(١)، وأشار إليه في اللمع، وقواه الفقيه حسن.

الثالث: الدار الواحدة، فيقسم بعضها في بعض، ولا يقسم كل منزل منها.

الرابع: الجنس الواحد إذا كان متعددًا كدور أو أراض، فإنها تقسم بعضها في بعض، فيأخذ كل واحد دارًا أو أرضًا إذا كان ذلك أصلح من قسمة كل دار أو أرض بينهم الكل، ذكره الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب^(٢)، خلاف^(٣) أبي حنيفة والشافعي، فعلى قولنا لو باع أحد الشركاء نصيبه في دار أو أرض من شخص أو باع نصيبه فيها الكل من شخص^(٤) كان لشركائه^(٥) نقض بيعه؛ لأن فيه ضرراً عليهم في القسمة.

مسألة: والقسمة بمعنى البيع في الكل عند المؤيد بالله والشافعي، وخرج أبو مضر للقسام والهادي والناصر أنها إفراز في الكل؛ لأنهم صححوا وقف المشاع وقسمته، وقال أبو العباس وأبو طالب: إنها إفراز في المكيل والموزون وما استوت قيمته من الأراضي^(٦)، وبمعنى البيع في ذوات القيم وفيها اختلفت

(١) أما عند الضرورة فلعلهم لا يختلفون، فيكون المذهب ما أشار إليه في اللمع والفقيه حسن. (مفتي). وظاهر المذهب أن ذلك في الجنس الواحد. (قررد).

(٢) وحجتهم: أن المقصود بالقسمة إصلاح حال الشركاء وتحري منافعهم ودفع الضرر عنهم؛ ولهذا يجبر من امتنع منها. وحجة الآخرين: أن الجنس المتعدد كالأجناس. لنا ما مر. (بستان).

(٣) خلافهم راجع إلى الصلاح، وأما الضرورة فكقولنا.

(٤) يعني غير مشتركين في المبيع، بل باع من كل واحد نصيبه من دار أو أرض، فأما إذا باع نصيبه في الدار أو نحوها منهم مشاعاً بينهم صح ذلك وكان حكمهم حكم الواحد. (شرح أثمار). كما تقدم في البيع. (قررد).

(٥) لا له. والمختار أن له النقض.

(٦) أما الأرض المستوية فلا بد فيها من رضا الكل أو تعيين الحاكم؛ لأن الأغراض فيها تتفاوت. (قررد). كما سيأتي قريباً.

قيمته من الأراضى. قال الإمام المهدي: وإذا كان في القسمة زيادة من غير الجنس فهي بيع وفاقاً^(١).

فروع: وإذا كانت القسمة بمعنى البيع^(٢) فهي توافقه في اثني عشر^(٣) حكماً: في خيار الرؤية والعيب والشرط وتعذر التسليم وفقد الصفة، ولحوق الإجازة لها، ودخول الربا فيها^(٤) في الربويات، وثبوت الرجوع فيها على الشركاء^(٥) عند الاستحقاق^(٦) على أحدهم^(٧)، ومنع التصرف^(٨) قبل القبض في الزائد على نصيبه مما صار إليه، وعدم صحتها في المجهول، وعدم صحتها^(٩)

(١) قال عليه السلام: خلا أنها لا تفتقر إلى إيجاب وقبول. (بستان).

(٢) وذلك في الكل على القول الأول، وفي القيميات والمختلف من المثليات على القول الثالث.

(٣) وفي الأزهار أربعة.

(٤) كفضة جيدة برديئة مع زيادة. قال المؤلف هذا شرط للإجبار، ومثله في أزهار علي بن زيد، ولعل هذا مع التشاجر كما هو ظاهر التذكرة. وفي بعض حواشي السماع: هذا مع التقويم، لا مع الجزاف فيصح. (قرر).

(٥) يعني أنه يكون شريكاً لهم فيما تحت أيديهم بقدر حصته. (قرر).

(٦) وإذا ضمن درك المقسوم ومالحق القابض من الغرامات، قلت: إن كانت بالحكم فلا رجوع لذلك الشريك، وإن كانت بالتراضي ثبت له الرجوع، كما أن للشفيع أن يرجع، وللقاضي عبدالله الدواري تردد. (مفتي).

(٧) قال الفقيه يوسف: ومن أحكامها أنه لا يرجع بما غرم على شركائه عند الاستحقاق، كذا ذكره في تعليق الزيادات على أصل الهدوية بعد أن أورده سؤالاً وأجاب عنه، بخلاف المشتري فيرجع على البائع؛ والوجه أنه لم يجبر على البيع لو امتنع، بخلاف المقاسم فإنه لو امتنع أجبر. اهـ بل يرجع. (سماح المتوكل على الله).

(٨) وقال السيد يحيى: يصح التصرف في القسمة قبل القبض.

(٩) لعل كلام البيان والكواكب على قول من يجعلها بيعاً في الكل، وأما على قول أبي طالب وأبي العباس: إنها بيع في ذوات القيم فقط فتوافق البيع في الأربعة المذكورة في متن

معلقة بشرط^(١)، وصحة الإقالة فيها^(٢). وإذا كانت إفرازا لم تثبت فيها هذه الأحكام إلا الرجوع عند الاستحقاق^(٣)، ذكره في التقرير.

فروع: وهي تخالف البيع في عشرة أحكام: أنه يجبر من امتنع منها، ويتولاها واحد، ولا شفعة فيها^(٤)، ولا يحنث بها من حلف لا باع، ولا تدخل الحقوق فيها تبعا كالماء والمساقى، بل تبقى مشتركة إلا أن يجري عرف بدخولها كالطريق، وتعلق الحقوق فيها بالموكل، وتصح في الوقف، والشروط الفاسدة لا تفسدها^(٥)، وتصح في الثمار قبل صلاحها بالتراضي^(٦)، ولا تحتاج إلى لفظين،

الأزهار، فمفهوم الكلام أنها تصح في المجهول مع التراضي، وأن الشروط الفاسدة لا تفسدها. (سماع سيدنا حسن).

(١) محض وإلا فسيأتي قريباً.

(٢) يعني أنها فسخ، لا أنها تتبعها أحكام الإقالة. واختار المؤلف عدم صحة الإقالة فيها.

(٣) أو عند تعذر التسليم، فلا فرق فيما هو كالبيع وغيره.

(٤) قال في البحر: إذا تمالك المقتسمان قبل القرعة في المختلف كان للخليط أن يشفع؛ لأنها كالبيع من كل وجه. (بحر). مثاله: لو كان ثلاثة خلطاء في أرض، فاقسم اثنان منهم وتمالكا، فلخليطهما أن يشفع من كل واحد منهما في ربع ما اقتسمه؛ إذ كل واحد منهما خليط، فالشفعة بينهما نصفان. اهـ لأنك تقول: المسألة بينهم من أربعة وعشرين، لكل واحد ثمانية، فيشفع الخليط الثالث منهم ربع ما في يد صاحبه، وهو اثنان، ومن الثاني اثنان، يكون أربعة، إلى ثمانية معه، يكون الجميع اثني عشر، وهو النصف، لكل واحد منهما ستة، وهو ربع المال، فافهم. اهـ وصورة المألحة: أن يقول أحدهما: ملكتك في نصيبي العين الصائرة إليك عوضاً عما صار إلي من نصيبك في العين الصائرة إلي ثبت فيما صار إليه من نصيب شريكه لا في نصيبه الأصلي. (هاجري).

(٥) على جهة العقد، وإلا فقد تقدم.

(*) لفظ شرح الفتح: وأن الشروط الفاسدة لا تفسدها إلا ما أبطل به شيء من شروطها.

(٦) وأنه يصح التفريق بالقسمة بين ذوي الأرحام. (وابل).

خلاف الحقيني، بل يملك كل نصيبه فيها بأحد أمور: إما بتراضيهم الكل، أو بالسهم إذا تراضوا به^(١)، أو تعيين الحاكم^(٢) إذا عين لكل واحد منهم نصيبه في جانب صح وملكه، وكذا مأمور الحاكم بالقسمة.

فرع: وإذا كانت القسمة إفرازا فلا تحتاج إلى قرعة، وتجوز جزافا ومتفاضلا في الجنس الواحد^(٣) مع التراضي، ولا يعتبر فيها التقابض قبل الافتراق في الجنس الواحد، ويجوز التصرف بعدها قبل القبض، ويجوز لأحدهم وقف نصيبه مشاعا وقسمته في الأرض المستوية عند أبي طالب^(٤)، ويجوز لكل واحد أن يأخذ قدر نصيبه من المكيل والموزون فقط بغير رضا شريكه ولا حضوره، قال الفقيه محمد بن سليمان: وهو مشروط^(٥) بأن يصير الباقي إلى شركائه، فلو تلف قبل يصلهم رد ما أخذه^(٦)، ويكون بينهم الكل. وقال الفقيه يحيى

(١) وإلا فهو غير واجب عندنا وأبي حنيفة، وقال الشافعي: بل يجب، وقال الإمام يحيى: إنه لا يوجب الملك، وإنما وضع لتطيب النفوس. (كواكب لفظاً).

(٢) وتعيين الحاكم يثبت للضرورة أو الصلاح، كأن يعين لأحدهما ما قد عمره أو غرس فيه أو ما يتصل بملكه الأصلي، ذكره بعض أهل المذهب. (سيدنا أحمد حابس) (قرر).

(*) ولو كرهوا. (قرر).

(٣) حيث لم يقصدوا المفاضلة لأجل الجودة في أحد المقسومين والضعف في الآخر؛ فإن كان كذلك لم تصح؛ لأنها ربا.

(٤) لأنه يمنع وقف المشاع في الأرض المختلفة؛ لأن قسمتها بيع عنده كما يأتي في البيان في المسألة الثالثة من أول الوقف.

(٥) قد تقدم مثله في الزكاة في البيان قبيل فصل: وتجب الفطرة... إلخ، وسيأتي مثله في الوديعة في الفرع.

(٦) وإذا تلف الذي في يده تلف من ماله ولم يشاركهم في الباقي، فإن تلف الذي قبض بعد تلف الباقي فلا شيء عليه.

(*) إن كان باقياً أو تلف بجناية أو تفريط. (قرر).

البحييح: إنه غير مشروط^(١) بذلك، بل قد صار له ولو تلف الباقي، إلا أن يفرض في حفظه.

وعلى القول بأن القسمة بيع تنعكس هذه الأحكام. ويتفقون في قسمة الأرض المستوية أنه لا بد من رضا الكل أو تعيين الحاكم؛ لأن الأغراض فيها تختلف وتتفاوت.

(١) قوي حثيث.

فصل: وللقسمة شروط سبعة

أربعة منها للصحة وثلاثة للإجبار عليها، أما التي للصحة فالأول منها: التقويم فيما يختلف^(١)، فلا تصح قسمة السقوف مذارعة^(٢) كما لا يصح بيعها مذارعة، وكذا الذرع في المذروع والكيل في المكيل والوزن في الموزون، وهذا كله ذكره في التذكرة^(٣)، وقال الفقيه يوسف: إن ذلك كله شرط للإجبار لا للصحة مع التراضي، فهي تصح من دونه. ولعل هذا هو الأولى^(٤)؛ لأنهم قد أجازوا قسمة الجزاف مع التراضي.

الثاني: أن تقع القسمة بين الشركاء كلهم أو من ينوب عنهم كوكيل غائب أو ولي صغير أو مجنون أو حاكم ينوب عن غائب قدر مسافة ثلاثة أيام^(٥)، إلا فيما يحشئ فساده فلا تعتبر مسافة الحكم، أو تحصل الإجازة ممن لم يحضر القسمة ولا نائب عنه، وقبل إجازته لكل واحد من الشركاء أن يفسخها ولو وقعت بلفظ البيع أو التمليك^(٦)، وإن مات المجيز قبل إجازته بطلت القسمة^(٧) كما في البيع الموقوف، وسواء كان الذي لم يحضر القسمة قد قسموا نصيبه أو تركوه مشاعاً

(١) ليحصل اليقين بالتناصف. (بستان).

(٢) لأنه يؤدي إلى قطع الخشب ونحوها. (برهان).

(٣) كلام التذكرة هو الموافق لكلام الأزهار؛ لأنه قال: يشترط في الصحة حضور المالكين... إلخ، وكلام الفقيه يوسف قوي، وقد ذكر في شرح الأزهار في البيع في قوله: وينفذ في نصيب العاقد شريكاً إلخ أن البائع إذا قصد القسمة صح وثبت، وهو مثل كلام الفقيه يوسف، وإنما يشترط ذلك للحكم بها، لا تملكها مع التراضي فذلك صحيح ولا مانع.

(٤) ومثله في البحر، ولفظه: فإن تراضوا بالموازاة فالأقرب للصحة. ومثل معناه في الفتح وشرحه.

(٥) هذا على ما رجحه صاحب الكتاب في قدر الغيبة كما مر وكما سيأتي. (بستان). والمذهب بريد.

(٦) وذلك لأنه يؤدي إلى تفريق نصيب من لم يجزها. (بستان).

(٧) وكذا لو مات أحد المتقاسمين فإنها تبطل على ظاهر هذه العبارة من التشبيه بالبيع الموقوف.

معهم أو مع بعضهم. وإذا تلف ما في يد أحدهم ضمن نصيب الغائب فيه، لا نصيب الحاضرين إلا أن يفرض فيه، وإن باع أحدهم ما في يده لم يصح بيعه إلا في قدر نصيبه فيه^(١) على ما يأتي من الخلاف^(٢).

الثالث: أن يصل كل واحد منهم إلى نصيبه^(٣)، فإن سلم نصيب الغائب أو الصغير إلى من يتلفه^(٤) أو وقع فيها غلط لم تصح. قال الفقيه يوسف: وإذا كان بعض المقسوم في يد الغير رهناً أو غصباً فلهم الكل^(٥) خيار تعذر التسليم حتى يسلم. الرابع: أن لا تكون تركة الميت مستغرقة بالدين، فإن كانت مستغرقة فالقسمة موقوفة^(٦) على قضاء الدين كله^(٧) أو سقوطه، لا على إجازة الغرماء فلا حكم لها؛ لأن العلة الدين. وعلى قول القاضي زيد: إن القسمة باطلة.

(١) ولا يصح أيضاً في قدر نصيبه على المختار.

(٢) في قوله: فرع: وإذا باع أحدهما ما صار إليه.

(٣) يعني: وإلا بطلت كالبيع حيث تلف المبيع قبل التسليم. (بستان).

(٤) المراد إلى غير ولي شرعاً.

(٥) لعله فيما قسمته ببيع، فإن كان قسمته إفرازاً فالقياس أن الخيار له لا لشركائه. (هبل).

(٦) المسألة مبنية على أصليين: أحدهما: أن الوارث ليس بخليفة؛ إذ لو كان خليفة صحت القسمة. الثاني: أن للورثة ملكاً ضعيفاً قبل قضاء الدين؛ إذ لو لم يكن كذلك لم تصح، وقد ذكره أبو مضر، وأشار إليه المؤيد بالله. وعلى قول القاضي زيد لا تصح مطلقاً؛ لأن عنده ليس للورثة ملك لا قوي ولا ضعيف.

(*) هذا على قول أبي مضر، وأشار إليه المؤيد بالله، وهو المختار؛ لتعين المال حينئذ لغير المقتسمين. (بستان).

(٧) فلو قضى بعض الورثة حصته من الدين بعد القسمة فإنها لا تصح لقسمة في حقه، ذكره في البرهان، قال فيه: ولعل هذا بخلاف الهبة والبيع والعتق ونحوه فإنه يصح في حق من قضى من الورثة. **قرر** بعد مذاكرة، وقرره سيدنا العلامة جمال الإسلام علي بن

وأما الشروط التي للإجبار فالأول منها: أن تقع القسمة على وجه لا يضر أحداً من الشركاء.

الثاني: أن تقع على وجه لا تتبعها قسمة أخرى، نحو أن يكون الشركاء ثلاثة وأنصباؤهم نصف وثلث وسدس، فيقسم أسداساً، لا أثلاثاً ولا نصفين، إلا أن يرضى اللذان^(١) جمع نصيبيهما بذلك جاز. فلو كانت أرض لواحد نصفها ولعشرة نصفها^(٢) فالواجب أنها تقسم على عشرين جزءاً، ويوالى نصيب صاحب النصف متى خرج له جزء منها، وإن طلب العشرة أنه يقسم لهم نصف ولصاحب النصف نصف وجب عليه ذلك، ذكره المؤيد بالله^(٣).

الثالث: أن لا يدخل مع أحد الأنصباء جنس آخر، كدراهم أو غيرها من المشترك، إلا أن يتراضوا بذلك جاز، وقال الفقيه حسن: إذا دعت الضرورة إلى ذلك -نحو أن لا تمكن المساواة إلا به^(٤) وجب -وهو قول الشافعي^(٥) - ولو كان المزيد هذا من غير المشترك^(٦).

مسألة: إذا كانت القسمة تنفع الشركاء كلهم فمن طلبها منهم وامتنع غيره أجب الحاكم من امتنع منها ولو هو ولي صغير أو وكيل غائب^(٧)، وإن كانت

(١) المختار أنه لا بد من رضاهم الكل. (قررو).

(٢) نحو بنت وعشرة إخوة.

(٣) ويحتمل أن له الامتناع؛ لأنه مع قسمتها أسداساً قد يتعلق غرضه بالوسط. (رياض). قال في شرح الفتح: وهو ظاهر الإطلاق من المختصرات وغيرها. ومثله عن المتوكل على الله ﷻ اهـ. ولفظ حاشية: ويحتمل أن له الامتناع؛ لجواز أن يأتي حقه الوسط. (عامر وهبل).

(٤) وهو ظاهر الأزهار في قوله: إلا في المهايأة.

(٥) قوي، وقواه القاضي عامر.

(٦) وقال الفقيه علي: منها فقط، وهو الظاهر. (شرح فتح).

(٧) ينظر في وكيل الغائب هل تجب عليه المقاسمة أو لا تجب؛ لأن له عزل نفسه؟ سيأتي في

تضرهم الكل^(١) لم تجب لمن طلبها، ولا يجبر من امتنع منها، فإن تراضوا بها كلهم صحت، لكن إذا رجع بعضهم عنها من بعد وقوعها فقال في الشرح والتذكرة: لا يصح رجوعه^(٢)، وقال كثير من المذاكرين: بل يصح رجوعه؛ لأنه إسقاط حق مستقبل كما في الزوجة إذا أسقطت قسمها. وإن كانت تنفع بعضاً وتضر بعضاً فإن طلبها من تنفعه^(٣) أجيب إليها وأجبر الممتنع، وإن طلبها من تضره لم يجب؛ لأنه طلب ما هو سفه وتبذير، خلاف أبي حنيفة.

فرع: وإذا طلب الشركاء من الحاكم يقسم بينهم فحيث الشيء في يد غيرهم لا يقسمه حتى يبينوا^(٤) أنهم يملكونه، وحيث هو في أيديهم ففي المنقولات لا يحتاجون إلى بيئته؛ لأن اليد دلالة الملك فيها وفاقاً، وفي غير^(٥) المنقولات كذا عندنا، وعند أبي حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي الشافعي: لا بد أن يبينوا

الدعاوي أنه لا يجب عليه فعل ما أمر به.

(١) قال الفقيه علي: يعني لم يتتبع أيهم بنصيبه فيما كان ينفع فيه المقسوم. ورواه القاضي عبدالله الدواري للمذهب، وقال: والأصح أنه أي نفع. وقواه الهاجري. (ذويد). ولقائل أن يقول: لا وجه لما ذكره القاضي عبدالله الدواري، بل الأولى تبقية كلام المتقدمين من أهل المذهب على ظاهره، وإلا لزم وجوب القسمة فيما قد نصوا على امتناع قسمته، كالحمام والسيف والثوب الرفيع وغير ذلك؛ إذ ما من شيء منها إلا وهو يمكن الانتفاع بكل جزء منه نوعاً من الانتفاع، وذلك ما لا يقول به أحد؛ لما فيه من الإضرار بالشركاء. (بهران).

(٢) كلو أبطل الشفيع شفعتة.

(٣) أي نفع. (هاجري). وقيل: النفع المعتاد.

(٤) وتكون البيئته إلى وجه من هو في يده بعد سماع الدعوى والإجابة. (قررو).

(٥) وينظر هل يكفي تصادقهم على موت مورثهم أولاً بد من البيئته؟ وهل يجوز للحاكم ذلك؟ قلت: إنما يجوز بالتراضي لا بالحكم كما في الشفعة. (سماع مفتي). إن قيل: مصادقتهم على الموت فيها إبطال ملك المورث، مع أن الأصل الحياة، والأصل المقيس عليه غير مسلم كما هو ظاهر التذكرة والكواكب وغيرهما، فينظر. اهـ وفي الأزهار لا بد من البيئته.

بملكه؛ لأن اليد عندهم لا يحكم بها. وعلى أحد قولي الشافعي^(١): إنه يقسمه بينهم ويكتب الحاكم كتاباً أنه قسمه بينهم من غير بينة.

مسألة: ويتولى القسمة عن الصغير وليه، وهو الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم [الإمام أو]^(٢) الحاكم أو من ولاه عليه، ولو كان الحاكم من جهة الخمسة أو الصلاحية.

مسألة: وإذا كان فيهم صغير أو غائب بعث الحاكم قسامه يقسم بينهم، وتكون أجرته من بيت المال^(٣)، وكذا إذا تشاجروا في القسام ولم يعرف الحاكم أنه حيلة منهم في الأجرة. وحيث لا بيت مال تكون الأجرة على الشركاء. وإن تراضوا الكل بقسام يقسمه بينهم فأجرته عليهم على قدر الأنصاء في المكيل والموزون والمذروع وفاقاً، وأما في غيره فقال أبو العباس والشافعي: كذا أيضاً، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: على عددهم.

مسألة: وأجرة القسام حلال إذا كانت الإجارة صحيحة، أو فاسدة وكانت قدر أجرة مثله على ما عمل، وأما الزائد فلا يحل له إلا إذا طابت به نفوسهم مع علمهم بأن الزيادة غير واجبة عليهم^(٤).

مسألة: ولا بد في التقويم من شهادة عدلين^(٥) بصيرين، وأما القسمة فيكفي فيها واحد عدل لإفراز الأنصاء^(٦).

(١) وقول الشافعي كما ترى؛ ليخرج الحاكم عن العهدة إن قامت بينة على خلاف ذلك. (بستان).

(٢) ما بين المعقوفين من (أ).

(٣) وفي الأزهار: وأجرة القسام على الحصص.

(٤) ولم يكن فيهم صغير.

(٥) ولا يشترط لفظ الشهادة.

(٦) الإفراز: أن يفرز لكل واحد نصيبه إلى جانب. والتعديل في القيميات. لفظ الغيث: هو كيل ما يكال ووزن ما يوزن وعد ما يعد وذرع ما يذرع وتقويم ما يقوم. (خالدي معنى).

فصل: والمقسومات على ثلاثة أضرب:

الأول: ما تقسم منافعه بالمهاياة، وهي على رأي الحاكم في قدر مدة المهاياة إذا تشاجروا فيها، ففي كل شيء بما يليق به، كيوم بيوم في الثوب الملبوس ونحوه^(١)، أو ثلاثة بثلاثة في الثور والدابة ونحوهما، وفي كل وقت بما يليق به^(٢). وكذا في الحانوت التي تعطل بالليل، وفي التي لا تعطل شهراً بشهر أو أكثر على ما يراه الحاكم^(٣).

فروع: وإذا تراضوا بمن يسبق في ذلك صح، وإن لم خير الحاكم بين أن يقرع بينهم أو يقدم من رأى تقديمه أصلح^(٤).

فروع: وما احتاج إليه العبد المشترك أو الحيوان من النفقة أو العلف فهو عليهم الكل في كل نوبة، وقال الشافعي: في كل نوبة على صاحبها^(٥). وما جنى العبد فهو عليهم الكل^(٦) ولو في نوبة أحدهم، وكذا أرش ما جنى عليه لهم الكل. وما وهب للعبد أو كسبه من غير كسبه المعتاد في نوبة أحدهم فهو لهم الكل^(٧)، فأما المعتاد

(١) كالعمل بالبقر في الصيف يوماً بيوم.

(٢) يعني: على حسب الانتفاع في الحضر أو السفر، وأيام إلقاء البذر في الثور، وأيام الموسم في الحانوت، وعلى الجملة فهو موضع اجتهاد للحاكم. (بستان).

(٣) ولا تحديد لها، ألا ترى أن الحانوت التي لا باب لها لا مضرة في أن تجعل يوماً بيوم، وإن كان عليها باب ويوضع فيها المتاع كحانوت العطار ففي اليوم والأسبوع مضرة، فتجعل شهراً بشهر أو أكثر من ذلك. (غيث).

(٤) وطريقه إلى البداية بأحدهما إما كونه أضعف حالاً يتمرّد عليه شريكه، أو أشد حاجة، أو نحو ذلك، فإن استويا فلعل التعيين حق له لقطع الشجار.

(٥) وهو العرف الشائع.

(*) مستقيم حيث جرى العرف بذلك. (قرور).

(٦) ظاهره ولو كان العبد صغيراً أو مجنوناً، وهو قياس ما يأتي في الجنائيات.

(٧) لكن لا تحسب مدة اشتغاله على صاحب النوبة؛ لاشتراكهم فيها.

فلصاحب النوبة. وما جتته الدابة^(١) ونحوها^(٢) فأرشه على صاحب النوبة؛ لأنه يلزمه حفظها^(٣)، فإذا فرط ضمن، كالمستعير والوديع.

مسألة: وإذا كان الثوب بين شريكين يختلف لباسهما نحو عطار وعصار وأرادا المهياة في لباسه فقال الفقيه يوسف: إنها تكون على قدر أجرة لباسهما^(٤)، فإذا كان لباس العصار في يوم بدرهم ولباس العطار في اليومين بدرهم كان للعصار يوم وللعطار يومان، وقال الفقيه حسن: إنها يلبسان يوماً بيوم. وهكذا - والله أعلم - لو كانت دابة بين اثنين يتهايانها للركوب وأحدهما أثقل من الثاني^(٥). وكذا إذا كان الثور بين اثنين يتهايانه للحرث، وكان أحدهما يحرث به في أرض له صلبة، والثاني يحرث به في أرض له سهلة - فإنها تكون المهياة بينهما على قدر

(١) فائدة في جناية العقور: هل تكون على قدر الحصص - لأن حفظه يجب كذلك - أو على عددهم؟ قال الفقيه يوسف: يكون على سواء؛ لأنها إنما تلزم إذا فرطوا في حفظه، فيكونون مفرطين الكل على سواء^[١]، وهذا في غير العبد، فأما العبد المشترك إذا جنى فإن جنايته تعلق برقبته، فإذا التزموا أرشها كان على قدر حصصهم فيه، والله أعلم. (مما علق عن الفقيه يوسف بن أحمد بن عثمان رحمهما الله (قررو).

(٢) العبد الصغير غير المميز. اهـ سيأتي في الرهن أن جناية العبد تعلق برقبته صغيراً كان أم كبيراً، ممیزاً أم لا. (سماح سيدنا حسن).

(٣) لعله حيث المناوبة لمجرد الانتفاع، فإن كانت له وللحفظ ضمن غير الغالب كما تقدم في فصل الاستنابة، والله أعلم. يقال: هذه الحاشية في ضمان العين المشتركة، وهنا في ضمان جنايتها فافترقا. (سيدنا سعيد الهبل رحمهما الله).

(٤) وكذا لو كان يلبسه أحدهما جديداً أو غسلاً، أو في يوم موقع اللباس فيه أعظم، كيوم عيد أو جمعة أو سوق أو نحو ذلك - فلعل الحاكم يقدر في هذه الأحوال قسمة ذلك بتقدير الأجرة في هذه الأيام والاستعمال له، فقد يكون أياماً في مقابلة يوم. (ديباج).

(٥) إذا كانت أجرتهما تختلف.

[١] وهذا قبل المهياة كما يأتي في الجنایات، وأما بعدها فعلى صاحب النوبة وحده. (قررو).

الأجرة^(١)، بخلاف ما إذا كانا يتهايانه للحرث أو الدابة للرحل وأحدهما أكثر حرثاً ورحيلاً فيحرث ويرحل في نوبته كلها^(٢)، والثاني أقل حرثاً ورحيلاً فيستعمل في بعض نوبته ويترك في بعضها أو في كلها - فلا شيء له على الثاني؛ لأنه قد تمكن من الاستيفاء في نوبته.

الثاني: ما يقسم بتقدير يقدر به من كيل أو وزن أو مساحة، فقسمته بذلك^(٣).

الثالث: ما يقسم بالتقويم، وهو على ثلاثة أضرب:

الأول: الأراضي، فإن كانت مستوية في القيمة وأنصباء الشركاء مستوية قسمت بالمساحة على عدد الأنصباء، ثم يكتب في ورق بعددهم في كل ورقة إما اسم شخص من الشركاء وإلا اسم جزء من الأرض، ويجتهد في استواء الورق حتى لا يتميز بعضها عن بعض، وتوضع بين يدي من لا يعرفها، فيخرجها على الأنصباء إن كتب فيها أسماء الشركاء، أو يخرجها على الشركاء إن كتب فيها أسماء الأنصباء، فمن خرج له شيء ملكه.

فرع: فلو كان الذي أخرج الورق عارفاً لما فيها فيحتمل أن لا تصح قسمته، وأن

(١) إن قيل: الخفيف وصاحب الأرض الرخوة قد تمكن من الانتفاع فيما يساوي منفعة صاحبه، فما وجه اعتبار الزيادة، فهو كما لو تمكن ولم يستعمل فلا شيء عليه، فما الفرق حينئذ؟ فينظر هل ثمة فارق؟ (شامي).

(٢) وإذا كانا يتهايان شيئاً وحمله أحدهما في مدته إلى بلد بعيدة وانتفع به بحيث لحقت صاحبه المضرة من ذلك البعد هل له ذلك أم لا؟ وإذا كان له ذلك فعليه بعد مدته تفرغ تلك الرقبة، ثم إن جاء صاحبها دفعها إليه، وإن لم يأت فلا شيء عليه. (ديباج). قلت: هو كالعين المستأجرة يجب ردها إلى موضع الابتداء؛ لئلا يؤدي إلى التنازع؛ إذ هو مستأجر حصة شريكه. (قرو).

(٣) مع عدم التراضي.

جهله شرط فيها، ويحتمل أن تصح^(١)، لكن إن وقع^(٢) فيها غبن كثير على أحدهم كان لمن غبن الخيار؛ لأن ذلك خيانة^(٣) من المخرج، ذكر ذلك الفقيه يوسف.

مسألة: فإن كانت أنصباء الشركاء مختلفة كنصف وثلث وسدس، وأجزاء الأرض مختلفة نحو أن يكون بعضها الذراع فيه بدرهم وبعضها كل ذراع ونصف بدرهم وبعضها كل ذراعين بدرهم - فإنها تقسم أسداساً، فيجعل السدس من جانب الذراع مائة ذراع مثلاً، ومن جانب الذراع والنصف مائة وخمسون، ومن جانب الذراعين مائة ذراع، ثم تكتب أسماء الشركاء في الرقاع، وتجعل ستاً، ذكره أبو العباس، يكتب في ثلاث منها اسم صاحب النصف، وفي ثنتين اسم صاحب الثلث، وفي واحدة اسم صاحب السدس، ويحتهد في التباسها حتى لا تتميز، ثم يقال للمخرج: أخرج هذه الورق على هذه الأجزاء، ويبدأ من أحد الطرفين^(٤) يضع عليه ورقة، فإن خرج فيها اسم صاحب النصف أضيف إليه الجزء الثاني والثالث^(٥)، وإن خرج فيها اسم صاحب الثلث أضيف

(١) ولعل هذا أرجح. (برهان).

(*) يعني: ويكون كالوكيل، فيصح فعله إلا أن يغبن كثيراً؛ لأن كل واحد لم يبح له غبن نفسه، بل أجمل. (بستان).

(٢) في (أ): فإن وقع.

(٣) إذا قصد ذلك، وإلا فلا خيانة، وأما الخيار فهو ثابت مع الغبن.

(٤) وإنما قال: «الطارف» لأن خلاف ذلك يؤدي إلى التفريق حيث يظهر مثلا السدس الثاني لمن ليس له إلا السدس، أو التشاجر حيث يظهر السدس الثاني لصاحب النصف، فيتشاجرون هل يأخذ الأول والثالث أو الثالث والرابع، ونحو ذلك. (حاشية سحولي).

(*) وجوبا.

(٥) فإن خرج في جانب الذراع فاز بثلاثمائة^[١]، وإن خرج في جانب الذراع والنصف فاز بأربعمائة وخمسين، وإن خرج له في جانب الذراعين فاز بستائة ذراع، وعلى هذا فقس.

(من خط سيدنا حسن رضي الله عنه) (قرود).

[١] أو يكمل من الذي يليه. (قرود).

إليه الجزء الثاني، وأن خرج فيها اسم صاحب السدس كان له، ولا يعتد بما بقي من ورق صاحب النصف وصاحب الثلث، ثم يخرج ورقة على الجزء الرابع إن كانت الأولى خرجت لصاحب النصف، وإن كانت لصاحب الثلث أخرجت على الجزء الثالث، وإن كانت لصاحب السدس أخرجت على الجزء الثاني، ثم يفعل كذلك في باقي الورق التي لم تلغ، فيجب هنا إخراج الأسماء على الأجزاء، لا العكس^(١)؛ لأنه يؤدي إلى تفريق الأنصباء^(٢)؛ لأنه يجوز خروج ورقة لصاحب السدس وفيها الجزء الثاني أو الخامس، ولا يقال: إنه يبدأ في الإخراج بصاحب النصف أو الثلث ثم يوالي له؛ لأنه لا يجب البداية بأحد بعينه، بل يخرج على من شاء منهم، ولأنه يجوز^(٣) أن يخرج لصاحب النصف جزء من الوسط فيتشاجرون من أي الجانبين يوالي له. وقال أبو طالب^(٤): إنه يجعل^(٥) الرقاع ثلاثاً^(٦) فقط لكل واحد واحد.

(١) وهو أن يكتب في الورق أسماء الأجزاء ويسلم لصاحب النصف ثلاث ورق ونحو ذلك.

(٢) هذا مع اتصال أجزاء المقسوم، وأما إذا كانت الأجزاء متفرقة فلا فرق بين أن يخرج الجزء على اسم أو الاسم على الجزء، لكن تخرج بقية الرقاع جميعاً ولا تلغى بقية الورق. (قرر).

(٣) علة لقوله فيما سبق: ويبدأ من أحد الطرفين؛ فلا إشكال.

(٤) وقواه السحولي.

(٥) قال في شرح الإبانة: والقرعة إنما هي لتطيب النفوس عندنا وأبي حنيفة وليست بواجبة، بل للحاكم أن يعين. وعند الشافعي أنها لازمة. نعم، توقيع الأسماء في الرقع ووضعها في البنادق على الصفة التي ذكرنا إنما هو على سبيل المبالغة في الإبهام، ولو فعل كما يفعله الناس اليوم بالحصي أو باليد أو بالأصابع جاز ذلك وكان قرعة. (غيث).

(٦) وذلك كعدد المقتسمين. قلنا: الست أقرب إلى خروج نصيب صاحب النصف. (بستان).

مسألة: وهكذا إذا كانت أنصباء الشركاء مختلفة وأجزاء الأرض مستوية فإنه يعمل كذلك. وإن كانت أنصباء الشركاء مستوية وأجزاء الأرض مختلفة قسمت الأرض كما بيناه، وأخرج الأسماء على الأجزاء أو الأجزاء على الأسماء، أيهما فعل صح.

مسألة: إذا قسمت أرض فيها بئر أو مدفن^(١) فإن سكتوا عنه دخل في النصيب الذي هو فيه^(٢)؛ لأنه من جملته^(٣)، وإن جعلوه لصاحب النصيب الآخر أو بقي مشتركاً فإن شرطوا له طريقه صحت القسمة ولو ضرت الطريق، وإن شرطوا نفيها صحت أيضاً، لكن يأتي الخلاف المتقدم هل يصح الرجوع في القسمة لأجل الضرر أم لا^(٤)، وإن سكتوا عن طريقه فهي واجبة، لكن إن كانت لا تضر ما حوله صحت القسمة، وإن كانت تضره أعيدت القسمة على وجه لا مضرة فيه إذا لم يتراضوا بالضرر. وكذا لو كانت البئر وقفا عليهما.

فرع: فلو كانت البئر لأحدهما من قبل وجاءت في نصيب الآخر فلها طريقها^(٥)، فإن كانت تضر الذي حولها فقال الأستاذ: تعاد القسمة أيضاً^(٦)،

(١) لا ما فيه. (قررو).

(٢) إن وقعت القسمة مع العلم به. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) والحق في الماء لهم الكل إن لم يذكر. (من بيان حثيث بخطه) (قررو).

(٣) إلا لعرف أنها لا تدخل بل تبقى مشتركة عمل به. (قررو).

(*) وقال في التذكرة: لا تدخل الحقوق مع الإطلاق، كبئر ونهر ومسقى، بل تبقى على أصل الاشتراك.

(٤) فقال في الشرح والتذكرة: لا رجوع، وعند كثير من المذاكرين: يرجع. (بستان معنى).

(٥) المعتادة وإن ضرت، ولا إعادة للقسمة، فإن لم يكن لها طريق معينة أعيدت القسمة وترك لها طريق على وجه لا يضر أي الشركاء. (قررو). وحيث كانت لا تستحق طريقاً من قبل كأن تكون الطريق ملكاً لأحدهما فلا تستحق طريقاً. (سماح) (قررو).

(٦) اعلم أن الأستاذ جعل هذه الصورة مثل ما إذا كانت البئر مشتركة مع الأرض، وقال

وقال القاضي زيد: لا تعاد.

فروع: ويبقى للبئر حريمها الذي تحتاج إليه لإلقاء الطين، ولا يكون لجارها أن يحفر بئرا في أرضه؛ لأنه يسرق ماءها، والقسمة موضوعة لدفع الضرر.

مسألة: إذا كانت أرض بين اثنين فاقسماها نصفين لكنها تختلف في القيمة، فخرج لأحدهما ثلثها بالمساحة لجودته، وللثاني ثلثها لرداءته - كان ما تستحق من الماء بينهما يقسمانه نصفين^(١) لا على قدر المساحة إذا لم يذكر^(٢) عند القسمة، وسواء كان من السيل أو الغيل أو البئر.

مسألة: وإذا كانت الأرض مبدورة أو فيها زرع وطلبوا قسمتها من دون البذر أو الزرع وجبت القسمة^(٣)؛ لأن ذلك كالثمر على الشجر له حد، بخلاف

القاضي زيد: لا تنقض القسمة هنا؛ لأن الضرر حصل بغير الشيء المشترك. (بستان بلفظه).

(*) إذا لم يعلموا بالمضرة. (قررو).

(١) قال الفقيه يوسف: هذا يصح إذا لم يجز عرف بخلافه، والعرف في كثير من الأماكن أن السيل أو الغيل يتبع المقسوم على قدر المساحة. (شرح بحر).

(*) ما لم يجز عرف.

(*) ومثله في الأزهار. ولا تدخل الحقوق مع الإطلاق، بل تبقى مشتركة إلا ماجرى العرف بدخوله فيها فانه يدخل، كالطريق والسقي بالسيل في عرفنا إذا قسمت الأرض بين الشريكين وخرج لأحدهما المدفر فانه يبقى على حاله إن لم يشرطوا قسمة الماء. (كواكب لفظاً).

(٢) في (ج): إذا سكتوا عنه عند القسمة.

(٣) وفي الغيث: والأقرب عندي أنه لا يجبر؛ لأنه بمنزلة إلزامه أخذ بعض حقه؛ إذ قد صارت الأرض والبذر بمنزلة الشيء الواحد. (غيث). ومثله في شرح الأزهار في قوله: ومنه البذر والدفين.

(*) ولعله حيث ما قد فسد البذر أو بعد نباته، فإن كان قد فسد ولما يظهر كانت القسمة بالتراضي، ذكره الإمام عليه السلام.

قسمة الأرض من دون الشجر فلا تجب، وكذا العكس.
فروع: وإذا سكتوا عن البذر أو الزرع بقي مشتركاً، ويلزم كل واحد حصته من أجرة أرض شريكه على بقاء الزرع فيه إلا أن يتراضوا بقلعه أو قسمته. وكذا ما كان مدفوناً في الأرض أو الدار من حب أو كنز فإنه لا يدخل في قسمتها.
فروع: فإن قسموا البذر وحده لم تصح^(١) إلا مع العلم بتساويه؛ لأن قسمته حينئذ بيع، ذكره في اللمع والتذكرة^(٢). وإن قسموا الأرض والبذر معاً بالتراضي صح، ذكره في التذكرة، قال الفقيه يوسف: وهو يستقيم على قول ابن أبي الفوارس: إنه حق ويدخل في بيع الأرض تبعاً لها، فتصح القسمة فيه ولو جهل؛ لأن الحقوق تقبل الجهالة، وعلى قول السيد يحيى بن الحسين والفقيه يحيى البحيح: إنه ملك لا تصح القسمة إلا أن يعلم كم في كل نصيب من البذر؛ لأن القسمة فيه بيع، وهو لا يصح البيع في المجهول. لكنه يقال: إنهم قد أجازوا بيع الأرض وما فيها من الجزر ونحوه وهو مجهول، فينظر في الفرق، والأقرب الصحة في الكل^(٣).

مسألة: ولا تجب قسمة الزرع قبل حصده، فإن تراضوا بها صحت إذا شرط بقاؤه أو قلعه، وإن لم يشرط شيء لم تصح القسمة^(٤)؛ لأنها وقعت على وجه

(١) يقال: مع الإيجاب، لا مع التراضي فتصح وتكون جزافاً ولو مع التفاضل. (مفتي) و(قرئ).

(٢) قال الفقيه يوسف: وهذا حيث قد تغير الحب، فأما قبل تغيره فالقسمة فيه إفراز، فتصح مع جهله. (كواكب). لعله مع التراضي، وأما مع التشاجر فيكون ربا.

(٣) قلنا: القسمة مع التراضي تصح في المجهول، ولا نسلم صحة بيع الأرض التي فيها الجزر. (سحولي). حيث كان الجزر مقصوداً كما تقدم من التفصيل. اهـ وفي البحر: قلت: إن اشتراها فسد للجهالة.

(٤) ينظر، والمختار الصحة وإن لم يشرطوا، ويبقى بالأجرة إلى وقت الحصاد.

يضر، وهو وجوب القلع من غير أن يتراضوا به.

مسألة: ولا تصح^(١) قسمة الزرع في سنبله بعد حصده، وإن تراضوا بها صحت إذا كان ما فيه من العلف له قيمة^(٢)، فتكون من مسائل الاعتبار؛ لأن قسمته كذلك بيع. وعلى قول المؤيد بالله: تصح ولو لم يكن للعلف قيمة؛ لأن لكثيره قيمة.

مسألة: وإذا قسم ماء العين أو البئر أو الماغل فعلى قولنا: إنه حق لا تصح قسمته وحده^(٣) كما لا يصح بيعه^(٤)، إلا أن يقسم موضع الماء ويدخل فيه تبعاً^(٥). وعلى القول بأنه ملك تصح قسمته، لكن إن قلنا: إنه قيمى صحت مطلقاً، وإن قلنا: إنه مثلى فعلى القول بأنها إفراز تصح أيضاً، وعلى قولنا: إنها بيع

(١) كان الأرجح في العبارة: ولا تجب، وهو كذلك في البرهان. (بستان).

(٢) وفي الصعيتري: لا فرق بين أن يكون له قيمة أم لا؛ لأنهم لم يقصدوا المفاضلة. اهـ وقواه المتوكل على الله. اهـ ولأنها تصح جزافاً.

(٣) وفي البحر بعد أن حكى الخلاف ما لفظه: قلت: الأقرب صحة قسمته حيث اشترك في أصله^[١]؛ إذ الحق كالمالك في أولوية صاحبه به^[٢]، وعليه يحمل قول القاسم بالصحة.

(٤) يقال: يشكل هذا التعليل بقسمة الوقف، فإنه يمتنع بيعه مع صحة قسمته، وقد نص في التذكرة على صحة قسمة المساقى مع أنها من الحقوق، وهذا التنظير ظاهر في ذلك، وكذلك المهياة في الآبار على قدر المساحة، ثم إن القسمة ليست كالبيع من كل وجه، بل من وجوه مخصوصة^[٣].

(٥) إذا أدخل أو قصد دخوله. (قرير).

[١] أي: قرار أرضه [أصله (نخ)] ومجراه.

[٢] يقال: ذلك مسلم في الحق الخاص أنه تصح قسمته، وأما هنا فالحق عام [يحقق..] في الماء لمن سبق إليه فلا تصح قسمته كما لا تصح قسمة الحقوق العامة. (ساع سيدنا عبد الله بن حسين دلامة عليه السلام).

[٣] هذه الحاشية مقررة في هامش شرح الأزهار.

لا تصح إلا مع العلم بالاستواء^(١).

الضرب الثاني: الدور، فإذا قسمت الدار على وجه لم يجعل لأحدهما طريق أو مسيل ماء فهي غير صحيحة^(٢) إلا أن يتراضوا بذلك، ثم يأتي الخلاف المتقدم هل يصح الرجوع عنها أم لا^(٣).

فرع: وان كان فيها طريق أو مسيل ماء لغيرهما ترك على حاله إن كان معلوماً، وإن كان غير معلوم ترك المسيل على ما جرت به العادة، والطريق مثل أوسع باب في الدار مما يستطرق^(٤) فيه، ذكره في اللمع، وقال في الشرح والتقرير: مثل أوسع باب في الذي يستطرق إليه.

مسألة: ولا تصح قسمة السقف^(٥) الواحد مزارعة كما لا يصح بيع بعضه^(٦) مزارعة^(٧)، وأما السقفين نحو العلو والسفل إذا قسما مزارعة فيأخذ كل واحد سقفاً فعندنا لا تصح إلا بالتقويم^(٨) أو بالتراضي، وقال أبو حنيفة: تصح ويجعل الذراع من السفل بذراعين من العلو؛ لأن للسفل^(٩) منفعتين:

(١) بل تصح مطلقاً؛ لأنهم لم يقصدوا المفاضلة.

(٢) يعني: لا يجبر من امتنع.

(٣) المختار عدم الرجوع. والله أعلم.

(٤) لفظ الكواكب: والمراد من الأبواب التي يستطرق فيها، دون ما لا يستطرقه صاحب هذه الدار فلا حكم له. (قررو).

(٥) أي: لا يجبر.

(*) أي: الشيء المسقف.

(٦) قلت: فيلزم أن لا يجبر، لا بالتراضي فتصح مع الجراف. (مفتي).

(٧) من غير تعيين.

(٨) المذهب بالتراضي فقط. (قررو).

(*) وذلك لأن المنفعة متفاوتة، فقد يكون العلو خيراً من السفل والعكس. (بستان).

(٩) أراد بالسفل قرار الأرض.

السكنى والحفر^(١)، وقال أبو يوسف: تصح ويكونان سواء؛ لأن للعلو منفعتين أيضاً: السكنى والتعلية.

الضرب الثالث: الأشجار والثمار والزرع، فتصح قسمة الشجر دون الثمر^(٢)، قال الفقيه يوسف: ويلزم كل واحد حصته من أجرة الثمر الذي على شجر صاحبه^(٣) ولو كان لا يصح استئجار للثمر؛ لأن الأجرة تجب هنا لأجل الانتفاع بحق الغير ولو كان لا تصح إجارته، كما تجب أجرة المسجد والمقبرة على من استعملهما^(٤).

مسألة: ولا تصح قسمة أصل الشجرة من دون فروعها، ولا العكس، ولو تراضوا بذلك؛ لأن الشجرة كالحیوان^(٥)، والقسمة بيع، إلا أن يشرطوا قطع

(١) يعني منازل السفلى والعلو.

(٢) قال في الزهور: ولو بالحكم؛ لأنه كالمحتاج الموضوع في الدار. ومثله في الأزهار وشرحه. وفي الغيث: والأقرب عندي أنها لا تصح قسمة الشجر دون الثمر إلا بشرط القطع، ولو تراضيا من بعد على بقاءه على الشجر لم يضر في صحة القسمة، وإنما قلنا: «إلا بشرط القطع» لأنه إذا استحق البقاء بأجرة أدى إلى استئجار الشجر للثمر، وإن لم يستحق الأجرة أدى إلى الانتفاع بملك الغير من دون عوض يستحقه. (غيث).

(*) في (ب، ج، د): من دون الثمر.

(*) ولفظ شرح الأزهار في تفسير «نحوه» في الأزهار: وهو أن تقسم الأرض والشجر الذي فيها دون ثمر الشجر. انتهى. وتصح أيضاً ولو كان المقتسمون لا يملكون إلا الأشجار بحقوقها دون الأرض أو كانوا قد اقتسموا الأرض قبل ثبوت الشجر فيها ثم غرسوها مشتركة. (نظرية للشامي).

(٣) فإن استويا تساقطا، وإلا ترادا. (قرئ).

(٤) يعني: والذي لا يصح هو استئجار الشجر ليستثمر؛ لأن ذلك بيع أعيان معدومة.

(٥) فلا تصح قسمة أعلى الشاة دون قوائمها. (بستان). ولأنه يؤدي إلى أن ينمو ملك مشاع في ملك خالص أو عكسه على التأييد. (صعيتري).

الفروع من موضع معلوم^(١) صح في الصورتين معاً^(٢)، وإن تراضوا بعد القسمة ببقاء الفروع جاز.

مسألة: وإذا تراضوا بقسمة الأرض من دون الشجر^(٣) صحت موقوفة؛ فإذا قسمت الشجر من بعد فإن جاء لكل واحد ما في أرضه تمت القسمة، وإن جاء له ما في أرض شريكه فإن تراضوا ببقائها أو قلعها صحت^(٤)، وإن تشاجروا بطلت قسمة الأرض؛ لأنها وقعت على وجه يضر^(٥)، ذكره الفقيه علي.

مسألة: إذا مالت فروع شجرة رجل إلى أرض غيره^(٦) لزمه رفعها^(٧)، وإن

(١) لفظاً أو عرفاً.

(٢) يعني: في قسمة الأصل دون الفرع والعكس.

(٣) أو العكس. (سماح هبل).

(٤) قال الفقيه يوسف: فيه نظر؛ لأن ذلك كطريق البئر مع المضرة. (رياض).

(*) والأولى عدم الصحة^{قوي} [١]؛ لأنه لا يصح قسمة النبات دون المنبت وإن تراضوا، وهو الذي في التذكرة وغيرها. والمختار ما في الكتاب.

(٥) ويمكن أن يقال: إنهما حين اقتسما كذلك قد رضي كل منهما بإدخال الضرر على نفسه حيث اقتسما على وجه يمكن أن يأتي نصيبه في نصيب شريكه، وحيث يُلزم من جاءت شجره في حصة شريكه من الأرض قلعه.

(٦) فأما ارتفاعها في الهواء فأضر الظل بجاره فلا. والله أعلم.

(٧) ولا فرق بين الملك والحق. و(قررو).

(*) لفظ الفتح: ويرفع أو يقطع ذو شجرة أغصانها عن ملك غيره وحقه. اهـ أما إذا تدلى إلى حق الغير وكان لا يضر المستحق له كالجبال التي ينصب ماؤها إلى حق الغير ومجاري الأنهار والسيول فإنه لا يجب رفعها، ذكره القاضي عبدالله الدواري. (شرح فتح معنى). وقد تقدم في شرح الثالث الذي قبيل القسمة اعتراض على البيان. والله أعلم.

[١] واختاره سيدنا علي بن أحمد. (قررو).

لم يمكن رفعها قطعها؛ لأن صاحب الهواء أولى بهوائه إلى انتهائه^(١) كما هو أولى بقراره إلى انتهائه، ذكره في الشرح، فإن لم يرفعها كان لصاحب الهواء رفعها^(٢) دفعاً للضرر عن نفسه، قال الفقيه يحيى البحيح: ويرجع على صاحبها بأجرته إذا نواها^(٣)، وقال الفقيه علي: لا يرجع بها إلا إذا قطعها بإذن الحاكم.

فرع: وما سقط من ثمارها إلى أرض جاره لزم الجار تسليمها للملكها، ذكره الهادي^(٤) والناصر، وقال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: لا يلزمه إلا التخلية بينها وبين مالكةها، وإن قبضها لزمه حفظها لا ردها.

مسألة: وإذا قسمت أرض على أن ما دخل من أغصان شجر كل واحد إلى أرض صاحبه فهو له أو ثمره له كانت القسمة باطلة^(٥) ولو تراضوا بذلك؛ لأنها وقعت على عوض مجهول معدوم. وكذا لو كان ذلك عرفاً لهم ظاهراً^(٦).
فرع: فإن اقتسموا ثم تراضوا بذلك من بعد القسمة جاز^(٧) وكان إباحة^(٨).

(١) يقال: يجوز الانتفاع بحق الغير إن لم يضر كما تقدم، فليحقق ما الفرق بين حق وحق؟ (مفتي). ولعله يقال: إن ذلك يختص بالماء والكلاء، وهذا هو القوي، والله أعلم.

(٢) ولا يحتاج إلى إذن الحاكم، كذا قرر. و(قررو).

(٣) قال الفقيه يحيى البحيح: لأن له ولاية فلا يحتاج إلى إذن الحاكم. وقال الفقيه علي: إن له ولاية على الفعل، لا على الرجوع بأجرته. (بستان).

(٤) قال عليه السلام: وذلك لقوله ﷺ: ((لا يحل...)) الخبر، وكما لو ألفت الريح ثوب زيد إلى دار عمرو فإنه لا يملكه. قال الفقيه حسن: ولعل مراد الهادي عليه السلام بالتسليم إذا قبض الثمار صاحب الأرض، لا قبله فلا يجب عليه إلا تمكين صاحبها من أخذها. (بستان).

(٥) هلا قيل: القسمة وقعت صحيحة، والشرط باطل فيلغو، ينظر. اهـ يقال: هي منعقدة من الأصل على شرط باطل فافتضى بطلانها، كما لو شرط بقاء الثمر بعد صلاحها فسد البيع، وكذا هنا. (سماع).

(٦) ولعلمهم إذا أرادوا صحتها صادموا العرف بصريح شرط.

(٧) وهي صحيحة.

(٨) للموجودة، وإلا كانت تأييداً.

يصح الرجوع فيه وفي ثماره مع بقائها، وتبطل بالموت^(١).

مسألة: وإذا قسمت أرض مع أشجارها وكانت عروق الشجر مستبدة في الأرض لم يكن لأحدهم أن يقطع ما في أرضه من عروق أشجار أصحابه^(٢)، وله منعهم من إحداث غرس^(٣) يضر أرضه، وإذا أحدث أحدهم غروساً في حقه ودخلت عروقتها في أرض جاره فللجار قطعها^(٤).

مسألة: وتصح قسمة الأرض وما فيها من الزرع أو الثمر: إما بأن تقوم بزرعها وتقسم على حسب القيمة، وإلا بأن تمسح الأرض إذا هي مستوية ويزاد مع الذي زرعه ضعيف منها جزء من الأرض^(٥) بقدر زيادة الزرع الذي في

(١) والبيع؛ لانتقال الملك.

(٢) ولا ما كان متداً من الأشجار الحاصلة عند القسمة. (قررو).

(٣) غير معتاد قبل [عند (نخ)] القسمة ولا شرط عندها. (قررو). ومعناه في البيان قبيل النوع الرابع: الشرب.

(٤) هلا قيل: يلزم الغارس قطعها، ينظر. لعله مع تعذر إجباره، وإلا فهو الواجب. (شامي). ومثله في الصعيتري. لكن بعد أن يكشف صاحب الأرض على العروق. و(قررو).

(*) وهل يجب على رب الشجرة أن يرفع عروق شجرته عن أرض الغير كما يجب عليه أن يرفع أغصانها؟ والأقرب عدم وجوب ذلك؛ لجري العادة بخلافه^[١]، والله أعلم. (بهران). وفي الزيادات ما لفظه: وإذا ذهبت عروق شجرة إنسان إلى أرض جاره كان كذهاب أغصانها؛ فما لزم في أحدهما لزم في الآخر من المنع والقطع. (بلفظه من مسائل الحظر والإباحة). ومثله في الصعيتري. ولو ما أمكن إلا بقطع الشجر فعل. (قررو).

(*) وله أجره إخراج العروق، لا أجره الحفر عليها. (شرح أثمار) (قررو).

(٥) أو جزء من الثمر بعد إدراكه، لا من الزرع؛ إذ لا تجب قسمته قبل إدراكه إلا بالمرضاة.

[١] ولفظ حاشية السحولي: فأما العروق إذا امتدت إلى أرض الغير فلا يجب على صاحب الشجرة قلعها، ولصاحب الأرض أن يقطعها وإن فسدت أشجار جاره. (بلفظها).

الجانب (١) الآخر.

مسألة: وتصح قسمة الثمار القيمة وحدها بالتقويم بعد إدراكها^(٢)، فإن كانت أجناساً قسم كل جنس وحده، وإن تراضوا بقسمة بعضها في بعض جاز.

مسألة: واختلال القسمة يكون لأحد أمور ثلاثة:

الأول: أن تقع على وجه فيه ضرر بأحد الشركاء، نحو عدم الطريق أو المسيل، أو كونه^(٣) يضر ما هو فيه، فلا تصح كما مر^(٤).

الثاني: أن يقع فيها غبن في التقويم، فتصح على من كان بالغاً عاقلاً حاضراً^(٥) ولو تولى القسمة غيره؛ لأنه في محضه^(٦)، وهذا يدل على أن الوكيل إذا تصرف في محضر الموكل كان كالمعبر عنه فيصح الغبن عليه، مثل ما ذكره أبو جعفر وأبو مضر^(٧). ولا تصح إن كان الغبن على صغير أو مجنون أو غائب حتى

(١) قال في تعليق الدواري: وهذه قسمتها بالتراضي؛ لأنها أجناس مختلفة. (تعليق لمع)^[١].

أو لأنها قد اشتملت القسمة على كل الأجناس وإن اختلفت. اهـ وعلى هذا يجبر الممتنع.

(٢) ولو بالحكم؛ لأن الثمر كالمحتاج الموضوع.

(٣) أي: المسيل.

(٤) إلا أن يقع التراضي بينهما. (قرئ).

(٥) غير مجبر^[٢]. (بحر، وفتح). وقرره الشامي.

(*) أو غائب مجيز بعد العلم بالغبن. (قرئ).

(٦) والمذهب خلافه، وهو أنه لا ينفذ على الموكل ولو حاضراً ما لم يباشر القسمة، وهو

الذي تقدم في البيع في قوله: أو متصرف عن الغير فاحشاً.

(٧) في البيع.

[١] لفظ الديباح: يقال: كيف صحت القسمة في زائد الثمر بالزائد من الأرض والأجناس لا يقسم بعضها

في بعض؟ قلنا: المراد أن ذلك بالتراضي، أو لكون جملة القسمة قد اشتملت على الأرض والثمر وكل

واحد منهما مقسوم وإن وقع تفاوت لم يضر؛ إذ قد صار إلى كل واحد منها من كل جنس قسط.

[٢] من ظالم، لا الإيجاب على شروطه. (قرئ).

يجيز بعد عقله أو علمه^(١) أو بلوغه، ولكل منهم الفسخ قبل الإجازة.
الثالث: أن يقع فيها غلط، نحو أن يعطى بعضهم أكثر من نصيبه وبعضهم أقل على وجه الغلط، فتكون القسمة باطلة^(٢).

مسألة: وإذا ادعى بعضهم فسادها لأحد هذه الأمور فعليه البيئة^(٣).
فرع: فلو كان قد قطع كل واحد منهم من صاحبه كل حق ودعوى بعد قسمتهم فقييل: لا تسمع^(٤) دعواه لفسادها؛ لأجل البراء، وقيل: بل تسمع^(٥)؛ لأنه إنما أبرأ ظناً منه أنه مستوف لحقه بحيث لو علم عدم الوفاء ما أبرأ. وقيل:

(١) بالقسمة والغبن. (قرر).

(٢) بل موقوفة.

(٣) فإن ادعى فسادها للغلط أو أنه لا مسيل أو لا طريق أو للغبن فالقول قول مدعي الصحة، وإن كان لأجل أنه لم ينصب عن الغائب والصغير فالقول قول مدعي الفساد؛ لأن الظاهر عدمه. (زهور معنى).

(*) وذلك لأن مدعي الفساد يدعي خلاف الظاهر. وكيفية الشهادة أن يشهدوا أنها فاسدة لأجل الغلط، أو لكون الغبن في التقويم كثيراً وفيهم غائب أو صغير، أو لكونهم لم يتركوا لبعض الأقسام طريقاً أو مسيل ماء، قال الفقيه يحیی البحيح: ولا يضر كون هذه البيئة تضمن النفي، وهو أن ليس لهذا النصيب طريق أو مسيل؛ لأن مثل هذا جائز، كما لو شهدوا على أن هذا مفلس فالمعنى ليس له مال، وكما لو شهدوا بأرض لبيت المال فالمعنى ما لها مالك، مع أن الشهادة تصح على إقرارهم بما ذكر، والشهادة على النفي إذا كانت مستندة إلى الإقرار تصح. قيل: وقد يصح العكس أيضاً، وهو أن يشهد الشهود على النفي والمضمون الإثبات، كما ذكر عن المؤيد بالله إذا وضع رجل يده على أرض لا يعرف مالها فشهد الشهود أنه غير مالك صحت الشهادة؛ لأن مضمونها أنها لبيت المال. (بستان).

(٤) وقواه المتوكل على الله.

(٥) وقواه الإمام المهدي.

إنه يأتي على الخلاف فيمن أبرأ من حق لا يعلمه أو يظن قلته بحيث لو علم ما أبرأ منه^(١)، فعند المؤيد بالله أنه يصح^(٢)، وعند المنصور بالله والقاضي زيد لا يصح.

فرع: وإذا باع أحدهم ما صار إليه ثم بان أنه أكثر من نصيبه - نحو أن يقسم له الربع وليس له إلا الثمن - فإن صح ذلك بالبينة والحكم أو بعلم الحاكم بطلت القسمة ونقض البيع كله^(٣)؛ لأنه لو صح في نصيبه لزم أن يبيع نصيبه في جوانب الأرض كلها، وذلك يضر شركاءه^(٤). وقال أبو جعفر والقاضي زيد والفقهاء يحرمان البحيح: إنه يصح بيع نصيبه - وهو الثمن - ويبطل الزائد، ويكون للمشتري الخيار إن جهل ذلك. وقال الفقيه علي: إنه يصح البيع في نصيبه الأصلي من هذا الذي باعه - وهو ثمنه^(٥) - والباقي يبطل^(٦).

(١) ويمكن الفرق بأن المبرئ قد قصد إسقاط حقه؛ لأنه لم يكن ثم عوض، بخلاف هذا فهو لم يقطع عن صاحبه كل حق ودعوى إلا في مقابلة عوض يظن أنه مستوف له.
(٢) وعن الشامي ما لفظه: تقوية كلام المؤيد بالله صحيحة بالنظر إلى الإبراء كما يأتي، وأما هنا فلا يبعد تقوية القول الآخر، وقد قواه الإمام المهدي أحمد بن يحيى عليه السلام، والفرق ممكن من حيث إنه إنما أبرأ هنا لاعتقاده استيفاء حقه. (إملاء شامي).

(*) في الإبراء لا هنا. (قررو).

(٣) إلا إذا تعينت القسمة في هذه الأرض - نحو أن لا يقسم بعضها في بعض - صح بيع نصيبه؛ لزوال العلة. وهذا قول حسن. لعله يقال: هو يؤدي إلى تفريق الحصة؛ بأن ينفذ في كل نصيب بقدر حصته، والله أعلم.

(*) هذا ذكره الكني والفقهاء محمد بن سليمان، وهو ظاهر كلام المؤيد بالله، وهو الذي يرجح؛ لما ذكره في الكتاب. والقول الثاني والثالث كما ترى، رواهما في البرهان والكواكب. (بستان).

(٤) وهو «غالباً» في الأزهار: وينفذ في نصيب العاقد شريكاً غالباً.

(٥) يعني: ثمن الربع.

(٦) وللمشتري الخيار.

فروع: فلو كان المقسوم مثليا صح بيع نصيبه - وهو الثمن^(١) - ويبطل الزائد، ولا خيار للمشتري إلا إذا كان له غرض في شراء الكل^(٢).

فروع^(٣): وإذا ثبت الغلط بتصادق الشركاء فإن صادقهم المشتري فكما مر^(٤)، وإن ناکرهم وحلف لم يبطل البيع، وتبطل القسمة فيشتركون في الباقي، وأما المبيع فإن أجازوا له بيعه اشتركوا في ثمنه، وإن لم فعلى بائعه أن يستفديه بما أمكن^(٥)، فإن تعذر عليه غرم لهم مثل نصيبهم فيه^(٦)، وهو نصفه إن كان مثليا^(٧)، أو قيمة سبعة أثمانه إن كان قيميا^(٨)، فإن كان ثمنه مثل قيمته فهو بها، وإن كان أقل منها غرم الزائد، وإن كان زائداً عليها رد الزيادة للمشتري^(٩)،

(١) من الكل لا من الذي باع؛ لأن القسمة إفراف.

(٢) وهل يقبل قوله؟ في البيان في البيع في خيار العيب في مسألة: والحمل عيب في البهائم إلى أن قال: والقول قوله في قصده مع يمينه، وفي مسألة: ومن العيوب ما يكون مختصا بهذا المشتري إلى أن قال: مما يكون مخالفا لغرض المشتري، والقول قوله مع يمينه في غرضه، وفي قوله: مسألة: من باع شيئا فيه إلى أن قال: فلو اختلف في قصده فقال الفقيه حسن: القول قوله مع يمينه؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته - فلعله يكون هنا مثله، وللناظر نظره. (سماع ع).

(٣) هذا فرع من قوله: فرع: وإذا باع أحدهم.. إلخ.

(٤) يعني: من الخلاف. (بستان).

(*) يعني بطلت القسمة ونقض البيع.

(٥) بما لا يحيف. (قررو).

(٦) هذا يستقيم في المنقولات، وأما في غير المنقولات فلا يضمن إلا ما تلف تحت يده على قول الهادي عليه السلام. وإن وجب الاستفداء والأجرة مدة ما لبث تحت يده.

(٧) لأن القسمة إفراف، فقد صح في النصف؛ لأنه قد تعين له.

(٨) لأن القسمة ليست إفرافاً، ولأن الذي في يده ربع وهو لا يستحق إلا ثمناً.

(٩) حيث كان الثمن نقداً، فإن كان الثمن عرضاً فلعل الزيادة تكون لبيت المال. اهـ وينظر.

وهذا على قولنا: إن بيعه يبطل كله، وأما على قول أبي جعفر فيكون الباقي من المقسوم لشركائه، ويغرم لهم الزيادة^(١) التي وقع الغلط فيها، وهو الثمن كما بيناه إن كان بيعه وقع بعد قبضه له، وإن كان وقع قبل قبضه فالبيع غير صحيح^(٢) فيما قسمته بيع إلا في قدر نصيبه الأصلي، وهو ثمن ما باع^(٣)، وثلاثة أثمانه باقية له^(٤)، والباقي^(٥) لشركائه. وعلى القول الثالث لا يصح البيع إلا في نصيبه الأصلي، وهو ثمن ما باعه مطلقاً^(٦).

مسألة: وإذا كانت القسمة في دين^(٧) على خصوم، فاقتموا لكل واحد منهم ما على خصم معين فقيل: لا تصح القسمة^(٨) حتى يقبضوه الكل؛ لأن

==
 (*) ولا يكون قبول المشتري لزائد الثمن إقراراً بفساد البيع؛ لأن الإقرار لا يكون إلا باللفظ لا بالفعل. (تعليق الفقيه حسن).

(١) يعني: حيث تعذر عليه رجوعها واستفداؤها. (بستان).

(٢) وهذا على القول بأن التصرف في الزائد على الحصة لا يصح إلا بعد القبض في القسمة، والمختار أنه يصح مطلقاً؛ إذ ليست كالبيع من كل وجه. (شامي).

(*) والمختار صحة التصرف في القسمة قبل القبض. (قرن).

(٣) أي: ثمن ما باع.

(٤) في الثلاثة الأرباع التي مع شركائه.

(٥) يعني سبعة أثمان الذي باعه.

(*) في (ب): ونصفه لشركائه.

(٦) سواء كان مما قسمته إفراز أو بيع، وسواء كان قبل القبض أو بعده، وسواء كان مثلياً أو قيمياً.

(٧) وإذا كان لجماعة دين. (نسخة).

(٨) ومثله في المقنع، قال: لا تصح، فلو فعلوا ذلك ثم تعذر على أحدهم ما في ذمة الغريم بموت أو إعسار رجع على شريكه في حصته مما قبض. (شرح فتح). الذي في شرح الفتح عن المقنع ما لفظه: وفي المقنع: إذا كان لرجلين على رجلين مائتا درهم، فتصالحا

الدين معدوم، وقيل: بل تصح القسمة. والأقرب^(١) أنها تصح على القول بأنها إفراز^(٢)، لا على القول بأنها بيع.

على أن يأخذ كل واحد مائة، يعني: وهي التي في ذمة واحدة، فاشترى أحدهما من المدين بمائة عشرة أفقرة حنطة، ثم تعذرت المائة الباقية بموت أو إفلاس - فليرجع صاحبها على الآخر بخمسين درهماً، ولا يرجع^[١] بنصف الطعام. (من شرح الفتح بلفظه).

(١) في (أ، وب): ولعلها تصح.

(٢) سيأتي في الأزهار في الوصايا خلافه؛ لأنه قال: ولا يستبد أحد بما قبض. وسواء كان فيها قسمته إفراز أم لا، وسواء كان مثلياً أو قيمياً.

(*) الأولى أنها تصح فيما هو إفراز مشروطاً بالقبض، ولا تصح فيما هو بمعنى البيع. (قرئ).

[١] وكان ذلك لم يصح.

كتاب الرهن (١)

شروطه ستة:

الأول: أن يكون بين جائزي التصرف ولو عبدين أو صبيين مأذونين أو مكاتب (٢) أو ولي صغير أو نحوه (٣).

الثاني: أن يقع عقده بالتراضي، لا لو أخذ شيئاً من مال غريمه ليسترهنه فهو غصب، وكذا لو كان عنده ودیعة لغريمه فأمسكها حتى يقضيه دينه لم يجر (٤)، خلاف الحقيني فأجازه (٥)، ولعله لا يكون رهناً.

مسألة: والرهن يصح بلفظه وبغيره (٦)، نحو خذ هذا وثيقة في دينك، أو هو معك حتى آتيك بحقك، وما أشبه ذلك. ويقبل المرتهن (٧). ويصح معلقاً بشرط (٨)، خلاف الشافعي (٩). ويصح مؤقتاً (١٠). ويصح موقفاً على الإجازة،

(١) حقيقة الرهن في اللغة: الثبوت. وفي الشرع: جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر استيفائه. (عجالة).

(٢) في (ب، ج): أو مكاتبين.

(٣) المجنون والمسجد والوقف.

(٤) ويكون غصباً لا رهناً. (شرح أزهار) (قررو).

(٥) يعني: إمساك الوديعة فقط. (سماع).

(٦) ويصح أن يتولى طرفيه واحد. (قررو).

(٧) أو يقبض، ذكره في البحر، وظاهر الأزهار والتذكرة والأثمار أنه لا يكفي القبض.

(قررو). [والصحيح أنه لا بد من القبض والقبول.]

(٨) ويكون قبل حصوله أمانة. (قررو). ويحتاج إلى تجديد قبض بعد حصول الشرط. (سيدنا

علي عليه السلام) (قررو).

(٩) وذلك كالبيع لا يصح تعليقه بشرط. قلنا: بل كالالتزام فيصح تعليقه كالنذر. (بستان).

(١٠) ويصير بعد الوقت أمانة، فلا يجوز الحبس، لا الضمان فلا يخرج عن ضمانه حتى يقبضه

المالك. (قررو).

خلاف الناصر والشافعي^(١).

الثالث: أن يقبضه المرتهن أو وكيله^(٢) برضا الراهن بعد العقد ولو بالتخلية^(٣)، إلا حيث هو في يد المرتهن وديعة أو غيرها فلا بد من تجديد قبضه بإذن جديد من الراهن. وقال الناصر ومالك: إن القبض غير شرط في الرهن^(٤).

فروع: فلو تلف الرهن قبل قبضه لم يضمه المرتهن، وإن امتنع الراهن من تسليمه لم يجبر عليه، وإن مات أحدهما قبل قبضه بطل، وإذا أذن الراهن له بقبضه ثم رجع عن إذنه صح رجوعه قبل القبض لا بعده، وإذا كان أخرس اعتبر إذنه بالإشارة المفهمة كرهنه.

فروع: وإذا أذن الراهن بقبضه ثم حجر عليه الحاكم بطل^(٥) إذنه لا عقده^(٦).

(١) بناء على أصلهما أن الموقوف لا يصح. (بستان).

(٢) في المجلس أو غيره. مع القبول في المجلس.

(٣) وفي شرح الخمسائة أنه لا تكفي التخلية؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. ومثله في المعيار للتجري.

(٤) حجتنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فوصف الرهن بكونه مقبوضاً كما وصف الرقبة في كفارة القتل بالإيمان. ولأنه وثيقة، ولا يحصل التوثيق إلا بالقبض. وحجتهم قوله ﷺ: ((الرهن مركوب ومحلوب))، يعني: للراهن، فاقضى كون القبض غير شرط. قلنا: أراد بإذن المرتهن. (بستان).

(٥) فإن جن أو أغمي عليه فقال الإمام يمين: لا يبطل العقد كالخيار. وهل للولي تسليمه؟ قيل: ليس له ذلك؛ للخطر، ويحتمل أن يسلمه كما في الخيار، وقد أشار إليه في البحر^[١].

(*) قلت: بل موقوفاً كأصله. (مفتي).

(٦) أي: عقد الرهن، فيقف على فكاك الحجر. (صعيتري).

[١] لفظ البحر: مسألة: وإذا رجع الراهن عن الإذن بالقبض لم يقبض إلا بإذنه؛ إذ الإذن شرط، وكذا لو جن أو أغمي عليه أو حجر قبل القبض. الإمام يمين: ولا يبطل عقد الرهن في الأصح كالبيع بخيار. المؤيد بالله: وللولي إقباضه للحظ.

الموقوف، ذكره الإمام يحيى^(١)، وهو يدل على أن العقود الموقوفة لا تبطل بالحجر.

فرع: وإذا باعه الراهن أو رهنه من آخر قبل قبضه بطل رهنه الأول، وكذا إن أجره من الغير، قال الفقيه علي: وكذا من المرتهن أيضاً^(٢).

الرابع: أن يكون رهناً عن دين معلوم^(٣) ثابت في الحال أو في المستقبل؛ فلا يصح الرهن حتى يثبت الدين^(٤)، فلو تلف الرهن قبل ثبوت الدين لم يضمه، خلاف أبي حنيفة. وعند الناصر والشافعي لا يصح الموقوف.

مسألة: ويصح الرهن على عمل الأجير المشترك^(٥)، وفائدته جواز بيعه^(٦) عند مطل الأجير من العمل، ثم يستأجر من يعمل ذلك العمل من ثمنه بأجرة

(١) قال عليه السلام: لأن عقد الرهن يؤول إلى اللزوم، فهو كالبيع بشرط الخيار. (بستان).

(٢) سيأتي للفقيه علي: ولو قبل القبض.

(٣) المذهب أنه يصح وإن جهل، كما أنه يصح الرهن على العين المضمونة مع أن قيمتها مجهولة، وإنما يأتي ذلك على قول الفقيه يحيى البحيح. (ذماري). ومثله في الكواكب.

(٤) ينظر لو سلم له البعض هل يستقر الرهن؟ لعله يستقر، ولكن يكون للراهن نقضه بعدم الوفاء بما تواطأ عليه.

(*) وينظر لو تواطأ على أن يرهنه في قدر معلوم يقرضه إياه، فلما رهنه لم يسلم إليه إلا بعض ذلك، هل يكون رهناً في ذلك البعض أم لا؟ قيل: يكون رهناً بتسليم^[١] البعض، وهو مفتقر إلى النظر. (من خط سيدي الحسين بن القاسم).

(*) إلا أنه لا يحتاج إلى تجديد عقد عند حصول الدين، كرهنتك فيما تقرضني أو في ثمن ما تبيعني. (تذكرة).

(٥) المنفعة؛ لأنها قد صارت مستحقة، والمنفعة مال على الصحيح. (ذماري).

(٦) إذا سلط أو بإذن الحاكم. (قرر).

[١] ويثبت للراهن الفسخ؛ لعدم الوفاء بما وقع عليه التواطؤ، وقد ذكر معناه عن الشامي. (قرر).

مثله، ولو كانت أجرته أكثر من أجرته الأولى أو أقل، وسواء كان قد قبضها أم لا. ولا يصح الرهن على عمل الأجير الخاص؛ لأنه غير مضمون عليه، وإنما عليه تسليم نفسه.

مسألة: ولا يصح الرهن عن الوديعة^(١)، ويصح عن العارية؛ لأن طلبه يكون تضميناً لها، وسواء طلبه المعير أو المستعير^(٢). وكذا في الآخذ للسوم. ولا يصح عن الرقبة المؤجرة إلا إذا كانت مشروطاً ضمانها، لا بطلب الرهن عليها؛ فلا تضمن به؛ لأنه كناية في التضمين، وهي لا تضمن بالكناية، بل بالتصريح؛ لأن منافعها مستغرقة بالأجرة، بخلاف العارية، ذكر ذلك في الشرح.

فرع: وحيث يرهن عن العين المضمونة تصير رهناً من الحال على ظاهر الشرح واللمع والتقرير، وقال الفقيهان يحى البحيح وحسن: إنه يكون موقوفاً على تلفها^(٣)، ولا يصير مضموناً حتى تتلف العين، فلو تلف قبلها لم يضمه المرتهن^(٤).

مسألة: ولا يصح الرهن من الكفيل بالبدن، بل من كفيل المال. ولا يصح

(١) قال في شرح الأثرار: ولا يصح الرهن في العين المرهونة؛ لأنه يؤدي إلى التسلسل. وقيل: يصح؛ إذ هو جائز وليس بواجب، ولا يصح قبضه إلا بالتراضي. وقد أصحوا الكفالة المسلسلة. (قرن).

(٢) وقبوله للرهن يكون تضميناً، ذكره في الشرح. (برهان). ومثله في البحر. وإذا رده المعير كان إبراء للمستعير من الضمان. (زهور) [زهرة (نخ)]. والذي قرر أنه إن كان الرد للرهن بعد الطلب لم يبطل الضمان، وإن كان الرهن تبرعاً فرده كان إبطالاً للضمان. (شامي) (قرن).

(٣) وهو الأزهار في قوله: قيل: وبفوات العين.

(٤) وله استرجاعه.

من العامل^(١) إلا بعدما صار ضامناً للمال^(٢).

مسألة: ومن تبرع بالرهن عن غيره لم يصح إلا أن يكون بإذنه، ويرهنه عنه أيضاً؛ لأنه يكون وكيلاً له فيضيف إليه^(٣)، ويكون كأنه أعاره إياه يرهنه.

مسألة: ومن ضمن بدين ضماناً معلقاً بشرط ثم رهن عنه لم يصح^(٤) حتى يصح الضمان^(٥).

مسألة: ومن رهن عن جنابة عبده لم يصح؛ إذ لا شيء عليه^(٦)، إلا أن يكون قد التزم بالأرث أو عرف منه أنه أراد بالرهن الالتزام بالأرث^(٧).

(١) على مال المضاربة.

(٢) وذلك فيما خالف فيه بعد الحجر أو كانت فاسدة فساداً أصلياً أو طارئاً.

(*) فائدة: هل يصح أخذ الرهن على الكتب الموقوفة؟ يحتمل أنه لا يصح؛ لأنه يقال: ضمان الرهن على المتولي أو على بيت المال؟ ويحتمل أن يصح^[١] والضمان على المتولي، ويحتمل أن الضمان على بيت المال، فيكون الكتاب أمانة في يد القارئ إذا قلنا: لا يصح الرهن، ذكر ذلك الفقيه حسن في تعليقه على اللمع.

(*) لمخالفة أو نحوها، كأن يستأجره على الحفظ ونحوه.

(٣) وكذا لو أضاف ولم يكن عن أمر المرهون عنه. إلا أن يميز لحقته الإجازة. وقيل: لا تلحقه الإجازة؛ لأن العين من الراهن؛ إذ لو كانت من المرهون عنه لحقته الإجازة.

(٤) أي: لم ينفذ. (قرئ).

(٥) يقال: قد قالوا: تصح الضمانة بما سيثبت والرهن به، فينظر ما الفرق؟ (مفتي).

(٦) إلا أم الولد ومدبر الموسر فيصح الرهن عليهما كما يأتي في الجنائيات، وكذا جنابة الممثول به فيصح الرهن عليه^[٢]. (قرئ).

(٧) كان اختياراً وصح الرهن. (شرح أزهار). مع المصادقة. (قرئ). لأنه لا يعرف إلا من جهته.

[١] وسيأتي مثله في البيان في المسألة ٣٤ من أول الوقف في قوله مسألة: وإذا شرط الواقف في وقفه أنه لا يقسم... إلخ أنه يصح.

[٢] ويجب عليه إعتاقه، ويضمن من الأرث إلى قدر قيمته فقط. فإن أعسر سعى العبد^[٣]. (مقرر).

[٣] بالأقل من القيمة أو الأرث.

مسألة: وإذا أقر المرتهن بالدين لغيره بطل حكم الرهن؛ لعدم الإضافة إلى المقر له عند عقد الرهن، ولا يكون له تسليمه إلى من أقر به له، ولا يسقط عنه ضمانه؛ لأن ذلك حق عليه فلا يسقط عنه بإقراره^(١) مطلقاً^(٢)، فإن قبل المقر له صار الدين له ولا حق له في الرهن، وإن لم يقبل سقط الدين^(٣).

الخامس: أن يكون الرهن معلوماً، فلا يصح رهن المجهول، وإن رهن معلوماً ومجهولاً صح المعلوم لا المجهول؛ فلو رهن صندوقاً وما فيه ولم يبين جنسه صح في الصندوق^(٤) دون الذي فيه^(٥).

مسألة: وإذا شرط في عقد الرهن عدم تسليمه فسد^(٦)، وإن شرط فيه عدم

(١) إلا أن يصادقه الراهن فلا ضمان عليه؛ لبطلانه من أصله. (هاجري) (قررو).

(٢) سواء قبل المقر له أم لا.

(٣) وظاهر ما يأتي في الإقرار أنه يبقى للمقر حيث رد المقر له ما لم يرجع إلى التصديق قبل أن يصدقه في تكذيبه، اللهم إلا أن يقال: الذي سيأتي حيث أقر أن عليه ديناً لزيد مثلاً فيعتبر فيه ما يأتي، والذي هنا حيث الدين في ذمة الغير، فإذا أقر به لشخص فكأنه قال للمديون: ما في ذمتك لي شيء، بل هو لزيد، فإذا رد زيد سقط، فينظر. ولفظ الرياض: لأنه قد أقر بحق عليه، وهو أنه لا يستحق إمساكه، وأنه لا دين له فيقبل. (رياض). سيأتي مثل ما في البيان في كتاب الغصب في الدين في الفرع الحادي عشر من قبل العتق. (سماع سيدنا حسن).

(٤) وقيل: لا يصح. (ذماري). وهو ظاهر الأزهار في قوله: وكونه مما يصح بيعه... إلخ. وعن الشامي: يقال: الوجه الذي لأجله فسد في البيع حيث انضم إلى صحيح البيع غيره جهالة الحصة في الثمن غير حاصلة هنا، فيصح في الصندوق دون ما فيه.

(٥) قال عليه السلام: وذلك لكونه غير معلوم ولا مسمى فلذلك بطل؛ لما اشتمل عليه من الغرر. (بستان).

(٦) وذلك لأن تسليمه من شرط صحة الرهن. (بستان).

ضمانه أو عدم بيعه فسد الشرط وصح الرهن^(١). وقال الشافعي: يفسد الرهن بالشرط الفاسدة.

مسألة: ويثبت في الرهن خيار الشرط والعيب والرؤية^(٢).

مسألة: ولا يصح الرهن عن درك المبيع قبل العلم باستحقاقه؛ لأنه لا حد لفكه؛ إذ يجوز استحقاقه في كل وقت^(٣)، ذكره ابن أبي الفوارس.

السادس: أن يكون الرهن مما يصح رهته^(٤)؛ فلو رهن المدبر فقال أبو طالب: يصح ولو كان موسراً، فيستفكه، وقال المؤيد بالله والقاضي زيد: يصح^(٥) من المعسر لا من الموسر. ويصح رهن العبد المعلق عتقه على شرط مطلقاً^(٦).

مسألة: ويصح رهن العبد الجاني^(٧)، ولا يكون التزاماً بأرش جنائته. وقال الإمام يحيى: لا يصح. وقال الشافعي: يصح حيث جنائته عمد توجب

(١) للخبر، وهو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما بال أقوام يشترطون...)) إلخ.

(٢) أما خيار الرؤية والعيب فواضح، وأما خيار الشرط فحيث الشارط الراهن له أو لهما لا يصح الرهن حتى تنقضي المدة. (عامر). وإن كان الشارط المرتهن لم يصر رهناً مطلقاً، وإنما يكون في يده أمانة. والصحيح أنه يكون رهناً من يوم القبض. (*). وكذا سائر الخيارات؛ إذ لا مخصص.

(*). وفائدة الخيار لزوم الإبدال إذا فسخ بأياها، بخلاف ما إذا رده من دونها. (وابل).

(٣) وقال الدواري: يصح الرهن عليه. وقرره المفتي. ومثله في البحر. وهو ظاهر الأزهار فيما سيثبت.

(٤) صوابه: مما يصح بيعه.

(*). هكذا في التذكرة، قال الفقيه يوسف: وفيه دور. (بستان).

(٥) قلت: وهو قريب للمذهب. (بحر).

(٦) يعني: من غير فرق بين الدين الحال والمؤجل، وبين أن يحصل العتق قبل حلول الأجل أو بعده. ويجوز تقديمه وتأخيره. (بستان).

(٧) هو الأزهار في قوله: وكذا لو تقدمت العقد.

القصاص، لا حيث يجب الأرش فقد شغل رقبتة.

مسألة: يصح رهن الأمة دون ولدها الصغير^(١)، فإذا بيعت بيع معها^(٢)، ويكون ثمنه لسيده، وثمانها يقضى منه الدين.

مسألة: ولا يصح رهن الوقف؛ لأنه لا يصح بيعه، وقال الهادي عليه السلام: يصح، لكنه يكره إذا كانت مدته ثلاث سنين فما فوق. فلو بلغ الوقف إلى حال لا ينفع في الذي قصده الواقف بحيث يجوز بيعه فإنه يصح من الموقوف عليه أن يرهنه^(٣) على قولنا: إن ثمنه يكون للموقوف عليه، لا على قول المؤيد بالله: إنه للمصالح.

مسألة: ولا يصح رهن المشاع مطلقاً^(٤)، خلاف المنتخب والناصر والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح إذا كان الشيعاء مقارناً للعقد، وإن طرأ عليه من بعد صح، نحو أن يتفاسخا الرهن في بعضه، أو يبيع الراهن بعضه^(٥).

(١) وكذا العكس.

(٢) لئلا يفرق بينهما.

(٣) هذا كلام السيد يحيى، وقواه سيدنا إبراهيم حثيث.

(*) المذهب لا يصح، وعليه الأزهار في قوله: إلا وقفاً.. إلخ؛ لأنه لا يبطل الوقف إلا بالبيع، وعلى هذا لا يصح رهن مدبر المعسر، فينظر. (شامي).

(٤) سواء قارن الشيعاء أو طرأ عليه، نص عليه الهادي عليه السلام في الأحكام، وصححه السادة. (غيث).

(*) وذلك لمنع الشيعاء كمال القبض لاختلاطه بحق الغير. وحجة المنتخب والناصر والشافعي: أن المشاع يصح بيعه فكذا رهنه. قلنا: البيع ينعقد باللفظ، والرهن بالقبض، فافتراقا. قالوا: يصح رهن الشيء الواحد من اثنين مشاعاً. قلنا: كله رهن مع كل واحد فصح. وقول أبي حنيفة كما ترى. قلنا: يصير بعضه رهناً وبعضه غير رهن فلا يصح. (بستان بلفظه). قال في الزهور: وكان الفقيه حسن يفتي بكلام المنتخب.

(٥) مشاعاً، لا معيناً فلا يفسد. (قرر).

بإذن المرتهن، أو يرث الراهن بعض الدين^(١)، أو يرث المرتهن بعض الرهن. وعندنا أنه يبطل في ذلك كله^(٢) ولو كان المرتهن هو الشريك؛ لأن له أن يبيع حقه، والشياح يوجب انتزاع الرهن من يد المرتهن بحق الشريك. وكذا لو رهن نصف شيء ثم رهن نصفه من ذلك المرتهن أو من غيره فلا يصح.

مسألة: وحيث يرهن الشيء كله يصح ولو كان مشتركا بين جماعة ورهنه معاً في صفقة واحدة مع واحد أو جماعة، فيكون كل واحد من الراهنين رهنه له كله، وكأن كل واحد منهم قد أعار صاحبه حقه فيه، فلا يخلص من الرهن إلا بقضاء الدين الذي عليهم الكل، فلو قضى بعضهم دينه بقي كله رهنًا بدين الآخرين. وكذا حيث المرتهن اثنان أو أكثر^(٣) فهو كله رهن مع كل واحد منهم؛ فيمسكه أحدهم برضاهم الكل، أو يضعونه مع عدل لهم، أو يقتسمونه إن أمكن^(٤)، وإلا تهاياؤه.

(١) أما لو سلم الراهن بعضاً من الدين لم يفسد مع أنه قد ملك بعضه، فإن قيل: ما الفرق بين ملكه لبعض الدين أنه يفسد وبين تسليمه لبعض الدين أنه لا يفسد؟ قلنا: الفرق بينهما أنه لما ورث بعضاً استحق قبض بعض الرهن بعدما ورث، مع أن المرتهن لم يستحق حبس الجميع، بخلاف ما لو سلم بعض الدين فله حبسه حتى يستوفي. (صعيتري).

(*) أراد بذلك التصوير للشياح الطارئ، لكنه يقال: وما وجه الشياح إذا ورث الراهن بعض الدين والرهن لا ينفك مهما بقي من الدين شيء؟ قلنا: إنه ينتقل إليه بعض الرهن بالميراث فصار مشاعاً لبطلان الرهن في حصته؛ لأنه لا يصح أن يرهن من نفسه. (صعيتري، وتعليق ابن مفتح).

(٢) وعليه الأزهار: فإن طرأ الشياح فسد.

(٣) وهل يشترط أن يقبضوه جميعاً في حالة واحدة أم لا؟ وهل يكفي قبض أحدهما بأمر الباقي أم يقبضانه معاً أو مرتباً؟ قيل: لا بد أن يقبضاه معاً أو يوكل ثالثاً بقبضه لهما مضيفاً، أو يوكل أحدهما الآخر. فإن قبضه أحدهما كان رهنًا معه وحده. (عامر) (قرور).

(٤) حسب الدين وقدره، فثلث لمن له ثلث، وثلثان لمن له ثلثان. (نجري). وفي الكواكب:

وإذا تلف مع أيهم ضمنوه كلهم^(١)، وإن قبض بعضهم دينه بقي كله رهنا بدين الآخرين. وقال أبو حنيفة: نصيبه^(٢) فقط. قال أبو طالب: ويبقى مضمونا عليهم الكل^(٣). وقال المؤيد بالله: على الذي بقي دينه وحده، لا على من قبض دينه. وهكذا إذا انسخ الرهن بأي وجه فهو على هذا الخلاف. ويتفقان إذا سقط دين بعضهم بالبراء^(٤) أنه يبرأ من ضمان الرهن، وهكذا حيث المرتهن

يكون الحبس والضمان على عدد الرؤوس^[١]، بخلاف قسمة الثمن عند بيع الحاكم له فعلى قدر الحصص. ولفظ شرح الفتح: بل يكون الضمان والمهاياة على حسب الدين. ومثله عن سيدنا سعيد الهبل.

(١) أي: ينسحب الضمان على المستوفي عند أبي طالب؛ لأن كل جزء رهن في جميع الدين. وقول المؤيد بالله كما ترى. (بستان).

(*) أما الراهن فلعله يضمن كل واحد منهما سواء تلف بغالب أم بغيره، وله تضمين من شاء منهما سواء تلف في يده أو يد صاحبه، وأما تضمين كل منهما لصاحبه فلا يخلو إما أن يتلف بغالب أو بغيره، إن تلف بغير غالب فإن طالب المالك من تلف في يده فلا رجوع، وإن طالب غير من تلف في يده رجع على من تلف في يده بجميع الضمان. وإن تلف بأمر غالب فإن كان قد ضمن صاحبه الغالب فكما تقدم، وإن لم يضمنه فللمالك مطالبة أيهما شاء، ومن سلم رجع على صاحبه بحصته، وهو نصف الضمان. (من إملاء القاضي عامر الذماري). وعن تذكرة السيد عبدالله بن أحمد المؤيدي: وإذا تلف في يد أحدهما فإنه لا يضمن لصاحبه إلا ما جنى أو فرط، ويضمنان معا للمالك. (قررو). الغالب وغيره.

(٢) في (ج): نصيبهم.

(٣) لأن كل جزء رهن في جميع الدين.

(٤) من جميعه أو من آخر دفعة منه، وهي الحيلة و(قررو). ولفظ حاشية السحولي: فلو استوفى البعض وأبرأ من الباقي فإن تقدم الإبراء على الاستيفاء لم يسقط الضمان، وإن تأخر الإبراء على الاستيفاء سقط. (قررو).

[١] وهو ظاهر الأزهار في قوله: ويضمن كل منهما كله.

واحد أيضاً^(١).

مسألة: ويصح رهن المستعار أو المستأجر ليرهن، وكلما صح بيعه صح رهنه، إلا الهدي^(٢) والأضحية حيث يجوز بيعهما^(٣)، وإلا الدين ممن هو عليه^(٤)، وإلا المشاع، وإلا الوقف حيث يجوز بيعه على قول المؤيد بالله^(٥)، وإلا المؤجر من غير مستأجره، وأما من مستأجره فيصح رهنه وتبطل إجارته^(٦)، وإن تقدم رهنه ثم أجره من المرتهن صحت الإجارة وبطل الرهن، فالآخر منهما يبطل الأول^(٧)؛ لأن حكمهما مختلف؛ فالرهن يستحق إمساكه فقط مضموناً عليه، والمؤجر يستحق إمساكه والانتفاع به غير مضمون عليه، ذكر ذلك السيد يحيى بن الحسين والفقهاء علي^(٨).

(١) يعني حيث أبرأ المرتهن أحد الراهنين.

(٢) إذا خشي عطبه فإنه يجوز بيعه لا رهنه. (شامي). والأضحية عند من أوجبها فقط.

(٣) والوجه أن الرهن لا يخرجها عن صفتها، بخلاف البيع فيخرجها، ذكره السحولي في حاشيته على الأزهار.

(٤) واختار المؤلف ما ذكره الإمام يحيى من أنه يصح رهن الدين ممن هو عليه إذا لم يكن من ثمن سلم أو صرف؛ لأنه قد حصل المقصود بالرهن، وهو الحبس، وقد حصل فيه أيضاً معنى القبض وزيادة. (شرح أثمار).

(٥) وهو المذهب.

(٦) وقيل: لا تبطل.

(٧) وقال الفقيه يوسف: إنه لا يبطل المتقدم منها، إلا حيث تأخرت الإجارة فيبطل الرهن في المنافع. (كواكب).

(*) والذي في الأزهار خلافه، وهو أنها يصحان معاً. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٨) المذهب خلافه، وهو الذي في الأزهار في قوله: إلا المؤجرة والمزوجة.. إلخ. فيستحق المنفعة بعقد الإجارة، وحبس العين بعقد الرهن، ولأنهم قد أجازوا استئجار العين ليرهنها. (قرن).

فروع: وكذا الأمة المزوجة لا يصح رهنها من غير زوجها^(١) وسيده، ويصح منها، فلو باع المرتهن عبده الذي هو زوج الأمة المرهونة بطل رهنها^(٢). وكذا في تزويج الأمة المرهونة يصح من المرتهن أو من عبده، ويكون مهرها رهنًا معها، وأما من غيرها فإن كان بإذن المرتهن صح وبطل رهنها، وبغير إذنه لا يصح، بل يكون موقوفًا على إجازته أو تسليمه لها أو فكاك الرهن، وقبل حصول أحد هذه الأمور لا يثبت له حكم، وللسيد والزوج أن يفسخاه، وهذا كله على قول الهدوية، وعند المؤيد بالله أنه يصح رهن المزوجة وتزويج المرتهنة، ولا يطأها الزوج إلا في يد المرتهن. وهو القوي^(٣).

مسألة: وإذا رهن أرضًا فيها زرع أو شجر عليه ثمر فإنه يدخل الزرع والثمر في الرهن؛ لأنه لو لم يدخل فسد الرهن^(٤)، بخلاف البيع، ذكره في الشرح. فلو رهن الأرض دون الشجر أو الثمر أو الزرع لم يصح الرهن إذا كان مع بقائه في الأرض؛ لأنه يؤدي إلى انتزاع الرهن من يد المرتهن^(٥)، وكذا في العكس، فلو

(١) لأن حق الزوج أسبق من حق المرتهن. (بستان).

(٢) لمصير القبض حقا للزوج وقت الوطء.

(*) ويبدله. (قرير).

(٣) لأن التزويج لا يمنع من القبض، على أن المذهب صحة إذن المرتهن للراهن بالتصرف وأنه لا يخرج بذلك عن الرهنية وإن خرج عن الضمان، فغاية ما يلزم من تجويز رهن المؤجر والمزوج انتفاء الضمان، وأما منع الرهن فلا وجه له، وأما سبق حق الزوج والمستأجر لهما فلا يصلح مانعًا لما ذكر. (مواهب قدسية).

(٤) لتعذر كمال القبض فيها، وهو شرط في صحة الرهن. (شرح بهران).

(*) عندنا، لا عند من يصحح رهن المشاع. (بستان).

(*) على قولنا بمنع رهن المشاع لا على قول المخالف.

(٥) وفي البحر: لتعذر كمال القبض فيها.

كان الزرع قد استحصد صح رهن الأرض (١) من دونه، والعكس (٢).

مسألة: وإذا رهن الأرض وزرعها ثم استحصد ووجب فيه العشر فإنه يبطل الرهن (٣)؛ لمشاركة الفقراء فيه على القول بأن زكاته تعلق بعينه، لا على القول بأن العين والجنس سواء، وأما في السائمة ومال التجارة إذا وجبت فيه الزكاة فلا يبطل الرهن؛ لأن الزكاة لا تعلق بعينه (٤)، بل يجزي إخراجها من الجنس، فلم يقع فيه المشاركة والشياع حقيقة. ولا يقال: إن المرتهن يضمن العشر وإنه تلف تحت يده باستحقاق الفقراء له؛ لأنه يصير إلى الراهن عوض عنه، وهو الإجزاء عن الزكاة بعد إخراج (٥).

مسألة: وإذا رهن المغصوب من غاصبه صح وبرئ من ضمان الغصب (٦)

(١) يعني: لو عقد الرهن كذلك، كأن يقول: قد رهنتك الأرض متى حصدت زرعها؛ لأن الرهن يصح تعليقه بالشرط. (صعيتري). وهذا هو المختار، وأن المراد بذلك بعد القطع.
(٢) يعني: بشرط القطع.
(٣) إلا أن يكون مع الراهن زرع غير هذا على صفته لم يفسد؛ لأنه لا يتعين من هذا الزرع. (صعيتري).

(*) فيخرج عن الرهنية لا الضمان.

(٤) بل تعلق بعينه، لكن الوجه جواز الإخراج من الجنس.

(*) الأولى في التعليل كلام الصعيتري بأنه يجوز إخراج الجنس عند الجميع.

(*) ومثل كلام الكتاب في شرح الصعيتري إلا أنه قال: والأولى إخراج الجنس عند الجميع، وقيل: لا فرق؛ لأن الزكاة تعلق بالعين وإن جاز العدول إلى الجنس؛ ولهذا منعت الزكاة، كذا قرر. (هبل، ومفتي). إن قيل: قد قالوا: يدخل الزرع والثمر في مطلق الرهن، فهلا قالوا هنا: تعلق بغير العين؛ لثلا يفسد الرهن، ينظر. (عن إملاء السيد الشامي).

(٥) فما يقال في الغاصب؟ لعله مثله. (قرن).

(*) في الزرع فقط.

(٦) بنفس العقد.

وصار مضموناً ضمان الرهن^(١). وقال الشافعي: يبقى ضمان الغصب. والفرق بين الضمانين في أحد عشر وجهاً: أن ضمان الرهن مختلف فيه، وأنه بأوفر القيم من وقت الرهن إلى وقت التلف، وأن الفوائد فيه مضمونة، وأنه لا يجب فيه أجرة إذا لم ينتفع به، وأنه إذا غصبه الراهن عليه لزمه رده إليه، وأن من غصبه عليه ثم رده إليه برئ، وأنه إذا أتلغه الراهن أو جنى عليه لزمه الضمان ويكون رهناً، وأن مؤنته على الراهن، وأنه إذا أنفق عليه المرتهن عند غيبة الراهن^(٢) رجع عليه^(٣)، وأن ضمان جنائته على الراهن إن كان عبداً أو أمة، وإن كان حيواناً فعلى من يلزمه حفظه^(٤) إذا فرط في حفظه، وأنه إذا أبرئ المرتهن من ضمان الرهن لم يبرأ. وضمان الغصب على العكس من ذلك كله.

مسألة: وفي رهن المصحف والعبد المسلم من كافر وجهان^(٥)، رجع الإمام يحيى الصحة، ويعدل مع مسلم^(٦).

(١) مع تجديده قبضه، ذكره في المرشد. (زهور). ومعناه في البستان.

(*) من الحال. (تذكرة). هذا ذكره الفقيه حسن، وهو ظاهر إطلاق أهل المذهب. وقال في المرشد: لا يضمه ضمان الرهن حتى يجدد قبضه، وهو قوي. (كواكب) (قرر).

(٢) أو إعساره أو تمرده. اهـ وفي حاشية: مجرد الإعسار لا يكفي، بل لا بد من الإذن أو الغيبة أو التمرد.

(٣) مع نية الرجوع كما تقدم في الشريك.

(*) وحيث له الرجوع دخل مع الدين إن نواه.

(٤) وهو الراهن إذا كان حاضراً، وإن غاب فعلى المرتهن مع علمه بأنه عقور. وعلى قول أبي طالب أن حفظه بالليل على المرتهن، فإذا فرط في حفظه بالليل فجنائته فيه عليه. (كواكب معني).

(٥) المختار أنه يصح الرهن في العبد المسلم لا في المصحف، كذا قرر. وفي الغيث: قلت: والأقرب عدم الجواز. وهكذا في الكواكب.

(٦) والمختار أنه لا يصح فيهما؛ لأن يد العدل يد المرتهن. (سماع سحولي). أما العبد فهو

مسألة: وما حصل من فوائد الرهن الأصلية والفرعية فهو رهن مضمون^(١) كضمانه، إلا ما اكتسبه العبد المرهون من صيد أو إحياء أو ركاز أو ما وهب له أو أوصي له به^(٢) فهو لسيدته؛ لأنه ليس من نفس الرهن، ذكره أبو طالب. وعند الناصر والشافعي أن فوائد الرهن للراهن. وعند القاسم وأبي حنيفة أنها تكون رهناً، ولا يضمنها المرتهن.

فرع: وهذا بخلاف فوائد المبيع فلا يضمنها البائع؛ لأن المبيع غير مضمون حقيقة، ولكن يبطل البيع بتلفه قبل قبضه فيرد الثمن، وبخلاف فوائد الرقبة المؤجرة فلا تدخل في الإجارة؛ لأن حق المستأجر إنما هو في المنفعة لا في أصل الرقبة، وبخلاف فوائد الأمانة الجانية فلا يتعلق بها حق المجني عليه؛ لأن حقه في الأمانة غير مستقر^(٣)؛ بدليل أن لسيدتها رفعه عنها بالتزامه بالأرث، وليس كذلك الرهن^(٤).

يصح بيعه فينظر في المنع، ولعل كون موضوع الرهن استمرار القبض، وهو ممنوع من ذلك، فيفسد، بخلاف البيع فيصح ويكلف البيع كما مر.

(١) ينظر هل يشترط القبض في الفوائد في الضمان أو يكتفى بقبض العين كما في المعيار؟ وفي شرح الفتح والكواكب الاشتراط. وقيل: إن الفرعية بعد القبض، والأصلية مطلقاً فيما عدا ما يلزم المستعمل أو الواطئ للأمانة البكر المرهونة حيث يجب المهر فبعد قبضه^[١]. (عامر).

(٢) سيأتي في النذر حيث نذر بما يكتسبه أنها لا تكون من الكسب فابحث. (سماع سيدنا علي). الفرع السادس قبل كتاب الضالة.

(٣) إلا حيث يجب القصاص فمستقر. (مفتي). إن قيل: القصاص غير مستقر؛ لجواز عدول المستحق إلى الأرث، وهما أصلان أيضاً على المختار، وإن كان الاختيار في هذه إلى المجني عليه، وحيث لا قصاص إلى السيد - فالظاهر أنه ليس بفارق. (شامي)^[٢].

(٤) في (ب، ج، د): في الرهن.

[١] لأنه في الذمة.

[٢] هذه الحاشية مقررّة في هامش (د).

فروع: فلو تزوجت الأمة المرهونة بغير إذن سيدها من حر^(١) وأوهمته أنها حرة، وولدت له أولاداً - فلا حق للمرتهن فيهم؛ لأنهم أحرار^(٢)، ذكره في التقرير.

فروع: وإذا بيع شيء من فوائد الرهن عند خشية فساده أو بتراضي الراهن والمرتهن فثمنه رهن مع الأصل^(٣).

مسألة: ومؤن الرهن وما يحتاج إليه من كسوة ونفقة وعلف وغيره على الراهن، وكذا حفظه وموضع حفظه بالليل والنهار، وأجرة من يراعه أو يجرسه أو يسقيه أو يداويه. وقال أبو طالب وأبو جعفر: إن حفظه بالليل وموضع حفظه فيه على المرتهن.

فروع: فإن أنفق^(٤) المرتهن على الرهن في شيء مما مر فباذن الراهن يرجع عليه بالمعتاد مطلقاً^(٥)، وبغير إذنه فيه التفصيل الذي تقدم في^(٦) الشريك إذا نوى الرجوع^(٧).

(١) أو عبد.

(٢) وأما الزوج فتلزمه قيمة الأولاد، لكن قد قالوا: وعليه قيمته إن سلمت بجنايتها، وتسليمها هنا متعذر بحق المرتهن؛ فيحتمل أن يعتبر تمكن المالك من الإيفاء أو الإبدال لبطلان رهنها. (هبل) (قرر).

(٣) بعد قبضه. اهـ باذن الراهن، أو الحاكم لغيبه الراهن أو تمرده. اهـ لا يحتاج إلى إذن، وهو ظاهر الأزهار.

(٤) أي: فعل؛ ليدخل الجدار المائل ونحوه.

(٥) «مطلقاً» ساقط من (ج، د).

(*) سواء نوى الرجوع أم لا.

(٦) ويقبل قوله في قدر المعتاد من النفقة، لا في قدر المدة فالبينة عليه فيها، أي: في قدرها. (قرر).

(*) في آخر النفقات قبل باب الرضاع بمسألتين.

(٧) وقيل: له الرجوع ما لم ينو التبرع.

فروع: وإذا كان ترك الحليب في ضرع الحيوان يضره ولم يجلبه الراهن فإنه يجلبه المرتهن ويحفظ اللبن، وإن خشي فساده باعه وحفظ ثمنه رهناً معه، فإن لم يمكنه بيعه وخشي فساده فعليه تسليمه إلى الراهن إن حضر، وإن غاب انتفع به^(١) وضمنه، وله أجرته إذا نواها كما مر.

مسألة: والرهن في يد المرتهن كالوديعة^(٢)، بمعنى أنه لا ينتفع به في وجهه قط، وأنه لا يلزمه رده^(٣)، وإلا فهو يخالفها في أن إمساكه حق له، وأنه مضمون عليه بأي وجه تلف^(٤)، وكذا ما وقع فيه من نقصان أو جناية من آدمي أو سبع

(١) ولو أمكنه التصديق؛ لأنه مضمون عليه، بخلاف الوديعة كما يأتي. ومثله عن خط حثيث. (*). وإن لم ينتفع به تصديق به، وإلا ضمن ضمانين أحدهما للمالك والآخر للفقراء. (تهامي). والذي يأتي على قواعد المذهب أنه لا يضمن إلا قيمة واحدة للمالك. (٢) إلا أن المرتهن يطالب من أتلفه بعوضه، ففي القيمي قيمته، وفي المثلي مثله، بخلاف الوديعة، وإلا في أنه يرده إلى موضع الابتداء، بخلاف الوديعة. (شرح فتح معني) (قرر). (٣) إذا كان المالك في غير موضع القبض. (كواكب). ومثله في الأزهار في باب القرض. أو يحمل البيان هنا على أنه قبل خروجه عن الرهنية، فيحبسه المرتهن ولا يجب عليه رده. (قرر). (*). هذا مخالف لما تقدم في الأزهار والتذكرة في باب القرض من أنه يجب الرد إلى موضع الابتداء، ومثله عن بيان السحامي، لكنه موافق لقولهم في الرهن: وهو كالوديعة إلا في جواز الحبس، فيحمل ما ذكره في القرض على أنه أراد الرد قبل خروجه عن الضمان، وما ذكره في الرهن أنه أراد بعد خروجه عن الضمان. وقد نص في البحر على أنه لا يجب ضمانه بعد الإيفاء؛ لأنه قد صار أمانة، وذكره في الكواكب في شرح قوله: وهو كالوديعة، قال: يعني في حكمين، وهما عدم الانتفاع، وعدم وجوب الرد إلى المالك حيث هو غائب عن موضع القبض.

(٤) يعني: ولو مات حتف أنفه.

(*). روى عطاء أن رجلاً رهن فرساً بهال عليه فنفق عليه في يد المرتهن، فقال له صلى الله عليه وآله وسلم: ((ذهب حقل)). (غيث). قوله: « فنفق » هو بكسر الفاء، ذكره في الضياء، أي: هلك.

أو بهيمة أو غير ذلك. قال الفقيه يوسف: وإذا هزل فلعله على الخلاف كما في المغصوب^(١). وعند الناصر والشافعي: أن الرهن غير مضمون على المرتهن ولو شرط عليه ضمانه. وقال القاسم وأبو حنيفة: إنه يضمن منه قدر الدين، لا ما زاد عليه.

مسألة: وإذا انتفع المرتهن بالرهن لزمته أجرته لمدة الانتفاع، لا لما أمسكه بعد الانتفاع؛ لأنه يمسكه بحق. فإن أذن له الراهن بالانتفاع أو أباحه له أو نذر عليه بمنافعه فإن كان ذلك لأجل إنظاره بالدين فهو ربا لا يجوز ولا يصح، وتجب الأجرة^(٢)، وإن كان ذلك تبرعاً منه لا في مقابلة الدين جاز ولا شيء عليه. وكذا لو باع من عليه الدين من غريمه شيئاً وحاباه في ثمنه لأجل الدين كانت المحاباة ربا^(٣) ولم يصح البيع.

فرع: وإذا كان الدين من أحد النقدين سقط منه قدر الأجرة؛ إذ لا تجب الأجرة إلا منهما على التخيير، فيقع القصاص قبل يختار الراهن أحدهما^(٤)؛ فلو

وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ذهب حقك)) ظاهره أن الدين يسقط بتلف الرهن سواء كان مثل قيمة الرهن أو أقل أو أكثر، كما قال الحسن والشعبي وشريح: إنه لو رهن خاتماً من حديد في ألف فهلك الخاتم بطل الألف. لكنه متأول عندنا على أن الدين مثل قيمته أو أقل. (بستان بلفظه).

(١) المذهب أنه يضمن ما بين القيمتين، وسيأتي الخلاف في قوله: قيل: والهزال ونحوهما في الباقي.

(٢) إذا انتفع.

(٣) بل رشوة. (من خط الأضرعي). ومثله عن حثيث، حيث قال: بل رشوة تحرم ويصح البيع.

(٤) الذي في الكواكب أن الخيار للمرتهن. ومثله في تعليق الدواري وفي الزهور عن الفقيه يحيى البحيح: أن الخيار للمرتهن. وهما واجبان معاً قبل الدفع على البذل؛ فلذا حصلت المساقطة. (تكميل).

كانت الأجرة بقدر الدين سقط الدين وبطل الرهن، ويبقى في يد المرتهن مضموناً عليه عند أبي طالب لا عند المؤيد بالله مثل ما إذا قبض دينه، وإن كانت الأجرة أكثر من الدين وجب الزائد للراهن.

مسألة: وإن أكرى المرتهن الرهن من غيره بغير إذن الراهن فله قبض الكراء، وهو أجرة المثل^(١)، ويمسكه معه رهناً، كما يطلب الأجرة ممن غصبه، وللمالك مطالبة أيهما شاء بالكراء ثم يسلمه إلى المرتهن، ويكون رهناً مع الأصل، وإن تلف معه أو تلف الأصل ضمنه، ويقاص الدين إذا كانت القيمة من جنسه، وإن كانت من غير جنسه قبضها الراهن منه ثم يردها إليه رهناً، قال الفقيه يحيى البحيح: وإن قبضها هو من نفسه^(٢) وتركها معه رهناً صح كما يقبضها من غيره.

فرع: وإذا تلف الرهن أو فوائده مع المرتهن بجناية كان الراهن مخيراً بين تضمينه ضمان الجناية أو ضمان الرهن^(٣)، وقال الفقيه يوسف: إنه يجب الأكثر من الضمانين.

(١) إن لم يجز، وإن أجاز فالمسمى.

(*) ظاهره ولو لم يأذن له الراهن؛ لأن له ولاية. (سحولي) (قررد). وفي شرح الفتح: لا بد من الإذن.

(٢) ظاهره أن له ولاية القبض^[١] ويصير رهناً وإن لم يأذن له الراهن. (قررد). وقيل: لا بد من الإذن. (عامر).

(٣) وظاهر الأزهار أنه يتحتم ضمان الجناية إن أتلّف، والذي أحقّه في الحفيظ وتعليق الفقيه علي وأحد كلامي التذكرة وقرره في شروحا أن الراهن مخير بين ضمان الرهن وضمان الجناية، وقرره المؤلف؛ لوجود سبب كل واحد منهما، وقرره السيد، والله أعلم.

(*) وسواء جنى هو أو غيره، فإن كان هو الجاني فظاهر، وإن كان غيره فإن رجوع عليه الراهن فقرار الضمان عليه، وإن رجوع على المرتهن رجوع على الجاني. (قررد).

[١] وهو ظاهر الأزهار في قوله: وعلى مستعمله منها... إلخ. والله أعلم.

والفرق بينهما من وجوه سبعة: أن ضمان الجناية مجمع عليه، وأنه يلزم العاقلة^(١) إذا كان الرهن عبداً وكانت الجناية عليه خطأ، وضمن الرهن على المرتهن. وأنه مقدر في الجناية على العبد كما في الحر^(٢)، وضمن الرهن هو ما نقص من قيمته فقط. وأنه لا يزداد في قيمة العبد على دية الحر، وفي ضمان الرهن بالغة ما بلغت؛ لأنه ضمان مال. وأنه يعتبر في الجناية بقيمته وقتها، وفي ضمان الرهن بأوفر القيم من وقت الرهن إلى وقت التلف. وهكذا فيما يضمنه الأجير المشترك^(٣). وأنه إذا كان الرهن إكليلاً مرهوناً في جنسه فانشدخ ولم ينقص وزنه، بل نقصت قيمته - فإن كان بجناية وجب أرشه، وإن كان بغير جناية لم يجب شيء^(٤). وأن ضمان الرهن يقاص الدين بغير تراض، وضمن الجناية مختلف فيه، فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يقاص عندنا^(٥)، وقال في التقرير والفقيه محمد بن يحيى: لا يقاص إلا بتراضيهما.

مسألة: وإذا أكرى المرتهن الرهن بإذن الراهن فإن كان مرادهما ليكون

- (١) المختار أن العاقلة لا تحمل ما جنى على العبد كما ذكره في الأزهار، وإنما المراد الفرق في الأصل، وهو أن ضمان الجناية من أصله تحمله العاقلة، بخلاف ضمان الرهن.
- (٢) ففي اليد نصف القيمة ونحو ذلك.
- (٣) وفي البحر: يوم التلف. وقيل: يوم القبض.
- (*) لعله أراد أن الأجير لو جنى على الحيوان فقتله اعتبر في الجناية بقيمته وقتها، وفي ضمانه لأجل الإجارة بأوفر القيم من وقت عقد الإجارة إلى وقت التلف. (بستان).
- (٤) هذا كلام السادة وأبي حنيفة، وقرره الأزهار، وعللوا ذلك بأنه يكون ربا، وقد نظره الفقيه علي وقال: القياس أنه يضمن؛ لأن الضمان ليس من عقود الربا. واختاره المؤلف كما أفهمه الغيث فيما يأتي. (شرح فتح). في كتاب الغصب، ومثله في البحر والصعيتري، فيضمن من غير جنسه، فليطالع، ذكر ذلك كله في شرح الفتح.
- (٥) بعد اختيار الجاني للنقود؛ لئلا يؤدي إلى بطلان خياره. يقال: قد قلت في الأجرة: إنها تساقط مطلقاً، وإنه قد وقع قبل اختيار أحد التقدين، فكذا هنا، فينظر. (إملاء شامي).

الكراء للراهن بطل الرهن^(١)، وإن كان مرادهما ليكون الكراء رهناً مع الأصل لم يبطل الرهن^(٢)، ويخرج عن ضمان المرتهن ما دام في يد المكثري، ذكره في شرح الإبانة. وقال أبو حنيفة: يبطل الرهن^(٣).

مسألة: وإذا زرع المرتهن الأرض المرهونة بإذن الراهن ببذر منه كان الزرع له، وعليه أجره الأرض^(٤)، ويسقط من الدين بقدرها، إلا حيث الدين من غير النقدين فتكون الأجرة رهناً^(٥) معه بعد قبض الراهن لها، أو بعد قبضه لها من نفسه. وهذا إذا شرط أجرتها أو كان يعتادها أو كان ذلك في مقابلة الدين^(٦). وإن كان البذر رهناً^(٧) فالزرع رهن مع الأرض^(٨)، ولا كراء لها، خلاف

(١) وقيل: لا يبطل الرهن، وإذا تمت الإجارة عاد رهناً، ويخرج عن الضمان في مدة الإجارة.

(٢) كما إذا باعه ليصيره رهناً.

(٣) لخروجه عن يد المرتهن. قلنا: يبطل الضمان فقط [في مدة الإجارة] لا الرهن. (بستان).

(٤) ولو شرط عدمها. (مفتي).

(*) وفي الغيث: لا أجره؛ لأنه مأذون. وهو ظاهر الأزهار في قوله: إلا بإذن الآخر.

(٥) وقال أبو طالب: لا تصير رهناً. (شرح أزهار). قلت: وهو ظاهر الأزهار حيث قال:

وعلى مستعمله منها لا بإذن الآخر الأجرة وتصير رهناً. فمهومه فأما إذا أذن فلا، وهذا

ما لم يكن لأجل الدين، ويحتمل أن يقال: قد فهم من قوله: وكل فوائده رهن مضمون.

(مفتي).

(٦) فلا تصح الإباحة؛ لأنه ربا؛ فتجب الأجرة. (قررد).

(٧) كأن يرهن الزرع مع الأرض ثم حصده ولم تجب فيه الزكاة ثم بذره.

(٨) قال في الزهور: هذا مبني على ثلاثة أصول: الأول: أن الزرع ببذر مرهون، الثاني: أنه

زرع بإذن الراهن، الثالث: أن الزكاة لم تجب فيه؛ إذا بطل الرهن لمشاركة الفقراء.

(*) وهل يرجع بأجرة عمله؟ قياس ما تقدم في الحلب أنه يرجع إن نوى الرجوع، فكذا هنا.

(قررد).

الفقيه حسن^(١).

وإن كان البذر من الراهن فالزرع له^(٢)، وللمرتهن أجرته إن شرطها أو كان يعتادها، ذكره الفقيهان يحيى البحيح وحسن، وقال في الشرح والتقرير واللمع والقمر المنير والكافي: إن الزرع يكون رهناً مع الأرض.

فرع: وإن زرعها بغير إذن الراهن فإن كان البذر منه فالزرع له^(٣)، وعليه أجره الأرض تكون رهناً معها بعد قبضها كما مر إن كانت من غير جنس الدين، وإن كانت من جنسه وقع القصاص.

وإن كان البذر رهناً فالزرع له^(٤)، وعليه مثل البذر وأجرة الأرض رهناً^(٥) كما مر. وعلى قول المؤيد بالله يكون الزرع رهناً^(٦).

وإن كان البذر للراهن فالزرع للمرتهن، وعليه مثل البذر للراهن، وأجرة الأرض تكون رهناً كما مر، وما نقص من قيمة الأرض أيضاً إن نقصت في الوجوه كلها، لكنه يقاص الدين أو يكون رهناً^(٧). وعلى قول المؤيد بالله الزرع للراهن ولا شيء للمرتهن، وهل تلزمه أجره الأرض^(٨)؟ قال الفقيه حسن: تلزمه^(٩)

(١) قلنا: المنافع عادت إلى الراهن. (بستان).

(٢) ولا يكون رهناً، ولا كراء للأرض.

(٣) وهل يلزم المرتهن قلعه إذا طلب ذلك الراهن؟ (تهامي). في هامش بيان حثيث: يقلعه.

(٤) لأنه استهلكه بالبذر.

(٥) حيث لم تكن من جنس الدين. (قروي).

(٦) لأن البذر ليس باستهلاك عنده، ولا أجره عليه؛ لأنه بغير فعله. (بستان).

(٧) حيث لم يكن من جنس الدين.

(٨) الذي يأتي على أصل المؤيد بالله ما قاله الفقيه يوسف؛ لأن من أصله أن الأجرة فيها وضع

بتعدُّ على المالك لا على الواضع.

(٩) قوي على أصل المؤيد بالله.

وتكون رهناً، وقال الفقيه يوسف: لا تلزمه؛ لأن المنفعة صارت للراهن، وهو الزرع، كما ذكره أبو العباس فيمن أكره عبد غيره على قطع شجر مباح أنه يكون الشجر لسيد العبد، ولم يوجب أجره العبد^(١).

مسألة: من رهن ثوباً في عشرة دراهم، ثم رهنه المرتهن مع غيره في خمسة عشر درهماً أو باعه بها وهرب^(٢) - فإن الحاكم يحكم بالثوب للراهن، ويسلم العشرة التي عليه للمرتهن إذا هي حالة للمرتهن الآخر، ويسلم له الخمسة الآخرة من مال المرتهن الأول إن كان له مال، وإلا كانت ديناً في ذمته، وذلك حكم على الغائب إذا كانت غيبته مما يجوز فيها الحكم عليه. ولا يثبت دين المرتهن الآخر إلا بينة وحكم أو بعلم الحاكم. وقد بطل الرهن في هذه المسألة^(٣) لا الضمان؛ ولعل الوجه كون المرتهن قد أخرجه عن يده على وجه الانسلاخ منه والترك له فكان فسخاً له^(٤)؛ لأن له فسخ الرهن متى شاء، بخلاف ما إذا أجر الرهن أو أعاره غيره فلا يبطل الرهن؛ لأنه لم ينسلخ عنه.

مسألة: وليس للراهن أخذ الرهن من يد المرتهن ولا أن ينتفع به بوجه حتى يوفي دين المرتهن أو يرضى له بذلك، فإن فعل لزمته أجرته، وتكون رهناً معه. ولا له أن يتصرف فيه ببيع أو هبة أو نذر أو وصية أو وقف أو قسمة أو إجارة أو

(١) وظاهر الأزهار وكلام أهل المذهب لزوم أجره المكره مطلقاً ولو كان العمل لنفسه، وكذا تجب أجره العبد إذا استعمل في غير المعتاد مطلقاً. (شامي) (قررو).

(٢) يعني: المرتهن الأول.

(٣) يعني: بإخراج المرتهن له عن يده بما صورته يوجب القبض لو صح. (بستان).

(٤) المختار أنه لا يتم الفسخ إلا في وجه الراهن أو علمه بكتاب أو رسول كما ذكره الإمام المهدي عليه السلام في آخر الحاصل في شرح الأزهار على قوله: وزوال القبض بغير فعله. (قررو). ولفظه في شرح الأزهار: فأما إذا كان زوال القبض بفعل المرتهن نحو أن يهبه أو يرهنه أو يبيعه لا بإذن الراهن فإنه لا يخرج بذلك عن الرهنية والضمان.

تزويج الأمة أو نحو ذلك، بل يكون ذلك موقوفاً على إجازة المرتهن أو فك الرهن. وأما تزويج العبد فقال في البحر: كذا أيضاً^(١)، وقال الإمام يحيى والفقهاء يوسف: بل يصح؛ لأنه لا يمنع المرتهن من حقه.

وله أن يختنه وأن يداويه، فإن كان مما يخشى عليه منه كقطع اليد المتأكلة احتاج إلى إذن المرتهن. وله أن ينزي على الفرس^(٢). وليس له وطء الأمة^(٣)، فإن فعل أثم، وفي وجوب المهر عليه ويكون رهناً معها وجهان^(٤)، ويضمن ما نقص من قيمتها ويكون رهناً، وتكون أم ولد له، لكن للمرتهن حبسها. فلو كان أذن له المرتهن في الوطاء جاز ولم يضمن شيئاً. وإذا حبلت بطل الرهن مطلقاً^(٥)، ذكره في التمهيد.

مسألة: وله^(٦) أن يتتبع بالإبل المرهونة ونحوها إذا أجدب موضعها إلى موضع آخر، ويأمر المرتهن من يقبضها له بالليل^(٧)، فإن لم يتتبع بها كان

(١) قال المهدي عليه السلام: لأنه يضعفه. وقال الإمام يحيى: يصح؛ إذ لا ضرر على المرتهن في تزويجه، ولا يخرج عن قبضه، بخلاف الأمة؛ لتجويز موتها بالولادة. (بستان).

(٢) وأما بالذكر فليس له ذلك؛ لأنه يضعفه. (بحر). خلاف ما في الزهور.

(*) إذ لا ضرر على المرتهن.

(٣) مطلقاً. وقيل: إذا كانت ممن يجبل، وإن كانت ممن لا يجبل جاز.

(٤) رجح الإمام يحيى عدم الوجوب؛ لأن منافعها له، ورجح الإمام المهدي عليه السلام الوجوب كالأجرة، ويكون رهناً. (بستان). وقواه في البحر.

(٥) وأما حق الحبس فباق له. (صعيتري) (قررو).

(*) سواء كان بإذن المرتهن أم لا.

(٦) يعني: الراهن.

(٧) لفظ الغيث: قلت: وكلام الإمام يحيى مبني على كلام الشافعي. (بلفظه). ولفظ الصعيتري: وقال الشافعي: يجوز للراهن الاستخدام والمؤاجرة والركوب، ويأوي الليل إلى المرتهن أو العدل. (بلفظه).

للمرتهن أن يتتبع بها، وإن اختلفا إلى أي موضع قدم قول الراهن؛ لأنه المالك لها.

مسألة: وإذا كاتب الراهن العبد فإن كان الدين حالاً فليس على المرتهن انتظار مال الكتابة، بل إن كان الراهن موسراً لزمه فكه وتصح الكتابة، وإن كان معسراً بيع بالدين وبطلت الكتابة^(١). وإن كان الدين مؤجلاً فإن كاتبه بقدر الدين فمتى سلم مالها أخذه المرتهن بدينه^(٢) وصح العتق، وإن كاتبه بأقل فإن لم يكن في قيمته فضل عن الدين لم يعتق^(٣) بتسليم مالها حتى يفك من الرهن، وإن كانت قيمته أكثر من^(٤) الدين عتق بتسليم مالها^(٥)، وللمرتهن حبسه حتى يسلم

==

(*) يستقيم على قول أبي طالب وأبي جعفر: إن موضع الليل على المرتهن كما تقدم في المسألة التاسعة قبل هذه. والمذهب خلافه.

(١) يعني: بنفس البيع، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة قبل البيع، بل يكون البيع فسخاً لها وبيعاً. (قرر).

(*) لأن الكتابة يطرأ عليها الفسخ وتنقض لأجل الحق الواجب، كما إذا عجز العبد عن السعاية بهال الكتابة فكذا هنا؛ لأن حق المرتهن يتعلق برقبته. (صعيتري).

(٢) عند حلول أجله^[١]. (كواكب) (قرر). وقبله يكون رهناً معه. (قرر).

(٣) بل يعتق بالسعاية، كما لو أعتقه ولا فضل في قيمته على الدين فالعتق بالسعاية، ويحتمل أنه يرجع هنا، بخلاف العبد؛ لأن كسب المكاتب لنفسه. (رياض). والثاني: لا يرجع؛ لأنه سعى وهو مملوك لسيده، وعلى الجملة فحكمه بعد تسليم مال الكتابة حكم عتق العبد المرهون، ذكر معناه في التفريعات. (صعيتري لفظاً). لكنه في العتق لا يرجع بما سعى على الراهن، وفي الكتابة يرجع؛ لأن كسب المكاتب له، ذكره الفقيه يوسف. (كواكب).

(٤) وصورة المسألة أن تكون قيمة العبد خمسمائة، والدين أربعمائة، وكاتبه بثلاثمائة. (صعيتري).

(٥) لأجل ما في رقبته من الزيادة على حق المرتهن، ويبقى للمرتهن حق الحبس كما ذكره أبو طالب فيما إذا أعتقه وفي قيمته فضل، وله أن يسعى في بقية الدين ويرجع بما سعى. (صعيتري لفظاً).

[١] وقيل: ولو قبل حل الأجل.

له زائد الدين من الراهن إن كان موسراً أو معسراً يمكنه التكسب، فيتكسب الزائد ويستفكه به، وإن لم يمكنه سعى فيه العبد، وله الرجوع به على سيده متى أمكنه إذا نواه^(١)؛ لأنه لزمه بعد العتق.

مسألة: وإذا زرع الراهن الأرض بإذن المرتهن فإن كان ببذر منه فالزرع له، ولا أجره عليه، ويكون الزرع رهناً^(٢) خلاف الفقهاء يحمي البحيح وحسن كما مر. وإن كان ببذر مرهون كان الزرع رهناً مع الأرض، ولا يضمهما المرتهن حتى يقبضهما^(٣). وإن كان ببذر من المرتهن فالزرع له، ولا أجره عليه للراهن ولا للأرض إن فعل الراهن ذلك تبرعاً، وإن فعله بالأجرة أو كان يعتادها أو كان في مقابلة الإنظار بالدين وجبت أجره الراهن له، وأجره الأرض رهناً معها بعد قبضها كما مر.

فروع: وإن زرعها بغير إذن المرتهن فإن كان ببذره فالزرع له، ويكون رهناً مع الأرض، وقال الفقهاء يحمي البحيح وحسن: لا يكون رهناً، بل عليه أجره الأرض تكون رهناً معها، ولا يضمهما المرتهن إلا بعد قبضها. وقال الناصر: لا تلزمه أجرتها^(٤).

(١) وقيل: يرجع ما لم ينو التبرع.

(٢) يعني على قول الشرح والتقرير واللمع والقمر المنير والكافي. (بستان).

(٣) لأنهما في يد الراهن، وهذه حيلة في سقوط الضمان عن المرتهن، أعني أن يقبض الرهن ثم يعيده إلى مالكة عارية أو ودیعة. (غيث).

(*) ولا يحتاج إلى إذن الراهن.

(*) لأنه يخرج عن الرهنية بمصيره إلى الراهن.

(٤) وذلك لأنه لا يلزمه كراء لملك نفسه، ومثله عن أبي جعفر. قلنا: إتلاف المنافع كإتلاف

الأعيان. (بستان).

وكذا لو غرس في الأرض فلا يقلع^(١)، بل يبقى بالأجرة^(٢)، وتكون رهناً. وإن كان زرعها ببذر مرهون فالزرع رهن^(٣)، ولا يجب كراء الأرض، وقال الفقيه حسن: بل يجب^(٤). وكذا لو نبت^(٥) فيها زرع^(٦) بغير إنبات وكان بذره يتسامح به^(٧).

(١) إذ يمكن الإيفاء من دونه. (بحر). أي: من دون القلع، وذلك بأن يقضي الراهن الدين من غير ثمن الأرض، أو بأن يكون ثمنها يفي بالدين، فلا يجوز الإضرار بالراهن بالقلع لضرر غير متحقق. فإن كان الغرس قد نقص الأرض حتى صارت قيمتها لا تفي بالدين خير الراهن عند حلول الدين بين قلع الغروس وإعادة الأرض كما كانت وتباع للمرتن وبين بيع الأرض والغروس ويسلم للمرتن قيمة الأرض قبل الغرس. (شرح بحر).

(٢) قياس الأصول القلع إن لم يرض المرتن ببقائه، وكذا الزرع. (حثيث ومفتي وإبراهيم بن مسعود في جواب). وهو ظاهر الأزهار في قوله: فإن فعل نقض إلا ما استثني. (ينعي). وقرره الشامي. قرر البيان كما في الغيث في الزرع.

(*) ينظر لم لا يفسد الرهن؛ لأنه في المنبت دون النبات؟ يقال: ليس كذلك؛ لأن النبات طارئ بعد الرهن.

(*) فيكون رهناً على المختار، وفي الأجرة الخلاف بعد الطلب، المختار عدمها. اهـ والظاهر وجوبها.

(٣) بل يكون له، وعليه مثله يكون رهناً عوض البذر. (ذماري). يحقق.

(*) هذا يستقيم على كلام المؤيد بالله، وأما على المذهب فقد استهلكه فالزرع له، وعليه مثل البذر رهناً، وكذا الأجرة. (عامر) (قرر). يحقق؛ فالبذر ملكه ولا يتصور استهلاكه. ويمكن أن يقال: وإن كان ملكه ففيه حق للغير فأشبهه ملك غيره.

(٤) وعليه الأزهار في قوله: وعلى مستعمله منها لا بإذن الآخر الأجرة.

(٥) والظاهر أنه يستقيم؛ لأنه من الفوائد الأصلية كما تقدم في موضعه، ولا يلزمه قلعه لو طلب؛ هذه العلة.

(٦) يعني: فيكون الزرع رهناً، ولكن لا أجرة هنا؛ إذ لا فعل للراهن.

(٧) فإن لم يتسامح به فهو لملكه، وعليه أجرة الأرض بعد المطالبة، وتكون رهناً. (قرر).

(*) يعني يكون رهناً؛ لأنه من الفوائد.

وإن كان زرعه يبذر من المرتهن فقد ملكه الراهن، وفيه الخلاف الأول هل يكون الزرع رهناً أم لا كما مر^(١)، وعليه مثل البذر للمرتهن. وعلى قول المؤيد بالله الزرع للمرتهن ولا أجره عليه.

مسألة: وإذا أعتق الراهن العبد المرهون^(٢) بغير إذن المرتهن فقال في المنتخب وأحد قولي الناصر: لا يصح مطلقاً^(٣)، قال أبو طالب: يعني يكون موقوفاً على فكه من الرهن. وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: يصح مطلقاً^(٤)؛ لأن للعتق قوة، بخلاف غيره، فإن كان موسراً سلم الدين أو أبدله برهن آخر - إذا رضي به المرتهن - إلى قدر قيمة العبد، لا أكثر منه فلا يجب، وإن كان معسراً سعى العبد إلى قدر قيمته فقط ورجع على سيده إذا نواه. وقال أبو طالب: إن كانت قيمة العبد^(٥) أكثر من الدين^(٦) صح العتق^(٧)، وبقي للمرتهن فيه حق

(١) لا يكون رهناً، وتلزم الأجرة، وهو كلام البيان.

(*) فيكون رهناً على قول الشرح ومن معه، خلاف الفقهاء يحنى البحيح وحسن. وعلى قول المؤيد بالله الزرع للمرتهن؛ لأن البذر ليس باستهلاك عنده، ولا أجره عليه؛ لأنه بغير فعله. (بستان).

(٢) أو أقر بعتقه من قبل الرهن.

(٣) يعني: ولو كانت قيمة العبد أكثر من الدين؛ لأن العتق معنى تبطل به الوثيقة من غير الرهن فلم يصح من الراهن، كالبيع، ولأن حق المرتهن متعلق بمحلين: ذمة الراهن وعين الرهن، فلا يجوز تحويله من عين الرهن كما لا يجوز تحويله من ذمته إلى ذمة غيره بغير رضا المرتهن. (بستان).

(٤) سواء كان في قيمته زيادة أم لا.

(٥) حال العتق؛ لأنه يتناول العتق تلك الزيادة ثم يسري إلى الباقي. (شرح فتح).

(٦) إن قيل: حق المرتهن متعلق برقبته مطلقاً: سواء كان في قيمته زيادة أم لا، فما وجه وقوع العتق [١]؟ يحقق الوجه، وهذا يناسب قول القاسم وأبي حنيفة: إنه لا يضمن من القيمة إلا قدر الدين فينظر. (شامي).

(٧) في الحال. (قررو). وأجزاه عن الكفارة.

[١] يقال: العتق لأجل الزيادة.

الإمساك حتى يقبض دينه، وقد سقط ضمانه^(١)، والدين على الراهن يسلمه^(٢) إن كان موسراً أو معسراً يمكنه التكسب^(٣)، وإن كان لا يمكنه التكسب سعى فيه العبد ويرجع به على الراهن إذا نواه، وإن كانت قيمة العبد مثل الدين أو أقل كان عتقه موقوفاً على فكه مطلقاً^(٤)، ويكون فكه على الراهن إن كان موسراً أو معسراً يمكنه التكسب^(٥)، وإن لم فعلى العبد السعاية^(٦)، ولا يرجع بها؛ لأنه لا يعتق إلا بعد فكه بقضاء الدين^(٧)، وقبل فكه هو عبد، وإن تلف ضمنه المرتهن، ولا يصح رجوع الراهن عن عتقه ولا بيعه له^(٨)؛ لأنه قد تم العتق من جهته^(٩)، وإنما بقي موقوفاً على الفكك لأجل حق المرتهن، ذكره في الشرح.

(١) لأنه قد صار حراً، وهو لا يضمن بحال.

(٢) إن كان حالاً، وإلا أبدله رهناً إلى قدر قيمته.

(*) في (ج، د): تسليمه.

(٣) ويسعى هنا بخلاف المفلس عن الدين؛ لأنه أوجب على نفسه حقاً للعبد - وهو الحرية - وحقاً للمرتهن، فألزمناه السعاية وفاء بالحقين، ولم يسع العبد مع إعساره بخلاف المشترك لورود الخبر في عتق المشترك، ولأن الإمساك هنا حق للمرتهن، وسعاية العبد تؤدي إلى زواله حال السعاية، فقدمنا حق المرتهن لتقدمه على العتق. (صعيتري معنى).

(٤) سواء استفكه سيده أو غيره، وسواء كان موسراً أو معسراً.

(٥) ويجزيه عن الكفارة. (قرر).

(٦) وإذا لم تمكنه السعاية ببيع، بخلاف الطرف الأول. (حثيث) و(قرر). وقد يقال: فيه إبطال حرته، فينظر.

(٧) قال أبو طالب: وهكذا في المحجور عليه إذا أعتق عبده فهو كالراهن، ذكره في الشرح (صح نخ). وقد ذكر مثل هذه النسخة في الزهور. وفي تعليق الدواري: لم يصححوا عتق

محجور بدين من الحاكم. اهـ وقد ذكر مثله في البيان فيما سيأتي في الحجر.

(*) ولا يجزيه عن الكفارة. (قرر).

(٨) وعن سيدنا إبراهيم حثيث: وإذا لم تمكنه السعاية ببيع، بخلاف الطرف الأول. (قرر).

(٩) بخلاف التدبير والعتق المعلق على شرط فلم يتم العتق.

مسألة: وإذا دبر الراهن العبد المرهون فإن كان معسراً بيع بالدين، وإن كان موسراً فكالعتق على الخلاف بين السيدين^(١).

مسألة: وإذا وقف الراهن الرهن فقال المنصور بالله والمذاكرون: إن كان موسراً صح ولزمه فكه، وإن كان معسراً لم يصح الوقف، رواه في التمهيد. وقال في الانتصار وأبو جعفر: لا يصح^(٢).

مسألة: ويصح رهن الأمة قبل استبرائها، فلو بانت حاملاً وأقر الراهن أنه منه قبل قوله ولو كان لفوق ستة أشهر^(٣)، ويبطل رهنها^(٤)، لكنه يبقى للمرتهن فيها حق الحبس حتى يقتضي^(٥) دينه، والقضاء على الراهن إن كان موسراً، وإلا سعت إلى قدر قيمتها فقط^(٦)، ذكره أبو طالب والقاضي زيد، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: في الدين كله^(٧). ولا رجوع لها على سيدها^(٨). ولا سعاية على ولدها

(١) فعلى قول المؤيد بالله يقع التدبير مطلقاً، ويستفكه بالدين أو يرهن بدله بالتراضي. وعلى قول أبي طالب كذلك إن كانت قيمته أكثر من الدين، وإلا كان موقوفاً على فكه، ذكره في الرهان.

(٢) وقال في الحفيظ: بل يكون موقوفاً كغيره، وهو أولى؛ لأن الإجازة ليست من المالك، بل ممن له حق يمنع، فيكون ذلك كما إذا وقف المريض ماله على غير ورثته وأجاز الورثة. (كواكب). وسيأتي مثله في البيان في أول كتاب الوقف في الفرع الثاني.

(٣) يعني: بخلاف البيع إذا باعها ثم ادعى الولد فإنه لا يصدق إلا إذا أتت به لدون ستة أشهر، والفرق أنه هنا مالك لها، بخلاف ما إذا باع، فافترقا. (بستان).

(٤) من غير فصل بين أن يكون في قيمتها فضل أم لا، بخلاف العتق كما مر. (بستان).

(٥) في (أ، ج): يقتضي.

(٦) لأن القيمة هي التي يتعلق بها الرهن. (بستان).

(٧) لأن منافعتها ملك لسيدها. (بستان).

(*) بالغاً ما بلغ.

(٨) قال في المعيار: إلا ما سعت به بعد موت سيدها فترجع. (قرر). ولعله حيث لا تركة،

إن ادعاه قبل يولده؛ إذ لا قيمة له، وإن ادعاه بعد الولادة سعى في حصته^(١) من الدين إلى قدر قيمته متى أمكنه، ويكون التخصيص بينه وبين أمه على قدر قيمته يوم الدعوة^(٢) وعلى قدر قيمتها، وهي الأكثر من يوم رهنها إلى يوم الدعوة^(٣)، فعلى الولد حصته إلى قدر قيمته والباقي على أمه^(٤)، وله الرجوع على أبيه بما سعى^(٥)، وإن مات قبل يسعى كان الدين على أمه تسعى فيه كله على الخلاف الذي مر^(٦).

فرع: فلو علم أنها كانت حاملاً يوم رهنها فقال ابن أبي الفوارس والفقهاء محمد بن يحيى: لا سعاية عليها^(٧)؛ لأن رهنها لم يصح، وقال الأمير الحسين: بل تسعى^(٨).

فرع: وسواء أعسر الراهن حال العتق أو بعده، وإذا أيسر قبل أن يسعى العبد بطلت السعاية، بخلاف العبد المشترك إذا أعتقه أحدهما فإنه يعتبر بإيساره وإعساره حال العتق ولا حكم لما بعده؛ لأنه حال الوجوب.

مسألة: وإذا حصل من الراهن تسليط للمرتهن أو للعدل على بيع الرهن فإن

=
فيبقى في ذمته إذا وهب له أو تبرع عنه الغير؛ إذ لو كان ثم تركه لم تجب السعاية. (قررو).
(١) في الأقل. مع إفلاس أبيه، وإلا نجم عليه إن كان معسراً. (قررو).
(٢) إن قارنت الوضع، وإلا في يوم الوضع.
(٣) وقواه المفتي، وفي التذكرة وشرح الأزهار: يوم العقد لا غير.
(٤) عند المؤيد بالله، لا عند أبي طالب فتقسط عليهما على قدر قيمتهما. (شرح أزهار بلفظه).
(٥) لأنه بسببه، ولأنه حر أصل لم يطراً عليه عتق.
(٦) يعني: في هذه المسألة.
(٧) قوي. (شامي) وقواه في البحر.
(٨) لأن كونها أم ولد لا يثبت بالوطء ولا بالعلوق ولا بالولادة، بل بالدعوة. (بستان).

(* وقواه المفتي وحثيث وعامر والسحولي).

وقع حال عقد^(١) الرهن صار من حقوقه؛ فلا يبطل بموت أيهما^(٢)، بل بموت العدل^(٣)، ولا يصح الرجوع عنه، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة، وقال المؤيد بالله والشافعي: بل يصح^(٤). وإن وقع بعد عقد الرهن فهو توكيل يبطل بالموت^(٥)، ويصح الرجوع عنه إذا علم به الوكيل.

فرع: فإن سلم الراهن الدين كله بطل التسليط، وإن سلم بعضه فهو أمانة كراهة بيعه^(٦)، ولا يبطل التسليط على الأصح؛ فإذا باعه صح بيعه.

مسألة: وليس للمرتهن تسليم الرهن إلى غيره إلا بإذن الراهن، وإذا تراضيا

(١) والمقارنة أن يقع التسليط قبل القبول. (حاشية سحولي). (قررو).

(٢) لأنه ليس وكالة مجردة، بل وكيل وأجير. (غيث). بل لأنه صار من حقوق العقد بالمقارنة.

(*) وهذا وفاق، فيكون لورثة المرتهن أن يبيعه، وأما العدل إذا كان التسليط له ومات فإنه يبطل ولا يورث عنه، ذكره في التقرير. (كواكب لفظاً).

(٣) سواء كان المسلط العدل أو المرتهن، ذكره في الغيث. وقرر المفتي أنها تبطل بموت المسلط منهما مطلقاً. ينظر. ولفظ حاشية السحولي: أما موت العدل فيبطل به تسليطه حيث هو الميت والمسلط ولو قارن التسليط العقد، ومعنى قولنا: لا يبطل التسليط المقارن بالموت أنه إذا مات الراهن كان للمرتهن البيع، وإن كان الميت هو المرتهن كان لورثته ما كان له من التسليط. (حاشية سحولي لفظاً) (قررو).

(٤) وذلك لأنه وكالة من جهة الراهن كسائر الوكالات. قلنا: مقارنته للعقد صيرته حقاً لازماً للعقد. نعم، لكن الشافعي لا يصح عنده تسليط المرتهن؛ قيل: لأنه متهم، فلو باع بحضرة المالك صح، واحتج له في الانتصار والبحر بأن الراهن لا يصح أن يوكل فيما ليس له التصرف فيه. قلنا: له التصرف بإذن المرتهن، وقبوله للوكالة إذن. (بستان).

(٥) وإن لم يعلم الثاني، وأما باللفظ فلا بد من العلم. (قررو).

(٦) هذا راجع إلى التسليط غير المقارن. (شرح فتح). (قررو).

(*) تنزيه. (قررو).

بأن يكون الرهن في يد عدل بينهما بالغ عاقل صح وكان قبضه له قبضا للمرتهن^(١)، وإذا تلف معه ضمنه المرتهن مطلقاً^(٢)، لا العدل إلا أن يفرض فيه، أو يكون بأجرة وتلف بغير غالب^(٣).

فروع: وليس للعدل تسليم الرهن إلى أحدهما إلا برضا الثاني، فلو فعل لزمه استرجاعه بما أمكن، فإن تعذر أو تلف فحيث سلمه إلى الراهن يكون للمرتهن تضمين أيها شاء لتكون قيمته رهناً عنده، والقرار على الراهن، وحيث سلمه إلى المرتهن يكون للراهن تضمين أيها شاء، والقرار على المرتهن، وتكون القيمة رهناً بعد قبضها^(٤).

فروع: وإذا أذن له أحدهما بالتسليم إلى الثاني ثم ادعى التسليم قبل قوله مع يمينه إن كان أميناً، لا إن كان أجيراً إلا ببينة.

فروع: وإذا استحق الرهن من يد العدل بالبينة والحكم بطل الرهن^(٥)، فإن كان بعد تلفه أو بيعه له ضمنه ورجع على الراهن^(٦)؛ لأنه الغار له، لا على المرتهن إن لم يعلم بغصبه^(٧)، وإن علم رجع العدل على الذي سلم الرهن إليه؛ لأن قرار الضمان يكون عليه.

(١) وهو الأزهاري في قوله: ويد العدل يد المرتهن غالباً.

(٢) سواء فرط العدل أم لا، وسواء كان بأجرة أم بغير أجرة.

(٣) إلا أن يضمن. (قررو).

(٤) بل يتساقطان إذا كانت من جنس الدين.

(٥) أي: انكشف بطلانه.

(٦) إن جهل ولم يمين ولا فرط. (قررو).

(٧) القياس أنه يرجع على من قبضه منه إن جهل، وإلا فعلى الراهن.

(*) وقياس الغصب أنه يرجع على أيها شاء، والقرار على الراهن إلا أن يعلم المرتهن، يعني بعد قبضه، ويدل على هذا قوله: لأن قرار الضمان يكون عليه. (مفتي) (قررو).

فروع: ولا يصح أن يكون العدل صبيّاً أو عبداً غير مأذون^(١) إلا لمجرد قبض الرهن فقط حيث الصبي مميز ثم ينتزعه المرتهن منهما. ويصح أن يكون مكاتباً إذا كان بأجرة، لا تبرعاً^(٢)، ذكره في البحر^(٣).

مسألة: وإذا قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بدينك لوقت كذا والا فالرهن لك أو فقد وهبته لك - لم يصح ذلك^(٤)؛ لأنه تملك معلق على شرط^(٥)، وإن

(١) أما الصبي فلأن قبضه لا حكم له؛ لرفع القلم عنه، وأما العبد فلأن منافعه مملوكة فلا يجوز من غير إذن سيده. (بستان). قلت: وفي الأزهار في البيع: ومن غير المأذون وكيلاً. اهـ. يقال: ما تقدم في إيقاع لفظ البيع أو الشراء، ولا يتعلق به حق، وهما المراد الحفظ والبقاء في اليد، وفي ذلك إتلاف منافع بغير فائدة، ويؤيد هذا ما ذكره في المكاتب حيث قال: إذا كان بأجرة.

(*) ويصح أن يكون كافراً أو فاسقاً.

(*) قال الإمام يحيى: ويصح أن يكون العدل ذمياً كتوكيله. (بحر).

(٢) إلا أن يكون مما ليس لمثله أجرة. (قررو).

(*) وذلك لأنه لا يملك بذل منافعه إلا بالعوض؛ إذ ليس له التبرع. (بستان).

(٣) عن الإمام يحيى.

(٤) والرهن على حاله. (برهان).

(٥) وفي المقصد الحسن ما لفظه: مسألة: وإذا قال المرتهن للراهن: «إن كان في معلوم الله أنك لا تسلم لي ديني ليوم كذا أو لوقت كذا فقد بعته مني أو نذرت به علي الآن» فإنه يصح، والعبرة في كونه مبيعاً أو رهناً [نذراً (نخ)] بانكشاف حصول الشرط وعدمه، كذا حفظناه^[١]. اهـ وقال المنصور بالله القاسم بن محمد: إنه لا يصح؛ لأننا متعبدون بحكم الظاهر، ولو رفع قبل ذلك الوقت إلى الحاكم لم يحكم بأيهما. واختاره ولده المتوكل على الله. اهـ. يقال: تبين بعدم حصول الشرط حصول علم الله، والأمر واضح، وكونه لم يحكم بأيهما ليس بوجه يمنع الصحة. (شامي) (قررو). وإذا تلف فينظر: فإن سلم الراهن الدراهم فهو رهن مضمون، وإن لم يسلم الراهن الدراهم تلف من مال المرتهن. (سماح شامي) (قررو).

[١] هذا شرط حالي، وما في الكتاب مستقبل، وهو لا يصح كما في الأزهار في البيع في قوله: «يفسده صريحها إلا الحالي»، فالذي في المقصد الحسن هو غير البيان.

جعلله نذراً صَحَّ على خلاف فيه يأتي في النذور إن شاء الله تعالى^(١).

مسألة: وليس للعدل أن يبيع الرهن إلا بإذن الراهن والمرتهن معا أو بإذن الحاكم، وليس للحاكم أن يأمره ولا غيره ببيع الرهن حتى يأمر الراهن ببيعه لقضاء الدين فيمتنع، أو يكون غائباً غيبة يجوز فيها الحكم عليه، وهي مسافة ثلاث على الأصح^(٢).

مسألة: وإذا باع الحاكم أو مأموره الرهن فهو باق على الرهنية^(٣) وعلى ضمان المرتهن ما دام في يده أو يد العدل أو الدلال؛ لأن له أن يسترجعه قبل بيعه. وكذا ثمنه بعد بيعه^(٤) وقبل قبضه له عن دينه؛ فلو فر^(٥) المشتري قبل تسليمه للثمن ضمنه المرتهن. وكذا المنادي يضمن إذا تلف معه الرهن أو ثمنه إذا كان أجيراً وتلف بغير غالب. وكذا إذا باعه العدل بأمر الحاكم أو بأمر الراهن والمرتهن لقضاء الدين^(٦)، وإن باعه ليكون ثمنه للراهن فكما إذا باعه الراهن^(٧).

فروع: وإذا تراضى الراهن والمرتهن على أن يبيع الرهن أحدهما أو غيرهما فإن

(١) لعله أراد قول الأئمة يحنى والمطهر وعلي: إنه لا يلزمه شيء، أو قول من قال: إن شاء وفي بما نذر وإن شاء كفر كفارة يمين، والله أعلم. (بستان).

(٢) يعني: على ما ذكره الإمام المهدي والفقهاء محمد بن سليمان وحسن ورجحه صاحب الكتاب، وقال في الشرح والفقهاء يحنى البحيح: الغيبة المنقطعة. وقال الإمام يحنى: مسافة السفر على الخلاف فيها. (بستان). والمختار البريد.

(٣) وقد صرح في شرح الأثر أنه يخرج بعد البيع عن الرهن. (قرئ). لا الضمان.

(٤) يعني بذلك أنه يكون رهناً مضموناً.

(٥) صورة «غالباً» في الأزهار.

(٦) فيضمن. (قرئ).

(٧) يعني: يخرج عن الرهنية، وأما الضمان فباق حتى يقبضه المشتري أو الراهن. (قرئ).

كان لينتفع الراهن بثمنه فقد خرج عن الرهنية^(١) والضمان بتراضيها على ذلك ولو بقي في يد المرتهن، ذكره المؤيد بالله والقاضي زيد، خلاف أبي طالب في الضمان ما دام في يده.

وإن كان تراضيها ليكون ثمنه رهناً أو أطلقاً فحكم الرهن باق، وكذلك الضمان إن تلف في يد المرتهن أو المنادي^(٢)، لا في يد الراهن، وكذلك ثمنه بعد قبضه، وأما قبل قبضه إذا فر المشتري^(٣) فقال الفقيه حسن: إنه يضمه المرتهن^(٤)، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يضمه^(٥).

وإن كان تراضيها ليكون الثمن قضاء عن الدين^(٦) فلا يبطل الرهن إلا ببيعه، وما دام في يد المرتهن قبل بيعه فهو مضمون عليه، ذكره المؤيد بالله وابن أبي الفوارس والفقيه يحيى البحيح، وقال في المنتخب والتذكرة: لا يضمه.

(١) ينظر ما الفرق بين هذا وبين المسألة التي قبل الفرع؟

(٢) في (ب): الدلال.

(٣) لفظ الكواكب: وكذا إذا تراضيا أن يبيعه المنادي مطلقاً من غير بيان حكم الثمن فحكم الرهن والضمان باق قبل بيعه، وأما بعد بيعه فبعد قبض الثمن كذلك أيضاً، وأما قبل قبضه إذا فر المشتري فقد قال الفقيه حسن: يكون الثمن مضموناً على المرتهن، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يكون مضموناً عليه حتى يقبضه المنادي. (بلفظه).

(٤) حيث لم تجر العادة بالتسليم.

(٥) قوي إن سلمه بإذن الراهن أو جرت به العادة. (خالدي).

(٦) ولا يكفي إذن الراهن للمرتهن ببيعه للإيفاء في كون الثمن وفاء، بل لا بد من أن يقبضه إياه بعد حصوله أو يأذن له في الابتداء أن يبيعه ويقبض ثمنه، وإن لم يحصل أي من هذين الأمرين كان الثمن رهناً، ذكر ذلك في الغيث. (قرو).

فصل: في جناية الرهن

إن كان حيواناً فغير العقور هدر، وكذا العقور^(١) إذا حفظ حفظ مثله، وإن لم فإن كان في حفظ الرهن ضمنه إن علم بأنه يعقر، وإن كان في حفظ المرتهن ضمنه^(٢) إن علم بأنه يعقر، وإن جهل ضمنه الرهن إذا علم بأنه يعقر ولو جنى على المرتهن. وكذا حيث يضمن المرتهن ولو جنى على الرهن.

فروع: وإذا كان الرهن عبداً أو أمة فجنائته على مال سيده هدر، وكذا على سيده أو على عبده حيث لا قصاص، وحيث يجب القصاص يقتصر منه إذا كان موسراً، ولا ضمان على المرتهن^(٣). وإن جنى على الغير أو على عبد الغير أو مال الغير أو على المرتهن أو عبده أو ماله فجنائته في رقبته، ويطالب بها الرهن، لكنه إن كان معسراً فالمرتهن أقدم به، فيباع مع بيان جنائته إن وجد من يشتريه ثم يتبعه المجني عليه حتى يستوفي منه ما يجب من قود أو تسليم رقبته بالأرش أو تسليم المشتري الأرش، وكذا لو كان جنى قبل أن يرهنه، ذكره في الشرح^(٤)، ولا يكون بيعه هنا التزاماً بالأرش؛ لأنه بيع بأمر الحاكم^(٥) لقضاء الدين. وإن لم يوجد من يشتريه نُجم الدين على الرهن إن أمكنه التكسب^(٦)، وإن لم يمكنه

(١) ولا يضمن المرتهن إلا جناية العقور.

(٢) حيث استأجره على الحفظ أو غاب. ومثله عن المتوكل على الله ﷻ. أو التزم الحفظ. (قرر).

(٣) وهو الأزهار في قوله: أو تلف.

(٤) وهو الأزهار في قوله: وكذا لو تقدمت العقد.

(٥) يفهم من هذا أنه إذا باعه بغير أمر الحاكم كان اختياراً منه للأرش كما في غير هذا. وفي تعليق الدواري: إنها يكون التزاماً حيث يخرج السيد عن ملكه بغير حق يتعلق برقبته، وهنا السيد باعه لفكك رقبته من الرهن.

(٦) القياس عدم التكسب على السيد. (شامي، ومفتي). ولم يذكر في الأزهار ما يدل على التكسب على السيد، وهو القياس، وإنما قال: والمالك متمكن من الإيفاء أو الإبدال. (شامي).

استسعى العبد في الدين^(١) ثم يتبعه المجني عليه بعد ذلك. وإن كان الراهن موسراً فحيث الجنائية توجب القود يخير المجني عليه^(٢) بين أخذه أو قتله أو العفو عنه أو الصلح^(٣) عنه أو أخذ الدية، فإذا أخذه بطل الرهن^(٤) فيه ومملكه وفعل فيه ما شاء، وإذا طلب الدية كان كما إذا كانت الجنائية خطأً أو على مال؛ فلا يبطل رهنه إلا بتسليمه، فيكون الراهن مخيراً بين تسليمه بالأرث ويقضي دين المرتهن أو يبدله^(٥) برهن آخر بالتراضي^(٦) وبين تركه رهنًا ويسلم الأرث كاملاً. وهكذا إذا رهنه سيده بعدما جنى؛ لأن حق المرتهن يتعلق بثمنه، وحق المجني عليه يتعلق برقبته، وذلك لا يتناع.

فروع: فلو رهن عبدين مع شخص ثم قتل أحدهما الثاني فلا ضمان على المرتهن؛ لأن جنائية العبد في رقبته، ولا يلزم^(٧) حفظه، فكأن الجاني هو الراهن^(٨)، وسواء كان العبد صغيراً^(٩) أو كبيراً، وهذا بخلاف ما لو قتله أجنبي

(١) في (ب): بالدين.

(٢) فلو تقدم الذي يستحق القصاص وقتل العبد في يد المرتهن فلا ضمان على المقتص، ويضمن المرتهن قيمته يستحق القصاص. (عامر) و(قرو).

(٣) إذا رضي السيد^[١]، وإلا فما عليه إلا تسليم رقبته كما يأتي.

(٤) ظاهر هذا ولو قبل الإيفاء أو الإبدال، وهو ظاهر الأزهار، وقال في تعليق الدواري: لا يبطل حق المرتهن بجنائية العبد، بل حقه أقدم حتى يستوفي أو يبدل برهن آخر.

(٥) وهو الأزهار: والمالك متمكن من الإيفاء أو الإبدال.

(٦) وظاهر الأزهار في قوله: «أو الإبدال» أن رضا المرتهن غير شرط؛ إذ قد لزمه بالدخول فيه كما في شرح قوله: إلا العتق والاستيلاء على الخلاف.

(٧) في (ب): ولا يلزمه.

(٨) لكن يلزم من هذا أن يلزمه الإبدال، والأولى أنه لا يلزمه.

(٩) قال الإمام شرف الدين: إلا أن يكون غير مميز. وقواه المفتي. وظاهر كلام أهل المذهب أنها تعلق برقبته مطلقاً.

[١] بالصلح أو أخذ الدية.

فإنه يضمه المرتهن ويرجع على القاتل. قلنا: ويكون للراهن أن يقتل عبده القاتل للثاني إن كان موسراً^(١)، أو معسراً بعد فكه.

فرع: وإن رهن حيوانين ثم قتل أحدهما الثاني ضممه المرتهن^(٢) كما لو مات، ولعله يستقيم إذا كان الحيوان القاتل غير عقور، أو عقوراً وهو في حفظ المرتهن^(٣)، أو في حفظ الراهن ولم يفرط في حفظه، وأما إذا فرط^(٤) فالضمان عليه^(٥).

مسألة: وإذا فسد الرهن بأي وجه فلا حكم له ولا يجب ضمانه^(٦).

مسألة: وإذا تلف الرهن والدين مؤجل وهو من جنس القيمة وقع قصاصاً بقدرها؛ لأن الأجل تأخير مطالبته^(٧)، وقال أبو جعفر: إنه صفة للدين^(٨)؛ فلا

(١) ليبدل أو يوفي.

(٢) قال الفقيه محمد بن سليمان: والفرق بينهما أن العبيد مكلفون، وجناتهم تعلق برقابهم، وقيل: إن البهيمة إذا كانت معروفة بالعقر فجنايتها كجناية العبد في أن السيد يكون الضمان عليه، فينظر في صحة ذلك. (غيث).

(٣) وعلم أنه عقور. (قرر).

(٤) وعلم. (قرر).

(٥) أي: على الراهن.

(٦) قال في البحر: بالإجماع، وهكذا في الشرح، قال فيه: بلا خلاف. قال في التقرير: ولعله أراد إجماع أهل البيت عليهم السلام؛ لأن أصحاب أبي حنيفة ذكروا أنه إذا رهن ذمي عند مسلم خماً كان مضموناً عليه. والفاسد هو الفاقد للعقد أو للإقباض، أو الرهن على المضاربة أو الوديعة، أو رهن المشاع على قول الأحكام، وإنما لم يجب ضمانه لأنه أمانة وإن قبض للرهنية. (بستان لفظاً).
(*) ويكون حكمه أمانة، ظاهره ولو الفساد طارئ، والمذهب في الطارئ أنه مضمون. (قرر). وإنما خرج عن الرهن.

(٧) هذا ذكره في الشرح واللمع والتذكرة، قال الوالد: وقد تقدم خلاف في هذا في الشفعة فيأتي هنا. (بستان لفظاً). يريد من حيث إنه صدر فيما تقدم قول من قال: إنه صفة فلا يلزم التعجيل.

(*) على قول أبي طالب والمنتخب وأحد قولي المؤيد بالله.

(٨) وهو قول الناصر والفنون وقول للمؤيد بالله في الشفعة إنه صفة للدين.

يقع القصاص إلا بتراضيهما، بل تبقى القيمة رهنا عنده بعد قبض الراهن لها منه أو قبضه لها من نفسه.

مسألة: وإذا كان الدين مؤجلاً لم يكن لصاحبه أن يطلب رهناً عنه وأما الكفيل به فقيل: كذا لا يجب^(١) أيضاً، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجب^(٢). وهو يفهم من كلام المؤيد بالله^(٣). وفي الدين الحال له أن يطلب أحدهما.

مسألة: من استرهن عبداً ثم ارتد فقتل لأجل الردة ضمنه^(٤)، لا لو ارتد ثم استرهنه^(٥) ثم قتل لردته فإنه لا يضمنه، ذكره في التفريعات. وهكذا إذا قتل عنده قصاصاً فهو على هذا التفصيل^(٦).

(١) إلا أن يريد الغيبة أو حيث عرف أن الغريم يفوت فإنه يجب التكفيل بذلك. (شرح فتح) (قررو). ولعله يؤخذ مما تقدم في الأزهار في قوله في النفقات: ولا يطلب إلا من مرید الغيبة.. إلخ. وقواه المتوكل على الله ﷻ.

(٢) قوي مع خشية الفوات أو الغيبة. (قررو). وقواه المتوكل على الله ﷻ.

(٣) يعني: حيث قال في الإفادة: إن لصاحب الدين أن يطالب المفلس بالكفيل إذا نجم عليه الدين. (بستان).

(٤) وذلك كما لو مات عنده، فأما في الطرف الثاني فالسبب من عند الراهن. (بستان).

(٥) ينظر هل يصح رهنه مع رده؛ لأنه لا يصح بيعه؟ لو قيل بعدم صحة رهنه لكان غير بعيد كما قيل في البيع: إنه لا يصح بيع المرتد؛ لأنه لا قيمة له^[١]. (سماع). بخلاف العبد الذي عليه القصاص فإن له قيمة وإن كان مستحق الدم؛ لأنه يوجد من يشتره فيعتقه عن كفارة أو نذر ثم يقتل.

(٦) وفي الغيث^[٢]: يصح رهنه؛ لأن له قيمة، فيضمنه ولا يأتي على التفصيل.

[١] ليس كذلك؛ لأن له قيمة. اهـ. ولفظ حاشية على بيع الرمكة: قلت: الحق حيث له قيمة مع إباحة دمه يرجع بالأرش، وإلا فبالثمن. (بحر). العبد المرتد لا قيمة له مع إباحة دمه، وقولهم هنا: وكونه مما يصح بيعه يؤخذ منه عدم صحة الرهن. (سيدنا علي بن أحمد الشجني).

[٢] لفظ الغيث: فإن قلت: كيف يصح رهن القاتل عمداً ولا قيمة له إذا كان هدر الدم؟ قلت: بل له قيمة؛ لأنه يصح أن يشتره مشتر ليعتقه ثم يقتل.

فَرَعٌ: فأما لو استرهنه وهو مريض ثم مات عنده فالأقرب أنه يضمه؛ لأن الموت وقع بزيادة في المرض حدثت عنده^(١).

مَسْأَلَةٌ: من رهن دابتين عند شخصين ثم قتلت إحداها الثانية فإن كانت القاتلة معروفة بالعقر وفرط مرتتها في حفظها فللراهن طلب أيهما شاء، والقرار على مرتين القاتلة^(٢)، وإن لم تعرف بذلك أو قد حفظها حفظ مثلها فالضمان على مرتين المقتولة^(٣) كما لو ماتت.

مَسْأَلَةٌ: من ارتهن ثوبا أو نحوه فقرضته الفأرة أو غيرها وجب ما نقص من قيمته على المرتهن، فإن كان النقصان أكثر من النصف خير الراهن بين أخذه مع الأرش وبين تركه وأخذ قيمته، لكن القيمة أو الأرش يكونان^(٤) رهناً بعد قبضهما^(٥) كما مر إذا كان^(٦) من غير جنس الدين، وإن كان^(٧) من جنسه وقع القصاص بقدر الأرش، لا بالزائد عليه من القيمة إلا بعد اختيار الراهن للقيمة.

مَسْأَلَةٌ: من ارتهن إكليل^(٨) فضة أو ذهب ثم انشده معه فنقصت قيمته ففيه

(١) وقد تقدم نظير هذا في فصل العيوب أنه لا يرجع إلا بالأرش، قال: وكذا لو اشترى جارية حاملاً ثم ولدت وماتت بالولادة لم يرجع إلا بالأرش؛ لأن الموت وقع بزيادة على السبب الذي قبل القبض.

(٢) في قدر قيمتها يوم القتل، وما زاد فقراره على مرتين المقتولة. (قرئ).

(٣) بأوفر القيم. (قرئ).

(٤) في (ب): يكون.

(٥) في (ب): قبضه.

(٦) في (ج، د): كانا.

(٧) في (ب، ج، د): كانا.

(٨) هو نوع من لباس الرأس يتخذ الملوكة، يكون من ذهب أو فضة يرصع بالجواهر. (شرح بحر). وقيل: هو كاليضة يستعمل على التاج للملك. وقيل: هو التاج. (مفتي). وفي الصعيتري أن الإكليل هو المجوف كالدملج ونحوه. وهشمه: انخسافه.

سبع صور:

الأولى والثانية: أن يكون مرهوناً في غير جنسه، أو في جنسه لكن فيه جوهر^(١) انكسر، فيضمن ما نقص من قيمته مطلقاً^(٢)، ويسقط من الدين بقدره^(٣)؛ لأن الذهب يقوم بالدراهم ويضمن بها، والفضة تقوم بالدنانير وتضمن بها^(٤)، ذكره في الأحكام.

الثالثة: أن يكون مرهوناً في جنسه لكنه نقص بالهشم من وزنه، فيضمن ما نقص من وزنه فقط^(٥).

الرابعة: أن يكون مرهوناً في جنسه ولم ينقص وزنه، لكنه بجنائيات من المرتهن، فيضمن ما نقص من قيمته^(٦)، ولا يسقط من الدين بقدره؛ لأن الضمان من غير جنسه^(٧)، بل يكون رهناً معه بعد قبضه، إلا أن يتراضيا بالقصاص صح. الخامسة^(٨): أن يكون مرهوناً في جنسه ولم ينقص من وزنه ولا انكسر

(١) فص. (سماع المتوكل على الله).

(٢) سواء كان فوق النصف أو دونه، ويثبت الخيار إذا كان فوق النصف. (قرر). وفي بعض الحواشي: سواء كان بجنائيات أم لا. وقيل: مطلقاً سواء نقص من وزنه أم لا.

(٣) حيث كان مرهوناً في غير جنسه^[١]. (قرر).

(٤) هذا حيث كان مرهوناً في غير جنسه لأجل المساقطة، وأما حيث كان مرهوناً في جنسه فلا يحتاج إلى تقويم، بل يساقط، وليس بشيء من الربا في صورتين معاً؛ لأن النقص قد وقع في القيمة، بخلاف الصورة الخامسة.

(٥) وعلى قول الفقيه علي^{رضي} يضمن ما نقص من قيمته أيضاً.

(*) ولا يساقط الدين؛ للاختلاف في الصفة. لأنه غير مضروب، فلم يوافق الدين. (عن المتوكل على الله ^{عليه} السلام).

(٦) لأن الصنعة تضمن بالجنائيات.

(٧) وقيل: يضمن من جنسه ويقع القصاص من دون تراض؛ لأنه ليس بربا.

(٨) صورة «غالباً» في الأزهار.

جوهره، ولا كان الهشم بجناية ولا تفريط، فلا ضمان هنا؛ لأنه لو ضمن كان ربا؛ لأنه في مقابلة الدين. وقال الفقيه علي: إنه يجب الضمان^(١)، وليس هو من الربا^(٢).

السادسة: أن يكون كما في الخامسة سواء لكنه وقع الهشم فيه بجناية من الغير، فإنه يضمه الجاني، وما لزمه لزم المرتهن، فيخير الراهن^(٣) بين طلب أيهما شاء، والقرار على الجاني، ويكون الأرش رهناً مع الأصل بعد قبضه؛ فلو كان مرهوناً في غير جنسه وقع القصاص بقدر الأرش من الدين، ويرجع به المرتهن على الجاني.

السابعة: أن يكون مرهوناً في جنسه ثم تلف كله من غير جناية ولا تفريط، وكانت قيمته أكثر من وزنه لأجل الصنعة، فلا يضمن إلا وزنه^(٤)؛ لأن الزائد يكون ربا. وقال أبو يوسف ومحمد: بل يضمن قيمته^(٥). وهو يأتي على قول^(٦) الفقيه علي.

مسألة: من رهن شيئين عند شخص في دين واحد ثم تلف أحدهما قبل

[١] في هامش (ب): في جنسه.

(١) وكلام الفقيه علي هو الذي أشار إليه في البحر في باب الغصب حيث قال: فرع: وإناء الفضة مضمون بقيمته ولو من جنسه، الإمام يحيى: بل لا يزداد من جنسه على وزنه، بل تقوم الصنعة بغير جنسها حذراً من الربا. قلت: إنما الربا في المعاملات. (بحر بلفظه).

(*) قوي، وقواه الإمام شرف الدين، واختاره في البحر.

(٢) فيغرم من جنسه.

(٣) ولا تساقط.

(٤) والمختار أنه يضمن؛ لأن الضمان ليس من عقود الربا. (بستان).

(٥) قوي؛ لأنه ليس من عقود الربا. وعن المفتي: لأنه ليس بعقد فيدخله الربا. (مفتي).

(٦) في (ب): وهو يأتي قول.

قبضه، أو بعده بجنائت الراهن، أو بعد رجوعه إليه برضا المرتهن أو بغير رضاه^(١) - فلا ضمان على المرتهن، ويبقى الثاني رهناً في الدين كله مع قيمة الذي أتلفه الراهن^(٢) أو تلف عنده بعد قبضه له من المرتهن بغير رضاه^(٣). وإن تلف أحدهما مع المرتهن وكانت قيمته قدر الدين ومن جنسه سقط الدين كله^(٤). وقال أبو حنيفة: لا يسقط منه إلا حصة التالف^(٥)؛ لأن عنده أن الدين يسقط بتلف الرهن ولو كان الدين أقل منه أو أكثر، ولا يضمن زيادة قيمة الرهن^(٦)، بل تسقط بالدين.

مسألة: من غصب شيئاً أو استعاره^(٧) ثم رهنه وجب رده لمالكة^(٨)، وإن تلف مع المرتهن خير المالك في طلب أيهما شاء، والقرار على المرتهن إن علم أو جنى^(٩)، وإن لم فعلى الراهن^(١٠)؛ لأنه غار له، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب والقاضي زيد^K وقال الإمام يحيى: بل على المرتهن؛ لأنه دخل فيه على أنه مرتهن

(١) وهو الأزهار في قوله: وبمصيره إلى الراهن غصباً أو أمانة أو أتلفه، وعليه عوضه.

(٢) بعد قبض المرتهن لها. (قررو).

(٣) لا فرق.

(٤) والباقي من الشئيين مضمون عند أبي طالب، خلاف المؤيد بالله، وقيل: مضمون وفاقاً.

(٥) مثاله: لو رهن ثوبين كل ثوب بمائة عن مائة، فتلف أحدهما قبل القبض فهو غير

مضمون إجمالاً، فإذا قبض الثوب الباقي ثم تلف معه فعندنا يبطل الدين بتلفه، وعند

أبي حنيفة يبطل نصف الدين؛ لأنه رهن عنده في خمسين؛ إذ زيادة الرهن غير مضمونة،

وقد ذكر معنى هذا في وافي الحنفية. (زهور).

(٦) هكذا عنه أن زيادة الدين مضمونة وزيادة الرهن غير مضمونة. (بستان).

(٧) لا ليرهنه، بل للاتفاح.

(٨) لأنها غاصبان.

(٩) أو فرط. (قررو).

(١٠) ولو جاهلاً. (قررو).

يضمن بكل حال. وهو قول ابن أبي الفوارس (١).

مسألة: من استعار شيئاً أو استأجره ليرهنه فإنه يصح (٢)، لكنه إن كان مطلقاً رهنه فيما شاء (٣) وفي أي جنس شاء وفي أي مكان شاء على ما جرت به العادة (٤)، وإن كان ذلك مقيداً من مالكة لم يخالف ما شرطه عليه، وسواء قيده بزمان أو مكان أو شخص أو ثمن سلعة معينة أو قدر معلوم أو جنس معلوم، أو دين منجم أو مؤجل (٥)، أو مع واحد أو مع اثنين أو غير ذلك، فإذا خالف لم يصح رهنه وكان غصباً (٦). قال في الكافي: ولو رهنه في أقل مما شرطه المالك أيضاً (٧). ولعله في المستعار، لا في المستأجر فلا يضمنه (٨)، ويأتي في المستعار خلاف التفريعات (٩) والانتصار الذي يأتي في العارية (١٠).

فرع: ومن ادعى التقييد فعليه البينة به (١١)، فإن اتفقا عليه واختلفا في قدره فالبينة

(١) يعني: الذي تقدم له في الأجير المشترك إذا كان الذي استؤجر عليه مغصوباً وهو جاهل وتلف بغير غالب. (بستان بلقظه).

(٢) وذلك لأنه لا يشترط في صحته أن يكون مملوكاً للراهن. (بستان).

(٣) الأصح في قدر المعتاد كما في آخر الكلام. (من بيان حثيث) (قرير).

(٤) فإن لم يكن معتاداً فما شاء. (رياض، وبحر) و(قرير).

(٥) عند من قال به، أو بالتراضي، وإلا فلا يلزم الرهن عليه. (قرير).

(٦) في (ج، د): غاصباً.

(٧) وقال في الكواكب: وإن رهنه في أقل فالعرف الجواز.

(٨) وعليه الأزهار في الإجارة بقوله: وللمستأجر القابض التأجير.

(*) وذلك لأنه قد ملك المنفعة. (بستان).

(٩) مع العرف.

(١٠) يعني حيث قالوا: يجوز له أن يستعملها في مثله أو دونه. (بستان).

(١١) وذلك لأن الأصل عدمه وعدم الزيادة فيه. (بستان).

على مدعي الزيادة^(١) فيه، فإن اختلفا في ماهية القيد فالقول قول المالك^(٢)، إلا على القول بأن المستعير ليرهن لا يضمن فيكون على الخلاف في مسألة القباء^(٣)؛ فعلى قول الهدوية القول قول المستعير^(٤)، وعلى قول المؤيد بالله القول قول المالك.

فرع: وإذا عجز الراهن عن فكه كان لمالكة ولاية على فكه منه، ويرجع على الراهن^(٥)، فإن لم يستفكه باعه الحاكم^(٦) لقضاء الدين، وكانت قيمته ديناً لمالكة على الراهن.

فرع: وهو مضمون على المستعير أو المستأجر^(٧) لذلك سواء تلف معه قبل أن يرهنه أو بعد ما استفكه أو مع المرتهن، ذكره في الأحكام وأحد قولي المؤيد

(١) وقيل: القول للمستعير مطلقاً؛ لأن المالك يدعي عليه التعدي. (قررو).

(٢) لأن الأصل عدم الإذن.

(٣) إن قيل: إنه في مسألة القباء مضمون فكيف يصح القياس عليها؟ (مفتي). والأولى أن القول قول المستعير ليرهن مطلقاً ولو قلنا: يضمن؛ لأن الأصل عدم التعدي مع اتفاقهما على التقييد. (سيدنا سعيد الهبل).

(*) إن قلت: مسألة القباء في المضمون؛ لأنه أجير مشترك، فيأتي الخلاف مطلقاً؟ (مفتي).

(*) وهي المسألة (١٤) قبل قوله: «فصل: في الضمان وعدمه» في الإجارة، فابحث. أما مسألة القباء فالبينة على المالك على المختار. (سباع).

(٤) وذلك لأن الأصل عدم وجوب الضمان عليه، والمالك يدعيه. وعند المؤيد بالله الأصل عدم الإذن إلا بما أقر به. (بستان).

(٥) يعني إذ نواه، كذا في بيان حثيث.

(٦) لغيبته أو تمرده كما تقدم في المسألة الثانية قبل فصل في جنائية الرهن. (قررو).

(٧) ويكون ضمان المستعير ضمان العارية، وضمن المستأجر ضمان مؤجرة مضمومة، وضمن مرتهنهما ضمان رهن. اهـ وعن السحولي: ضمان رهن ولو قبل رهنه. اهـ وقيل: ضمان رهن من عند أن يقبضه إلى أن يرد له. و(قررو).

بالله وأحد قولي أبي طالب^(١)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب، ورواه أبو جعفر عن القاسم والهادي، وقواه السيد يحيى بن الحسين والفقهاء محمد بن يحيى ويحيى البحيح: أنه لا يضمنه إلا حيث قاص الدين بقيمته أو حيث قبض ضمانه فيسلمه للمالكه، فلو قبض ضمانه من المرتهن ثم تلف معه بغير تفريط لم يضمنه^(٢). وإن اختلف المالك والمستعير^(٣) هل تلف الرهن معه أو مع المرتهن فالبينة على المالك^(٤)؛ لأنه يدعي تضمينه.

مسألة: من استعار ثوبا يساوي خمسين ليرهنه في عشرين ثم لبسه حتى نقصت قيمته عشرة ثم رهنه، ثم تلف مع المرتهن - ضمن المرتهن للراهن عشرين، وسقط دينه، وضمن الراهن للمعير خمسين. وظاهر إطلاقهم أن الرهن بعد اللباس صحيح^(٥)، وقال الفقهاء علي ويوسف: إنه غير صحيح^{قوي}؛ لأنه قد

(١) وذلك لأنه إذا استعاره أو استأجره ليرهنه فإنه يكون مضموناً عليه كما إذا شرط عليه ضمانه. وعند الآخرين لا يضمن إلا ما عاد إليه نفعه فقط. (بستان).

(٢) لأنه أمانة عندهم.

(٣) فقال المستعير: هو تلف معي قبل رهنه أو بعد فكه فلا ضمان، وقال المالك: بل تلف مع المرتهن فهو ضامن له. (برهان).

(٤) وهذا على القول الآخر.

(٥) يقال: هذا يدل على أن يد المستعير تعود أمانة بعد التعدي كما يحكى عن أبي العباس، لكن هذا قول خفي، الظاهر خلافه.

(*) والمتأخرون يحملون المسألة على أن المعير أذن له بعد اللبس في الرهن؛ إذ لو لم يأذن لم يصح عقد الرهن. ويمكن أن يقال: بل هو وإن لبس فإن ذلك لا يبطل كونه مستعيراً وإن كان غاصبا بالاستعمال، كما ذكروا في الأجير على عمل في شيء مملوك ثم جحد الأجير ذلك الشيء عند طلب صاحبه له فانهم قالوا: جحوده وغصبه لا يبطل حكم الإجارة، كذلك الغصب لا يبطل حكم الإجارة، قال سيدنا: والأجود ما ذكره المتأخرون؛ لأن الإجارة عقد فلا يبطله الغصب، ولا كذلك الإجارة، فإنها إباحة الانتفاع، والغصب يرفعها. (تعليق دويري).

صار غاصباً للثوب^(١). قلنا: الإذن بالرهن باق لم يبطل.

فرع: فإن كان المعير أذن له باللباس ضمن له أربعين فقط، وهذا كله على القولين معاً اللذين تقدما في الضمان^(٢). فلو فر المرتهن قبل أن يضمّن العشرين الزائدة جاء الخلاف^(٣) هل يضمّنها الراهن أم لا^(٤).

مسألة: من ارتهن داراً أو أرضاً ثم غلب عليها العدو فهو على وجوه ثلاثة:
الأول: يضمّن فيه وفقاً بين أصحابنا، وهو حيث أخرجها العدو^(٥) وهو فيها^(٦) ثابت اليد عليها، وحيث ثبتت يد الكفار عليها وهو فيها؛ لأنهم

(١) إلا أن يتأول أنه بعد إذن جديد بعد اللبس، وأما بغير إذن فلا يصح منه رهنه؛ لأنه قد تعدى فيه بلباسه وصار غاصباً له. (كواكب معني). ومثله في الصعيتري.

(٢) أما على القول الأول فظاهر، وأما على القول الثاني فلأنه قد قاص في بعض وقبض بعضاً، لكن يشترط أن لا يتلف هذا الذي قبض قبل تسليمه للمعير بغير جنابة ولا تفريط عنده. (سماح شامي).

(٣) الذي في الفرع قبل المسألة.

(٤) يضمّنها. (قررو).

(*) فعندنا يضمّن أربعين، وعندهم عشرين فقط.

(٥) يعني: سواء كان باغياً أو كافراً؛ إذ لا تثبت يد الكافر عليها. لأنه يملكها بالقهر عند الهادي عليه السلام، وأما عند المؤيد بالله فلأن الأرض تضمّن بالغصب. وقوله: «زالت يده عنها» يعني: وسواء كانوا كافراً أو بغاة. وقوله: «فقال الهادي: لا يضمّنها» اعلم أن المؤيد بالله خرج من هذا للهادي عليه السلام أن غير المنقول لا يضمّن بالغصب، وأما كلام المؤيد بالله لنفسه فهو بناء على أصله أنه يضمّن ما لا ينقل بالغصب. وقال الفقيه محمد بن سليمان: إن الهادي عليه السلام يضمّن الرهن وإن كان غير منقول؛ لأنه يضمّن بعقد الرهن، بخلاف الغصب فهو لا يضمّن غير المنقول. (بستان).

(٦) بنفسه. ومثله عن ابن أبي الفوارس. وقيل: بحيث لا مانع له منها.

يملكونها بالقهر^(١).

الثاني: لا يضمنها فيه وفاقاً، وهو حيث حالوا بينه وبينها بحيث زالت يده عنها، قال أبو العباس: إذا لم يخربوها، وقال الأستاذ والفقير يوسف: ولو أخربوها بعد ذلك.

الثالث: مختلف فيه، وهو حيث استولى البغاة عليها وهي في يده قبل أن يحولوا بينه وبينها ولم يخربوها^(٢) وتعذر عليه ردها، فقال الهادي: لا يضمنها^(٣)، وقال المؤيد بالله: بل يضمنها. قال الفقيه محمد بن سليمان: وهو الأصح.

فرع: وحكم الرهن في الوجه الأول قد بطل^(٤)، وكذا في الثاني^(٥) إلا حيث العدو بغاة ولم يخربوها، ذكره في الزهور، وأطلق في التذكرة واللمع أنه يبطل. وفي الوجه الثالث هو باق ما لم يخربوها. قلنا: وإذا عادت إليه بقيت معه رهناً ولو قد ضمنها^(٦)، وعلى قول المؤيد بالله إذا كان قد ضمنها أو سقط من الدين بقيمتها ثم رجعت ملكها. وكذا في الرهن المنقول إذا غصب عليه ثم ضمنه ثم رجع فقد صار ملكاً له عند المؤيد بالله، لا عند الهادي.

فرع: وكذا في الأرض إذا غلب عليها الماء حتى بطل نفعها^(٧) أو العبد إذا

(١) سواء كانوا كفاراً أو بغاة. (قررو).

(٢) ثم أزعموه بعد ذلك عنها. (شرح فتح). ثم أخربوها من بعد أو تعذر ردها فإنها تخرج عن الرهنية والضمان على الصحيح من المذهب، وهو اختيار المؤلف. (شرح بهران).

(٣) لأن من أصله أنه لا يضمن من غير المنقول إلا ما تلف تحت يده.

(٤) وفي الغيث: ولا يخرج عن الرهنية ولا عن الضمان. (غيث). ومعنى عدم خروجها عن الرهنية لوجوب الإبدال حيث لم يقاص. ومثله عن الذماري. (قررو).

(٥) حيث أخربت أو استولى الكفار عليها. (قررو).

(٦) يعني على قول الفقيه محمد بن سليمان للهادي، والمذهب عدم الضمان. (قررو).

(٧) ولا يعتبر كونه فيها؛ لأنه ليس ثمة ما يحول بينه وبينها، فيده ثابتة عليها. (برهان).

أبقى فإنه يضمنهما^(١)، وإذا ضمن أو سقط الدين بالقصاص ثم غاض الماء أو رجع العبد فعلى قول الهادي يعود رهناً^(٢) ويرجع بما ضمن، وعلى قول المؤيد بالله قد ملك الرهن.

مسألة: ويصح التوكيل في طرفي الرهن^(٣) ولو واحداً، وتعلق الحقوق فيه بالموكل، وتجب إضافته إليه^(٤)، وكذا في القرض والهبة^(٥) والعارية والوديعة والصدقة والنذر^(٦) والوصية وإجازة العقود الموقوفة^(٧).

مسألة: وإذا سقط الدين عن الراهن ببراءة^(٨) أو نحوه^(٩) بطل الرهن والضمان عن المرتهن^(١٠) ولو بقي في يده ولم يطلبه الراهن، وأما إذا بطل الرهن

(١) خلاف «غالباً» في الأزهار. والمختار ما في البيان.

(٢) فيكون القصاص مشروطاً بأن لا يعود.

(٣) يعني حيث يوكل غيره بأن يرهن عنه ماله أو بأن يرتهن له من الغير، وكذلك في القرض وما بعده. وقوله: ولو واحداً.. إلخ يعني يوكله الراهن ليرهن عنه، ويوكله المرتهن بالقبول والقبض. والمراد بطرفي الإجازة حيث باع فضولي مال زيد من فضولي لعمرو، ثم وكل زيد وعمرو بكرراً يبيح عنهما البيع الموقوف والشراء الموقوف. (بستان).

(٤) يعني: لفظاً. (ديباج) (قرئ).

(٥) بغير عوض.

(٦) بغير عوض.

(٧) في البيع والإجازة والصلح بمعنى البيع، فيصح أن يتولى طرفي الإجازة واحد، هذا مراده. (برهان).

(*) ولعله يتصور فيها طرفان حيث باع الفضولي مال غيره من فضولي آخر ثم وكل مالك المال والمشتري له وكياً يبيح عنهما البيع الموقوف والشراء الموقوف.

(٨) من الدين جميعه أو من الدفعة الأخيرة. (قرئ). وقد تقدم مثله عن حاشية السحولي.

(٩) هبة أو صدقة أو نذر أو وصية.

(١٠) قبل تلف الرهن، لا بعده. (قرئ).

بقبض الدين أو الإحالة به أو بالتفاسخ فقال المؤيد بالله: يسقط الضمان أيضاً، وقال أبو طالب: بل يبقى ما دام في يد المرتهن.

مسألة: وإذا غصب الرهن على المرتهن ضمنه^(١) إن كان منقولاً، وفي غير المنقول الخلاف الذي مر بين الهادي والمؤيد بالله.

مسألة: وإذا قام شفيع في الرهن حكم له به وكان ثمنه رهناً بدلاً عنه^(٢)، وكذا إذا رده الراهن على بائعه بخيار الرؤية أو العيب^(٣) فإنه يصح ويكون ثمنه رهناً بدلاً عنه.

مسألة: وإذا تلف الرهن بجناية عبد الراهن لم يضممه المرتهن^(٤)، وخير الراهن بين تسليم العبد رهناً أو تسليم قيمة الرهن تكون رهناً. وإن أتلفه عبد الغير أو عبد المرتهن ضمنه المرتهن^(٥)، وكان ما قبضه الراهن من القيمة أو العبد رهناً عند المرتهن حيث لم تقع القيمة قصاصاً عن الدين.

(١) يعني: قيمة الحيلولة. (قررو).

(٢) وذلك لأن عوض الرهن رهن مثله، ويصير رهناً من غير إيجاب ولا قبول. (بستان).

(٣) هذا ذكره السيد يحيى، وقد تقدم أيضاً في خيار الرؤية أن رهن المبيع لا يبطل الخيار؛ فلا يقال: إن رهنه إياه يبطل خياره. (بستان). بل يبطل خياره؛ لأنه تصرف. وهو ظاهر الأزهار في خيار الرؤية في قوله في الأزهار وشرحه: وبالتصرف، حيث قال في شرحه: نحو أن يبيعه أو يرهنه. وكذا في الغيث، إذا رهنه بعد العلم. (قررو).

(*) حيث رهنه قبل العلم بالعيب، وإلا كان رضا. (قررو).

(٤) **فائدة:** قال الدواري: إذا جنى الرهن على نفسه كالعبد يقتل نفسه ونحو ذلك فإن المرتهن لا يضممه؛ لأن الراهن كالجاني عليه.

(*) لأن يد عبده كيده.

(٥) وهل يضمّن المرتهن الزائد من أوفر القيم على قيمة العبد هذا المجني عليه يوم الجناية؟ قيل: يلزم.

مسألة: وتصح الزيادة في الرهن (١) والزيادة في الدين في رهن واحد، خلاف أبي حنيفة. وللمرتهن فسخ الرهن متى شاء، لا الراهن فلا يفسخه مادام فيه (٢) شيء من الدين.

مسألة: وإذا اختلفا فالقول قول الراهن في عدم الرهن (٣)، وفي عدم قبضه، وفي عدم إذنه بالقبض (٤)، وفي أنه هذا لا هذا (٥)، وفي بقاء الرهن، ويحلف على القطع استناداً إلى الظاهر - وهو البقاء - ما لم يظن (٦) صدق المرتهن بتلفه (٧).

فرع: وإذا ادعى ورثة المرتهن تلف الرهن في يد المرتهن قبل موته فقال في التذكرة والحفيظ: يقبل قولهم مع أيانهم. وفيه نظر؛ لأنه مخالف لما تقدم في ورثة العامل أن عليهم البيينة بالتلف أو بأن أباهم كان قد ادعاه وحلف عليه، فينظر في ذلك، ولعل الوجه في ورثة المرتهن أن الراهن يدعي عليهم وجوب تسليم الرهن وضمانه من ماله فكانت البيينة عليه، وأما الفرق بينهم وبين ورثة العامل فينظر فيه (٨)، ولعله يستقيم على قول المؤيد بالله: إن الظاهر بقاء فعليهم البيينة

(١) ولا تحتاج إلى عقد. (شامي) (قرر).

(٢) في (ب): عليه.

(٣) حيث هو في يده.

(٤) حيث هو في يده.

(٥) القول قوله في نفي ما عينه المرتهن، لا في إثبات ما عينه هو كما يأتي. (قرر).

(*) هذا من التعيين، ومن عين بين كما سيأتي، فينظر في ذلك. اهـ يحمل على ما لو عاد إلى

الراهن وديعة أو نحوها أو لم يأذن له بالقبض فالقول قول الراهن، والله أعلم.

(٦) أو شك. (قرر).

(٧) حيث هو في يده.

(٨) وقد يقال في الفرق: إنهم لما أثبتوه في التركة قبل قولهم؛ لأنهم لم يدعوا سقوطه، بل هم مقرون بضمانه في التركة، وما تقدم في المضاربة من دعواهم التلف يلزم من دعواهم سقوطه من التركة، والظاهر بقاء. اهـ وينظر إذا لم تكن مع الميت تركة. قلت: لعله يقال: الأحكام تتعلق بالغالب. (مفتي).

بالتلف، لا على قول أبي طالب فالقول قولهم^(١)، والله أعلم.

مسألة: وإذا ادعى المرتهن أنه قد رد الرهن فعليه البيئته، خلاف الناصر والشافعي^(٢)، وكذا إذا قال: هذا رهنيك وأنكره الراهن. فلو كان ذلك بعد سقوط الدين فإن كان سقوطه بالبراء ونحوه فالقول قوله؛ لأنه قد صار أميناً، وإن كان سقوطه بقبضه أو بعد فسخ الرهن فكذا عند المؤيد بالله، وعلى قول أبي طالب عليه البيئته.

فرع: فلو قال الراهن: رهني هذا أو أجود^(٣) من هذا الذي ادعت فعليه البيئته^(٤) به، وإن بينا معاً حكم للراهن بما ادعاه، وإن حلف أحدهما حكم له، وإن نكل حكم عليه، وإن حلفا أو نكلا^(٥) فالعبرة بيمين من عليه اليمين وينكوله.

مسألة: وإذا ظهر في الرهن عيب فادعى الراهن أنه حدث عند المرتهن،

(١) يعني: ورثة العامل. وكذا ورثة المرتهن.

(٢) لأنه أمين عندهما. (بستان).

(٣) يقال: القول قوله في نفي ما عينه المرتهن لا في كونه أجود منه. (إملاء) (مقرر).

(٤) وذلك لأنه يدعي على المرتهن شيئاً عنده وهو ينكره؛ فلذلك كانت البيئته على الراهن. (بستان).

(*) وعليه الأزهار: غالباً.

(٥) وفي البرهان ما لفظه: فإن حلفا حبس المرتهن حتى يسلم عيناً يصادقه الراهن عليها، أو يمضي وقت يغلب في ظن الحاكم أن الرهن قد تلف فيضمن قيمته. اهـ فإن نكلا جميعاً بطلت دعواهما وصار الرهتان لبيت المال^[١]، ذكره الفقيه علي. اهـ والأولى أن ما ادعاه الراهن يكون له بنكول المرتهن.

[١] وعلى قياس ما قرر في مسألة القصار أن ما جاء به المرتهن يبقى له؛ لأن إقراره مشروط بأن لا يطلب منه غيره.

وقال المرتهن: بل هو من قبل أن يقبضه - فالبينة على الراهن^(١)؛ لأنه يدعي تضمينه^(٢). وكذا لو كان الرهن قد تلف، إلا في صورة واحدة^(٣)، وهي حيث يدعي المرتهن أن دينه أكثر من قيمة الرهن ولم يقر الراهن بقدر الدين^(٤)، بل قال: كان لك دين ولي رهن وقد سقط ذا بذأ - فالبينة على المرتهن؛ لأنه يدعي زيادة الدين.

مسألة: وإذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن ليكون ثمنه رهنا فباعه ثم ادعى المرتهن أنه كان قد رجع عن إذنه قبل بيعه فعليه البينة^(٥)، وإن صادقه الراهن لم يقبل قولها على المشتري إلا ببينة، لكن يلزم الراهن استرجاع الرهن بما أمكن، وإلا غرم قيمته تكون رهناً. فلو صادقه الراهن في رجوعه ولكن قال: هو بعد البيع - فعلى قول الهادي القول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الرجوع، وعلى

(١) وفي هذا سؤال، وهو أن يقال: قد قلت في البيع: إذا اختلف البائع والمشتري مع من حدث العيب فالقول قول البائع، وعلى المشتري البينة على تقدم الحدوث مع البائع، وهنا قلت: القول قول المرتهن أن العيب كان حادثاً مع الراهن، فجعلتم الأصل تقدم الحدوث، وأجيب بأن المشتري يريد بدعواه فسخ البيع، والأصل بقاءه، فكانت عليه البينة، وهاهنا الراهن يريد بدعواه تضمين المرتهن، والأصل عدم الضمان، فكانت عليه البينة. (زهور). ومثله في الغيث.

(٢) والأصل البراءة عن ضمان الغصب. (بستان).

(٣) بل صورتان، الثانية: أن يكون ثم قرينة تدل على حدوث العيب مع المرتهن فالقول للراهن من غير بيينة ولا يمين. (غيث). لأن الضرورة تكذبه.

(*) غالباً في الأزهار.

(٤) فإذا أقر بقدره فعليه البينة؛ لأنه يدعي تضمين المرتهن. (كواكب). بزائد القيمة؛ إذ الظاهر ما ادعاه المرتهن. (تبصرة).

(٥) لأن الأصل عدم الرجوع. (بستان).

(*) وهو الأزهار في قوله: ورجوع المرتهن عن الإذن بالبيع.

قول المؤيد بالله القول قول المرتهن؛ لأن الأصل عدم البيع، وهو الأصل الأول.
فإن كان أذن له بالبيع لينتفع بثمنه لم يصح رجوع المرتهن عن الإذن^(١)؛ لأنه
قد بطل الرهن^(٢).

فروع: وكذا فيمن وكل غيره بنكاح أو طلاق ثم عزله واختلفا هل عزله قبل
الفعل أو بعده فهو على هذا الخلاف^(٣).

مسألة: وإن اختلفا في تسليط الراهن على البيع هل هو مطلق أو مقيد بزمان
أو بثمن معلوم فالبيئة على مدعي التقييد^(٤)، فلو اتفقا على أنه قيده بثمن معلوم
واختلفا في قدره بعد البيع فيحتمل أن القول قول المرتهن^(٥)، ويحتمل أن يأتي
على الخلاف في مسألة القباء^(٦)، وهو الأولى.

(١) لأن إذنه له يبيعه بمنزلة التفاسخ كما تقدم. بل تفاسخ على ظاهر البيان المتقدم.

(٢) لا الضمان على قول أبي طالب.

(٣) الأزهار في الطلاق: والقول بعد الوقت^[١] للأصل في نفي الفعل، لا حاله فللوكيل.

(٤) إن كان التسليط مقارنا للعقد فالقول للمرتهن، وإلا فمع الاختلاف إن كان بعد البيع
فكذلك، وقبل البيع القول قول الراهن؛ لأنه عزل للوكيل كما في نظائره. (قررو). ولفظ
حاشية السحولي: فأما غير المقارن فللراهن عزل المرتهن عنه، أعني فلو أنكروا المرتهن
التقييد في غير المقارن لم يكن لإنكاره فائدة^[٢]؛ لأن الراهن يعزله عن التسليط ولو كان
مصادقاً له على الإطلاق. (حاشية سحولي لفظاً). (قررو).

(*) وذلك لأن الأصل عدمه. (بستان).

(٥) لأن الراهن يدعي التعدي والمخالفة. (بستان).

(*) ما لم يغيب غيباً فاحشاً. (قررو).

(٦) فعلى قول المؤيد بالله والوافي القول للراهن؛ لأن الأصل عدم الإذن، وعلى قول أبي
طالب القول قول المرتهن؛ لأن الأصل عدم التعدي. (كواكب).

[١] أو بعد العزل. (هداية) (قررو).

[٢] وهذا بناء على أن الإنكار عزل، وهو المذهب. (قررو).

مسألة: والقول قول المرتهن في قدر قيمة الرهن^(١)، وفي عدم الأجل بالدين، وفي قدر الأجل، لا في انقضاء مدته بعد اتفاقهما على قدرها فعليه البينة. **فروع:** فلو كان مع المرتهن شيء آخر وديعة للراهن ثم جاء إليه بأحدهما فقال: هذا رهنك والوديعة قد تلفت، وقال الراهن: بل هذه الوديعة - فالقول قول المرتهن مع يمينته أن الوديعة قد تلفت، فيكون الباقي هو الرهن^(٢).

مسألة: من ارتهن عصيراً ثم اختمر عنده ضمنه^(٣)، فلو عاد خلاً فقبل الضمان والقصاص عن الدين يعود رهناً^(٤)، وبعد أحدهما كذا عند الهادي،

(١) ظاهره ولا عبرة بزيادتها على الدين أو نقصانها.

(٢) الأزهار: وفي أن الباقي الرهن.

(٣) وذلك لبطلان الملك، كما لو ماتت البقرة ونحوها. (بستان بلفظه). هلا قيل: السبب من عند المالك فلا يجب عليه ضمان، كما إذا ارتهن عبداً مرتداً من عند الراهن ثم قتل برده، ينظر. اهـ يقال: هو تلف بزيادة حصلت مع المرتهن، فأشبه ما لو ارتهنه مريضاً ثم مات عنده. وقرره الشامي.

(٤) قال الفقيه يوسف: وهو الصحيح، كالأرض إذا صارت نهراً ثم نصب الماء عنها.

(*) وذلك لزوال المانع، كما لو أسلمت زوجة الكافر دونه فإن وطئها عليه حرام، فإذا أسلم في العدة بقي العقد كما كان. (بستان). إن قيل: هنا قد بطل الرهن فلا يعود إلا بتجديد عقد، بخلاف هناك فلا يفسخ النكاح إلا بعد انقضاء العدة، إلا أن يقال: بطلانه مشروط بعدم عوده خلاً فينظر. إن قلت: فيلزم لو رجعت الأرض بعد قبض الكفار لها ونحوه، قلت: قد ملكت، بخلاف هنا فحق المالك ثابت كصيد المحرم. وفيه تأمل؛ إذ له حق كما سيأتي في السير في التفصيل قبل القسمة وبعدها، ولعله يقال: يلزم منه تبعض الدار، ولهذا لم يرتجع رسول الله ﷺ ما كان من ربايع بعد ملك عقيل وأخيه نهشل^[١]. يقال: إذا ارتفعت يد الكفار فلا تبعض، وقوله ﷺ: ((ما ترك لنا عقيل من ربايع)) يحتاج إلى نظر؛ إذ مكة لا تملك.

[١] في المطبوع بدل وأخيه نهشل: وأخذه شرط.

وعند المؤيد بالله يملكه.

فرع: فلو قال المرتهن: قبضته خمرأ، وقال الراهن: بل اختمر عندك - فالبينة على المرتهن؛ لأنه يدعي فساد الرهن، وعلى قول المؤيد بالله وأبي العباس وأبي حنيفة: القول قوله، وقال الفقيه حسن: إن كان الخمر باقياً^(١) فالبينة على الراهن؛ لأنه يدعي تضمين المرتهن، وإن كان تالفاً^(٢) فالبينة على المرتهن؛ لأن الظاهر وجوب الضمان، وهو يدعي سقوطه. وهذا أولى.

فرع: فلو كان الرهن صيداً ثم أحرم المرتهن فالأقرب أنه يبطل الرهن^(٣) ويبقى ضمانه على قول أبي طالب، لا على قول المؤيد بالله.

مسألة: وإذا رهن شخصان رهناً عند واحد ثم قال المرتهن: «هو في مائة» وصدقه أحدهما^(٤)، وقال الآخر: هو في خمسين - لم ينفك الرهن إلا بتسليم خمسة وسبعين^(٥)، ولا تقبل شهادة المصدق على المنكر؛ لأنه يجر إلى نفسه أن

(١) الأزهار: وهي باقية.

(٢) أو خلاً. (شرح أزهار).

(٣) قوي، أي: حق الحبس؛ لزوال القبض. (قرير).

(*) فلو أحرم الراهن فلعله يبطل الرهن، وإذا أتلغه المرتهن أو أكله أو تلف فلا شيء عليه، وإذا حل المالك وهو باق رد له. و(قرير). وعاد رهنا وضمانا. (قرير).

(*) ومتى حل من إحرامه عاد رهنا. (منقولة). وقرره الشامي. (قرير).

(٤) ويكون ثمرة هذا لو مات المنكر والمقر وارث له.

(٥) يعني فخمسين من جهة المصدق، وخمسة وعشرين من جهة الآخر. وهذا على قولنا: إن رهن المشاع لا يصح؛ فيكون كل واحد منهما كأنه استعار حق صاحبه ورهنه الكل، لكنه يقال: أليس قد أقر أحدهما أنه لا ينفك إلا بتسليم مائة^[١]؟ فيلزم على هذا أن المقر لا يأخذ الرهن إلا بتام المائة. وأما على القول بأن رهن المشاع يصح فمتى سلم المكذب ما عليه انفك نصيبه. (بستان).

[١] ولعل الخمسة والسبعين من المقر، وخمسة وعشرين من المنكر، وقد ذكر معناه في الكواكب.

يكون له حق الفك بالزائد^(١) عند مطل صاحبه أو إعساره ثم يرجع به.

مسألة: من له على غيره ألفان فرهنه رهناً أو ضمن له ضمناً عن ألف، ثم قضاه ألفاً ثم قال: هو الذي فيه الرهن أو الضمين، وقال المرتهن: عكسه - فالبيته على الراهن^(٢)، ذكره في التذكرة والحفيظ؛ لأنه يدعي إسقاط حق المرتهن من الرهن أو الضمين. وقال أصحاب الشافعي: بل يقبل قوله مع يمينه؛ لأن العبرة بنيته فيه عند الدفع، وهي لا تعلم إلا من جهته. وقواه الفقيه يوسف. قالوا: وإذا لم يكن له نية عند الدفع فلهم فيه قولان: أحدهما: أنه ينويه من بعد عن أيها شاء، والثاني: أنه يكون من الألفين معاً^(٣). وكذا لو أبرأه المرتهن من قدر معلوم ولم ينويه من أحد الدينين ففيه القولان.

(١) يعني: على ما أقر به الآخر.

(٢) الأزهار: وبعد الدفع في أن ما قبضه ليس عما فيه الرهن أو الضمين.

(٣) قولي حيث نوى ألفين جملة، لا حيث لا نية له فله أن يسترد ألفاً. (شامي).

كتاب العارية^(١)

يجوز فيها التشديد والتخفيف وحذف الياء.

وهي تنقسم إلى واجب ومندوب ومحظور ومكروه، فالواجب^(٢) عند خشية الضرر بالغير إن لم يعره ما لا قيمة لمنفعته في مدة العارية، فأما ما لمنفعته قيمة فلا يجب إلا بأجرة^(٣).

وأما المندوب فهو عند حاجة الغير إليه. وأما المحظور فنحو عارية الأمة الحسنة^(٤) ممن لا يؤمن عليها، وعارية الصيد أو جلده من المحرم، وكذا عارية آلة الاصطياد من المحرم ليصطاد بها، وعارية السلاح للبغي به، وما أشبه ذلك، وعارية العبد المسلم من الكافر على قول من لا يميز إجارته ويبيعه منه^(٥)، لكن ما يكون حكم ذلك الشيء المعار في يد المستعير، هل مضمون عليه أو أمانة؟ الأقرب أنه يكون أمانة؛ لأنه ليس في مقابلة عوض باطل. وأما المكروه فعارية العبد من ولده ليخدمه^(٦)، وعارية العبد المسلم من الكافر على قول من يميز

(١) هكذا في المطبوع، وفي المخطوطات الأربع: باب العارية.

(٢) ينظر ويبحث عن وجه الوجوب، وهل يناسب الأصول أم لا؟ (إملاء شامي). لعله حيث كان يخشى على الغير التلف أو الضرر من البرد إن لم يعره الثوب ومالكه غير محتاج إليه، ولم يطلبه المضطر بيعاً أو إجارة كما تقدم في باب النفقات. (سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمته الله).

(٣) لعله إذا لم يكن من باب سد الرمق أو على أصل المؤيد بالله.

(٤) ولعله من باب قبح السب لقبح المسبب كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ...﴾ الآية [الأنعام: ١٠٨]، ولأنه من التعاون على الإثم، وقد نهى الله عنه.

(٥) المذهب الجواز مع الكراهة. (قرر).

(٦) لمنافاته توقيره.

إجارته وبيعه منه، وعارية الأمة الحسناء من غير محرم لها^(١). وأما المباح فما خرج عن ذلك^(٢).

مسألة: وهي تقتضي إباحة المنافع^(٣) لا تملكها، خلاف الحنفية^(٤)، وفائدة الخلاف بيننا وبينهم هل يجوز للمستعير أن يعير غيره لمثل ما استعاره أم لا^(٥)، ويوافقونا أنه لا يؤجرها^(٦)، وأن للمعير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقة أو مؤقتة أو لذي رحم^(٧)، وإذا شرط عليه المعير أن لا يعير غيره لم يجز له أن يعير^(٨).

مسألة: وإنما تصح العارية من مالك المنافع^(٩) إذا كان بالغاً عاقلاً غير

(١) ويؤمن عليها من المحظور عنده ومنه.

(*) ثقة. مأمون عليها.

(٢) ما لم يقصد وجه المعاونة، فإن قصد صار مندوباً.

(٣) ولا يعتبر فيها عقد، بل يكفي الإذن بالانتفاع أو ما يدل على الإذن. (شرح بهران لفظاً، وبحر معني).

(٤) قال عليه السلام: هم الجصاص وأبو بكر الرازي وأبو سعيد البرذعي. حجتنا: أنه يجوز الرجوع فيها، ولأنها لو كانت تملكاً لجاز أن يؤجرها. وحجتهم أن عارة الدراهم والدنانير تملك، فكذا في سائر الأعيان تكون تملكاً لمنافعها. قلنا: الدراهم والدنانير لا يمكن الانتفاع بها مع البقاء، فانقلبت عاريتها قرضاً. (بستان).

(٥) إلا لعرف. (قررو).

(٦) إلا لعرف.

(*) أما عندنا فلأنها إباحة، وأما عندهم فلأنه ربح ما لم يضمن.

(٧) قال الفقيه يوسف: وقد قيل: إذا كان ذا رحم ملك المنافع فلا يصح الرجوع، وقد صرحوا بخلافه.

(٨) وفاقاً.

(٩) ونحوه كولي الصبي والمجنون لمصلحة، وولي الوقف، ذكره المؤلف. (قررو).

محجور عليه، ولو كان مستأجراً لها أو موصياً له بها^(١)، وكان المعار مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على وجه يحل^(٢).

مسألة: وكل ما تصح إجارته من المستعير صحت إعارته منه، وأما ما لا تصح إجارته فمنه ما تصح إعارته كالمصحف وكالهدى لمن فدحه^(٣) المشي، والمؤجر على قول المنتخب^(٤) وأبي العباس، وما استحقت منافعه بالوصية على قول أبي طالب والقاضي زيد والأزرقي: إنها لا تورث عنه^(٥)، وقال الإمام يحيى ومالك: إنها تورث عنه؛ فتصح إجارته^(٦). ومنه ما تنقلب عاريتة قرضاً^(٧)، وهو المكيل والموزون، إلا أن يكون للعيار أو للحك به صحت عاريتة. ومنه ما تكون عاريتة كالعمرى، وهو الشاة ونحوها للبن أو للصوف والشجر للثمر،

(١) ظاهر هذا أن قد ملك المنافع، وسيأتي خلافه في الوصايا. قيل: لعل الوجه أنها إباحة قوية، فيصح عاريتها لهذا الوجه. (شامي). و(قررو).

(*) بالمنافع، لا بالسكنى فليس له أن يعير. (قررو). لأنه يشبه المستعير.

(٢) لتخرج الأمة إذا استعيرت للوطء فإن ذلك لا يصح. (قررو).

(٣) فدحه الدين كمنع: أثقله. وفوادح الدهر: خطوبه. وأفدح الأمر واستفدحه: وجده فادحاً، أي: معضلاً صعباً. والفادحة: النازلة. (قاموس بلفظه).

(٤) وعلى قول الأحكام وأكثر العلماء يصح تأجيرها. (قررو).

(٥) المذهب أنها تصح إعارته ولا يورث. ولا تصح إجارته. وسيأتي صريح البيان في الوصايا في قوله: مسألة: ومن أوصى لغيره بما يثمره بستانه إلخ. (سماع).

(*) حيث أوصى له بالغلة، فإن أوصى له بسكنى داره أو نحوها لم يكن له التأجير ولا الإعارة. (قررو).

(٦) وعن عامر أنها تصح إجارته ولا تورث. اهـ

(٧) مع العلم من المالك أنه أراد استهلاكه، وإلا فغصب. (قررو).

(*) صحيحاً. (معيار) (قررو).

وحكمها حكم العارية^(١). ومنه ما لا تصح عاريتها كالأمة للوطء، فلو استعارها له ووطئها حد مع العلم بالتحريم، لا مع الجهل.

مسألة: والمعار أمانة لا يضمن إلا بجناية أو تعد أو تفريط في الحفظ، أو شرط عليه الحفظ أو الضمان^(٢). ومن التعدي أن يستعملها في غير ما استعارها له، قال الفقيه علي: ولو كان أقل مضره^(٣)، وقال في الانتصار والتفريعات^(٤): يجوز في مثله أو دونه^(٥). ومن التفريط أن ينساها فضاغت^(٦)، خلاف الإمام يحيى. وشرط الضمان فيها يصح سواء شرطه المعير أو المستعير عند طلبها أو بعده، وكذا طلب الرهن عليها أو قبضه يكون تضميناً لها^(٧).

(١) ظاهره سواء كانت مطلقة أو مقيدة؛ لأن لفظ العارية يقتضي الرد. اهـ وفي هامش شرح الأزهاري على قوله: «وإلا فعمري» ما لفظه: مع الإطلاق هبة، ومع التقييد عارية^[١]، تتناول إباحة الأصلية مع الفرعية إلا الولد إلا فوائده. و(قرر).

(٢) ولعل الضمان يكون بأوفر القيم^[٢] من القبض إلى التلف. (كواكب معني). حيث قارن التضمن، وإلا فمن يوم التضمن. (قرر).

(٣) مع عدم العرف. (قرر).

(٤) وقواه في البحر.

(٥) مع العرف. (قرر).

(٦) ظاهر هذا أن الضياع ليس بتفريط إذا قد حفظها حفظ مثلها. والمختار أن الضياع تفريط فيضمن. ولفظ حاشية في الوديعة: مسألة: وتضمن الوديعة بالنسيان والضياع؛ إذ هو تفريط. وقال الإمام يحيى: لا؛ إذ الناسي معذور. قلت: من الإثم فقط؛ بدليل ضمان الجناية. (بحر).

(٧) في الأثر: بنحو تضمين. اهـ وأراد بنحو التضمن أن يستعير شيئاً ليرهنه فإن المستعير يضمنه حال الرهنية وقبلها وبعدها كما تقدم. (شرح بهران) (قرر).

[١] وذلك حيث قال: أعرتك الشاة لتتفع بنائها، فأما لو قال: «أعرتك الشاة تتفع بها» لم يجز استهلاك النماء. (كواكب) (قرر).

[٢] مع شرط الحفظ أو الضمان. (قرر).

فرع: والعارية المضمنة تنقلب إجارة، كأنه استأجره على حفظها بمنافعها، ذكره في الشرح^(١)، قال الفقيه يوسف: لكن حيث تكون المدة معلومة والمنفعة معلومة فهي إجارة صحيحة^(٢)، وحيث تكون مجهولة فهي فاسدة تجب فيها أجره المثل على المستعير، وله أجره الحفظ إذا كان لذلك أجره^(٣). وعند أبي حنيفة: أنها لا تضمن بالشرط. وعند الناصر والشافعي أنها مضمونة^(٤).

فرع: وإذا ولدت العارية المضمنة لم يدخل أولادها في الضمان^(٥) ولا في العارية؛ لأن حق المستعير في منفعتها لا في رقبته.

مسألة: والعارية يجب ردها متى انقضى وقتها إن كانت مؤقتة، أو متى فرغ مما استعارها له، أو متى بطلت بموت المعير أو جحوده لها^(٦) أو طلبه لها^(٧).

(١) قال في الزهور: فيلزم أن يعير ويؤجر. ونظره في البحر. اهـ والمذهب أنها تكون إعارة على بابها ولا تنقلب إجارة، وهو العرف.

(*) قال بعض مشائخنا: وفيه نظر، والأولى أنها عارية على بابها، فتضمن بقيمتها يوم القبض. (مقصد حسن).

(٢) لعله في المحقرات، أو بناء على أن الإجارة تصح من غير عقد. وفي الأثمار: مع تكامل الشروط المتقدمة في الإجارة، فعلى هذا تصح إيجارها وإعارتها، وظاهر إطلاقهم المنع من ذلك.

(٣) وإلا فلا شيء، وأما الضمان فلعله يجب إذا تلفت ولو لم تجب الأجرة، كما في الإجارة الفاسدة حيث لم يعمل الأجير المشترك ولم يستحق أجره. (برهان).

(٤) وإن لم يضمن. (شرح أزهار). لقوله ﷺ: ((على اليد ما أخذت حتى ترد)).

(٥) فتكون كما يلقيه طائر أو ريح في ملك. (قرو).

(٦) أي: جحود كونه أعاره إياها.

(*) في وجه المستعير.

(٧) إذ هو رجوع.

مسألة (١): من استعار أرضاً للبناء فيها أو الغرس فيها ففعل ثم رجع المعير صح رجوعه مطلقاً^(٢)، ولا شيء عليه في المؤقتة بعد مضي وقتها، فيجب عليه تفرغها، إلا حيث على الشجر ثمر فتبقى بالأجرة إلى إدراكه^(٣)، وأما قبل مضي وقتها أو في المطلقة فيخير المستعير^(٤) بين ترك البناء أو الغرس للمعير ويأخذ منه قيمته قائماً غير مستحق للبقاء إلا بأجرة إلى انقضاء المدة في المؤقتة وفي المطلقة مطلقاً وبين رفعه ولا أرش له إلا عند المؤيد بالله^(٥).

مسألة: من استعار حائطاً لبني عليه أو ليحمل عليه جذوعاً فللمعير أن يرجع متى شاء ويأمره برفعه^(٦)، لكن في المطلقة وفي المؤقتة قبل مضي وقتها يرجع عليه المستعير بما غرم فيه؛ لأنه غار له، ذكره في اللمع^(٧)، قال في البحر:

(١) هذه المسألة البيان فيما يأتي في قوله: مسألة: ومن استعار أرضاً ليزرع فيها.

(٢) سواء كانت مطلقة أو مؤقتة.

(٣) وكذا الزرع حيث لم يقصر^[١]، وأما حيث قصر حتى تعدى المدة المؤقتة - أو المطلقة إذا تأخر عن العادة، ذكره في تذكرة علي بن زيد - فيخير المالك بين أن يأمره بالقلع أو يضرب عليه من الأجرة ما شاء. (قرئ).

(*) ونظير هذا ما في الأزهار في الإجارة في قوله: وإذا انقضت المدة.. إلخ.

(٤) حيث الطالب للرفع المعير فكما ذكر، وإن كان الطالب المستعير فلا يخير حينئذ. وقول المؤيد بالله هو القوي للزوم حيث اختار الرفع.

(٥) ما لم يشترط عليه الرفع عند الرجوع فلا خيار.

(٦) فرع: فإن تمرد المستعير عن رد الخشبة ونقض بنائه وقلع غرسه مدة ثم نقض استحق المعير أجرة الخشبة في تلك المدة، والمستعير أرش البناء بعدها، فيتقاصان أو يترادان. (معيار بلفظه).

(٧) ومثل الذي في اللمع في المذاكرة أيضاً لا خيار للمستعير إلا في عارية الأرض للبناء والغرس، لا في عارية الجدار للبناء أو وضع الخشب فلا خيار للمستعير، بل يرفع ما وضعه عليه ويرجع بما غرم على المعير. والذي في التذكرة أن الخيار فيها على سواء، وهو الذي في الأزهار.

[١] أجرة المثل حيث لم يقصر. (قرئ).

وكذا فيمن أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً أو مدفنًا فلا يطم الحافر ما حفر^(١)، بل يأخذ ما غرم فيه^(٢).

فروع: ويصح من المعير والمستعير أن يبيعا الأرض والبناء أو الغرس، ويكون الثمن بينهما على قدر قيمة الأرض وقيمة البناء أو الغرس، وهي ما بين قيمة الأرض وفيها البناء أو الغرس وقيمتها وليس فيها بناء ولا غرس، ذكره في البحر.

مسألة: ولا يضمن المستعير ما نقص من الرقبة المعارة^(٣) بالانتفاع الذي أعيرت له، قال الفقيه حسن: ولو شرط المعير ضمانه^(٤)، وقال الفقيه يوسف: إذا شرط ضمانه وجب.

(*) هذا بناء على أن الأحجار ونحوها من المعير ليستقيم كلام الكتاب للمذهب. (قررو).

(*) المذهب التخيير الأول كما في الأزهار.

(*) **فائدة:** قال في المعيار: صار برجوعه جانباً على حق المستعير؛ إذ ألزمه الهدم، فيلزمه الأرش، وهو قيمة العمل وما نقص من الأعيان بالهدم. وكيفيته أن يقوم البناء الذي على الخشبة مستقلاً أو منضمّاً إلى غيره، ثم يهدم ثم يقوم بعد ذلك، فيسلم المعير ما بين القيمتين سواء كان مثل الغرامة أو أقل أو أكثر وأجرة الهدم على المستعير؛ إذ هو حق عليه. (معيار). وكلام البيان عن اللمع كما ترى خلاف هذا.

(١) لأن التراب ملك غيره فماله أن يطمه.

(٢) المذهب التخيير كما في الغرس سواء أه وهو الذي في التذكرة والأزهار. (قررو).

يستقيم إذا كان في البئر أو المدفن بناء يملكه المستعير، وإلا فليس له إلا الغرامة كما ذكره

في البحر. (سماح سيدنا علي عليه السلام) (قررو).

(٣) قال في الحفيظ: ولو الكل. (قررو).

(٤) لم يصح كما في الإجارة، وقال الفقيه يوسف: بل يصح هنا؛ لأن له منعه من الانتفاع

الذي يؤدي إلى ذلك، بخلاف الإجارة فليس له منعه منه. (بستان).

(*) قواه عامر والسحولي والشامي. ومثله في الأزهار في شرح قوله: لا ما ينقص بالانتفاع.

مسألة: من استعار أرضاً ليزرع فيها فللمعير الرجوع قبل إلقاء البذر فيها، وكذا لو استعارها للقبر فيها فللمعير الرجوع قبل الدفن^(١)، لا بعده^(٢) إلا متى سبغ الميت أو حملة السيل^(٣) أو صار تراباً^(٤).

مسألة: من استعار خاتماً ثم نزعه عند وضوئه فابتلعه حية أو نحوها لم يضمن إن وضعه في موضع جرت العادة بالوضع في مثله^(٥)، وإن لم يضمن^(٦).

مسألة: وإذا أودع المستعير العارية عند غيره ثم تلفت ضمنها إلا أن يكون لعذر^(٧)، نحو أن يخاف عليها وصاحبها غائب^(٨).

مسألة: وإذا رد المستعير العارية مع من جرت عادته بحفظ ماله معه^(٩) أو مع من جرت عادة المالك بحفظ ماله معه كالولد والعبد والزوجة والخادم

(١) وله الرجوع قبل أن يهال عليه التراب ولو قد وضع في قبره، ويلزم المعير مؤنة الحفر، ولا يلزم المستعير تسوية الحفر؛ لأنه حصل بإذن المعير. (حماطي). وقيل: لا تلزم مؤنة الحفر على المقرر. ولعله يمكن الفرق بين كلام البحر المتقدم في المسألة الأولى وهنا بأن البئر والمدفن يعودان إلى المالك فلذلك لزمته الغرامة، ولا كذلك القبر.

(٢) ولا أجرة من بعد رجوعه؛ للتأييد. (كواكب). وفي البحر: تجب الأجرة من يوم الرجوع. (منه). وفاء بالحقين. (حاشية سحولي). وقرره المفتي والشامي.

(*) الأزهار: وتؤيد بعد الدفن. (قررد).

(٣) فترجع لصاحبها وإن لم يطلبها. (قررد).

(٤) يعني: والحرمة باقية يجوز الدفن لا الزرع. و(قررد). أما القبر فيجوز ولو قبل الرجوع كما لو كان مسبلاً. ولفظ حاشية: لكن له الرجوع ويأذن لمن شاء بالدفن فقط. (قررد).

(٥) سواء جرت العادة بنزعه أم لا، خلاف ما في شرح الأزهار.

(٦) ذكره الفقيه علي، وقال الفقيه حسن: يضمن مطلقاً، وقال في الحفيظ: يضمن في الوضوء لا في التيمم.

(٧) أو حيث جرت العادة بالإيداع. (قررد).

(٨) أو حاضر في غير موضع القبض ولم يقبلها. (قررد).

(٩) ولعل العادة في ذلك تختلف بحسب الشيء المعار. (كواكب) و(قررد).

فتلفت معه لم يضمن^(١)، إلا أن يفرض فيها الحامل^(٢) ضمنها^(٣) لمالكها. وكذا مع من جرت العادة بالرد معه ولو كان أجنبياً، وإن ردها مع أجنبي لم تجر به العادة فهما ضامنان، والقرار على الحامل إن جنى أو فرط أو علم بأنها للغير، وإن لم فعلى المستعير؛ لأنه غره، وإذا ردها الأجنبي إلى المستعير لم يبرأ منها^(٤)؛ لأنه قد صار المستعير متعدياً.

مسألة: وإذا سيب المستعير الدابة بإذن مالكتها برئ، فإن سببها بإذن ولده أو زوجته لم يبرأ منها إلا حيث كانت بالقرب من الولد بحيث يمكنه قبضها بغير تكلف^(٥)، وإلا حيث جرت العادة بتسييب الدواب، فإذا تركها حيث العادة جارية بالترك فيه فلا شيء عليه^(٦) ولو بغير إذن أحد^(٧).

مسألة: وإذا حصل من المستعير تعد في العارية ثم زال فالضمان باق، خلاف أبي حنيفة وأحد قولي أبي العباس^(٨). ومن التعدي أن يعيرها غيره أو يودعها لغير عذر، أو يجاوز بها المسافة^(٩) أو المدة التي استعارها لها، أو يحمل^(١٠) أو

(١) وهو الأزهار في قوله: ويكفي مع معتاد وإلى معتاد.

(*) قيل: إلا أن يشرط عليه الرد إلى يده لم يبرأ بالرد إلى من جرى العرف بالرد إليه؛ لأن العرف يبطله الشرط، ولأن له أن يتحكم في ملكه. (قرئ). وقيل: القياس وإن شرط كما قرر فيمن ضمن أثر الاستعمال.

(٢) المكلف أو مميز. وقيل: لا فرق. (قرئ).

(٣) أي: الحامل. (قرئ).

(٤) يقال: ليس بمكره، والقياس أنه يبرأ.

(٥) لأنه كالقبض، وهذه هي الحيلة. (قرئ).

(٦) لأنه لا تفريط منه ولا تعد.

(٧) مع علم المالك أن قد أوصلها الموضع المعتاد للتسييب، أو كانت عادتها تأوي إليه من غير أحد. (قرئ).

(٨) يعني: فتعود أمانة بزاول التعدي. قلنا: لا تعود أمانة بعد التعدي؛ لأن العدوان يوجب الضمان. نعم، هذه رواية الشرح والبرهان عن أبي حنيفة، وقد يروى عنه مثل قولنا. (بستان).

(٩) فيما لمثله أجرة. (سماح سحولي). وقيل: وإن قل.

(١٠) وينقل، لا لوزن قبل نقلها. (قرئ).

ينتفع غير ما استعار له أو أكثر، أو يسلك بها طريقاً غير ما سمي^(١) أو غير معتاد لما استعاره، أو يترك ردها بعد الفراغ لغير عذر، أو يرد الدابة إلى صبل المعير ولم يربطها وعادتها الربط^(٢)، وإن كانت لا تعتاد الربط برئ بردها إلى الصبل إذا جرت به العادة.

مسألة: وإذا أركب المستعير غيره معه وجبت أجره الدابة وضمانها إن تلفت عليهم على عددهم^(٣)، فإن أوهم الرديف أن الدابة له فقد غره، فيرجع عليه بما لزمه من ضمانها، لا من أجرتها^(٤) إلا على قول أبي مضر، وإن لم يوهمه شيئاً بل سكت ففي رجوعه عليه تردد^(٥).

(١) أصعب منه، أو على قول الفقيه علي الذي تقدم. فإن كانت مثلها أو أسهل جاء الخلاف المتقدم بين الفقيه علي والانتصار والتفريعات. (قرور).

(٢) فيصير حينئذ متعدياً، وتجب عليه الأجرة في كل المواضع التي صار فيها متعدياً؛ لأنه صار غاصباً، فتلزمه أجره المثل، ذكره في التذكرة والكواكب.

(٣) أما في ضمانها فكذلك^[١]، وأما في الأجرة فعلى قدر أجره المثل. (و(قرور)).

(٤) وذلك لأنه قد استوفى ما قبله إلا على قول أبي مضر، كما في المشتري إذا انتفع بالمبيع ثم استحق عليه، ويرجع بضمان الرقبة كما إذا تلفت العارية أو الوديعة أو المؤجرة ثم استحققت فإنه يرجع بما ضمن لمستحقها على الغار له، وكمن قال لغيره: «تزوج هذه الحرة» فتزوجها ثم بانته فإنه يرجع بما غرم من قيمة أولادها على من غره، وكمن استحفر غيره في موضع أو همه أنه له ثم بان طريقاً فإنه يرجع بما ضمن، وكمن قال لغيره: «اذبح هذا الحيوان أو أحرق هذا الشيء فهو لي» ثم بان لغيره فإنه يرجع عليه بما ضمن، ذكر ذلك في الكواكب. (بستان). فلو لم يكن من الأمر إيهام بأن ذلك الشيء له، بل سكت - ففيه احتمالان هل يرجع عليه ويكون سكوته مع الأمر تغريراً له، ذكره الفقيه محمد بن يحيى، ونحن نحفظ للمذهب أنه لا يرجع. مسألة: السكوت ولو بعد السؤال في كل شيء ليس بتغريير على القوي. (مقصد حسن).

(٥) المذهب أنه يرجع ما لم يتلف بالمباشرة. وقيل: لا يرجع^{قوي}. ومثله في المقصد الحسن.

[١] كما لو طعن أحدهما مائة طعنة والآخر طعنه واحدة.

مسألة: من استعار دابة أو ثوباً أو نحوه ليتنفع به في الحضر ثم سافر به أو العكس^(١) صار متعدياً غاصباً، وإن استعاره مطلقاً فيرجع في ذلك إلى العادة^(٢) هل هو يستعار للحضر أو للسفر، وإذا كان للسفر مطلقاً يرجع فيه إلى العادة في قدر السفر.

مسألة: ويرأ المستعير برد الدابة إلى السائس، لا برد الدرّة^(٣) ونحوها^(٤) إليه؛ لعدم العادة بذلك.

فرع: والرقبة المؤجرة كالعارية في أنه يبرأ بردها إلى الصبل وإلى ولد المالك ونحوه على الأصح^(٥)، وأما الوديعة والمغصوب فلا يبرأ بردهما إلا إلى المالك أو وكيله، والفارق بين ذلك العادة. وفي اللقطة قولان^(٦).

مسألة: من أمر غيره يستعير له دابة أو نحوها إلى بلد معين فاستعارها له

(١) لعله على قول الفقيه علي، لا على كلام التفريعات إذا كان دونه أو مثله.

(٢) أي: عادة العين هل تعار للحضر أو للسفر، فإن كانت تستعمل لهما فليل: بعادة المعير. (قرر).

(٣) لأن الطير لا يرد إلى خادِم الحيوانات، بل يكون في المنازل ونحوها. والدرّة^[١]: طائر فوق الحمام أخضر اللون أحمر المنقار والأكارع، تتكلم ببعض الألفاظ بالتعويد والتعليم. (تعليق الدواري).

(٤) سائر الطيور. وقيل: الحلية والنقود. (مرر).

(٥) هذا ذكره في اللمع^[٢]، ومثله في كتاب الغصب من التذكرة، وذكر في كتاب العارية منها أنها كالوديعة. وفي اللقطة قولان، قال الفقيه يحيى البحيح: إنها كالوديعة، وذكره في باب العارية من التذكرة. وقيل: إنها كالعارية، ذكره في كتاب الغصب من التذكرة. (بستان).

(٦) والمختار أنها كالعين المستأجرة والمستعارة، كما في الأزهار في قوله: وكذا المؤجرة واللقطة.

[١] وقيل: جراد يستضاء بها، وهي اللؤلؤة الكبيرة، وهي المراد هنا، ذكره المفتي، ومثله عن الشامي.

[٢] وعليه الأزهار في قوله: وكذا المؤجرة واللقطة، لا الغصب والوديعة.

الرسول إلى بلد آخر وجهل ذلك المرسل: فإن ركب إلى البلد الذي سمى الرسول أثم^(١) ولا ضمان عليه؛ لأن علم المباح له لا يعتبر^(٢)، وإن ركب إلى حيث سمى هو لرسوله لم يَأْثَم^(٣)، وتلزمه الأجرة والضمان^(٤)، ولا يرجع على الرسول بالأجرة مطلقاً، ولا بالضمان، إلا أن يوهمه أنه استعار له إلى حيث طلب فقد غره.

فروع: فلو شرط المعير الضمان على الرسول ولم يذكره الرسول للمرسل صح الضمان^(٥)؛ لأنه لا يحتاج قبولا^(٦).

مسألة: وإذا استعار عبد من عبد شيئاً وهما غير مأذونين كان المستعير ضامناً في رقبته: إما سلمه سيده وإلا فدها بالضمان، فإن كان المعير أوهمه أنه مأذون له رجع عليه سيد المستعير بما دفع، فإن شاء سيد المعير سلم عبده به وإن شاء رد ما قبض.

(١) لأنه أقدم عليه مع اعتقاده لعدم الجواز. (بستان).

(٢) وعليه الأزهار في الوكالة في قوله: عكس الوصي والمباح له.. إلخ.

(٣) لجهل المخالفة واعتقاد الجواز.

(٤) هذه المسألة تستقيم على القول بأنه لا يستعمل إلا فيما استعار له لا في مثل ودون، أو حيث كان ما استعمل فيه أصعب أو أبعد، والله أعلم، وإلا فلا ضمان على ما ذكره في التفريعات والانتصار، وهو المختار مع العرف. (قررو).

(٥) الأزهار: وإن جهل.

(*) ولا يرجع المستعير على الرسول بما ضمن، إلا أن يوهمه الرسول أنها عارية غير مضمّنة رجع عليه.

(٦) وينظر لو تلفت في يد الرسول. لعله يضمن المستعير إلا أن يجني عليها الرسول ضمنها. ونظر على ذلك في حاشية السحولي. قال: وكذا لو ردها المستعير على يد هذا الرسول حين ذكر له الضمان فتلفت في يده، بياض. (حاشية سحولي). وقيل: يضمن المستعير على الصحيح^[١] حيث هو رسول للمستعير، لا رسول المعير. (مفتي).

[١] وهو ظاهر الأزهار في قوله: وإن جهل.

فروع: فلو كان الشيء المعار لأجنبي بغير رضاه كان مالكة مخيراً في طلب من شاء من العبدین أو سيديهما، وقرار الضمان على المستعير^(١)، إلا أن يوهمه المعير أن ما أعاره لسيده وأنه أذن له به فالقرار عليه^(٢)، ويخير سيده بين تسليمه لسيده المستعير أو دفع ما دفع: إما قيمة العارية، أو قيمة عبده إن سلمه.

مسألة: من استعار أرضاً ليزرع فيها فتمتى ألقى البذر فيها لم يكن للمعير أن يرجع، ذكره في الشرح والمنصور بالله، قال المنصور بالله: فإن رجع ضمن للمستعير ما غرم، وقال الشافعي: بل يبقى الزرع بالأجرة إلى حصاده. وقال في التذكرة والحفيظ والانتصار: إن كان من المستعير تقصير في الزرع^(٣) لزمه القلع^(٤)،

(١) في الغصب إن جنى أو علم، وفي الجنایات: والقرار على أمر المحجور مطلقاً، فيحقق. (مفتي).

(٢) ما لم يجن أو يفرط. يعني: المستعير. (قرر).

(٣) حتى تعدى المدة المؤقتة. (شرح أزهار بلفظه). أو عن الوقت المعتاد في المطلقة. (من خط علي بن زيد) (قرر).

(٤) وحاصل المسألة أن يقال: لا يخلو إما أن يكون من المستعير تقصير أم لا، إن لم يكن فللمستعير الخيارات الثلاثة من غير فرق فيما بعد انقضاء المدة في المؤقتة أو انقضاء الوقت المعتاد في المطلقة أو قبله، وإن كان من المستعير تقصير فله الخيارات الثلاثة لما قبل انقضاء المدة المذكورة، أعني في المطلقة والمؤقتة، وأما بعد الانقضاء فلا خيار، بل يأمره المعير بالقلع أو يضرب عليه من الأجرة ما شاء، وبهذا التفصيل يرتفع الانضراب، والله أعلم. (أفاد ذلك سيدنا وبركتنا شرف الإسلام الحسن بن أحمد الشيبيني رحمته الله) (قرر). ومعناه في شرح الفتح، ولفظه: وكذا تثبت الثلاثة فيه - أي: فيما له حد - بعد الوقت المؤقت لها إن لم يقصر في إلقاء البذر؛ بأن تراخى حتى مضى بعض المدة، فإنه إذا لم يقصر كان له ذلك؛ لأنه لم يجز منه ما يوجب رفعه وإتلافه، بل تثبيط من الله تعالى، وإلا فالمدّة مما قد جرت العادة بأنه يتأتى فيها، وذلك مما له حد يحده، فلم يقتض استمرار وقوفه. وأما لو قصر بأن تراخى حتى مضى بعضها ثم ألقى البذر فكان سبباً لتأخر الحصاد، أو

وإن لم خير بين ترك الزرع بالأجرة^(١) وبين قلعه وأخذ الأرش^(٢). ولعل المراد حيث تأخر إدراك الزرع عن الوقت المعتاد، فينظر هل تأخره لتقصير المستعير أو لغيره.

مسألة: من استعار حلية أو نحوها ليجعلها مهراً لزوجته فان شرط عليه المعير ردها أو كان العرف جارياً بالرد لم تملكها الزوجة، بل تستحق عليه قيمتها^(٣)، ويجب ردها، وإن لم يكن كذلك ملكتها الزوجة^(٤) بالعقد عليها^(٥) أو بتسليمها لها^(٦)، وعليه قيمتها للمعير^(٧).

مسألة: وإذا اختلف المعير والمستعير فالقول للمستعير في قدر قيمة

استعار مدة يسيرة لا يتأتى الزرع فيها- فإن الخيار للمالك إن شاء أمره بالقلع بلا شيء ولو فسد، فإن تمرد المستعير فالحاكم أو هو وله الأجرة كما تقدم، وإن شاء ضرب عليه من الأجرة ما شاء حيث رضي المستعير، هذا ما تقرر في هذه المسألة من ذلك التفصيل، وإن كان قد وقع في كثير من العبارات انضرابات وتصويبات وتأويلات. (بلفظه).

(*) هذا بعد انقضاء المدة، وفيما قبله تلزمه الأجرة من يوم الرجوع. (قررو).

(*) أو يضرب عليه ما شاء من الأجرة. (قررو).

(١) يعني: أجرة المثل.

(٢) أو أخذ قيمته قائماً لا يستحق البقاء إلا بأجرة. (قررو). إن كان له قيمة، وإلا قومت الأرض مزروعة وغير مزروعة وما بينهما فهو قيمة الزرع.

(٣) إذا كان فيها صنعة بليغة تخرجها عن حد الضبط، وإلا وجب لها حلية مثلها. (سباع سيدنا علي عليه السلام) (قررو).

(٤) ويكون قرضاً فاسداً.

(*) لأن عاريتها لذلك قرض فاسد، وما ترتب على الفاسد فهو صحيح. (بستان). وقيل: قرض صحيح؛ لأنه لا يعتبر اللفظ.

(٥) حيث عينها.

(٦) إن عقد على الذمة. (برهان) (قررو).

(٧) لعله حيث كان فيها صنعة بليغة تخرجها عن حد الضبط، وإلا وجب رد المثل.

(*) من غير جنسها، وإلا كان ربا. (قررو).

العارية^(١) حيث وجب ضمانها، وفي قدر مدة العارية أو مسافتها إذا كان الاختلاف بعد مضيها عند أبي طالب؛ لأن المالك يريد تضمينه، وعند المؤيد بالله والوافي أن عليه البينة؛ لأن الأصل عدم الإذن بالزائد. وفي أن العارية تلفت أو ماتت^(٢) أو أبق العبد.

مسألة: وإذا ادعى ردها فالبينة عليه؛ لأنه يلزمه الرد، ذكره الهادي وأبو طالب، وقال القاضي زيد وأبو جعفر: القول قوله؛ لأنه أمين^(٣). وهكذا إذا اختلفا في عينها فهو على هذا الخلاف^(٤)، ذكره في التقرير.

مسألة: وإذا قال المالك: أكريتها منك، وقال: بل أعرتني - رجع إلى عادة المالك، فمن ادعى خلافها فعليه البينة، فإن لم تكن له عادة أو اختلفت ولا غالب فيها^(٥) فالظاهر عدم العوض في المنافع^(٦). وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر: إن الظاهر فيها العوض كما في الأعيان.

(١) أما حيث شرط عليه الحفظ أو الضمان فبأوفر القيم من القبض إلى التلف، كذا في بيان حثيث وخطه، والمقرر القيمة يوم التلف.

(٢) في غير المضمنة، فإن كانت مضمنة كانت عليه البينة. (غيث) و(قررو).

(٣) قال في شرح ابن بهران: وهو الصحيح، وهو الذي في الأزهار. في قوله: وفي رد غير المضمونة. اهـ فإن كانت مضمنة فعليه البينة. (شرح أزهار) و(قررو).

(٤) فالقول له؛ لأنه أمين، لا إن كانت مضمنة بالتضمين فمن عين بين كالمستأجر، بخلاف ما إذا كان التضمين بالتعدي فالقول قوله في العين كالغاصب. (قررو).

(٥) أو التبس.

(٦) وظاهر عباراتهم في مثل هذه الصورة أنه لا يرجع إلى عادة غيره في البلد؛ لأنهم قد تصادقوا أن الاستعمال برضاه، بخلاف الغصب فإنه يسلم الأجرة وإن لم تجر عادة بالتأجير إذا كان لمثله أجرة.

(*) وعليه الأزهار في قوله: وأنها إعارة لا إجارة.

مسألة: وتبطل العارية برجع المعير أو جحوده إذا علم المستعير، وبموته^(١) وبالحجر عليه^(٢)، إلا حيث كانت العارية مؤقتة لم تبطل بموت المعير^(٣)، بل يكون ما بعد موته وصية من ثلث تركته، وسواء كان وقت العارية معلوماً أو مجهولاً^(٤)، كموت المستعير أو نحوه.

فرع: وتبطل بموت المستعير^(٥)، وبخروج المعار أو منفعته عن ملك المعير، ولا يعتبر علم المستعير بموت المعير؛ لأنه قد صار الملك للورثة وليس منهم تغير له، ولا بقي من المعير تغير له؛ لأن الإطلاق يقتضي إلى موته فقط^(٦). والأقرب في خروج الشيء عن ملك المعير أنه لا يعتبر علم المستعير، لكنه يرجع بما ضمنه للمالك الآخر على المعير^(٧)؛ لأنه غار له، والله أعلم.

(١) وتبطل بجنون المعير أو رده مع اللحق.

(٢) والحجر عن الرقبة حجر عن المنفعة، فإذا استعملها بعده لزمه الكراء لأهل الدين ولو لم يعلم به إذا قضاهم الحاكم العين ولم تف بدينهم. وهل يرجع على المعير لأنه كالغار له؟ هذا محتمل، أما إذا استعمل مع العلم بالحجر لم يرجع على المعير، ولا يضمن شيئاً إذا قضى الحاكم الدين من غير العين. (حديث). يقال: لا فرق بين أن يقضيه تلك العين أو غيرها إلا في صورة، وهي حيث قضاها ولا غيرها. (شامي). ولم تف قيمتها بالدين، فيوفيهما من الأجرة، بخلاف ما إذا قضى غيرها فقد بقي معه من المال هذه العين ولعله يوفيهما منها إذا وف، ولا أجرة، وإذا لم تف لزمته. (شامي).

(٣) فلو مات المستعير بعد موت المعير فقال الفقيه حسن: تبطل، وقال الإمام المهدي: لا تبطل؛ لأنها وصية، وهي لا تبطل بموت الموصى له. (شرح أثمار).

(٤) نحو أن يقول: إلى موتك أو موت زيد أو نحوه.

(٥) إذ الإباحة متعلقة به لا بورثته. وعليهم الرد فوراً. (بحر) و(قررو).

(*) ونحوه جنونه أو إغائه، ذكره في البحر، أو رده مع اللحق. (قررو).

(٦) وهذا مثل قول الفقيه يحيى البحيح في السكنى كما يأتي، والمختار خلافه هناك. في المسألة الرابعة قبيل الوقف في آخر الهبة في قوله: مسألة: وإذا قال: أسكتك عرصتي.

(*) ويكون للمستعير الخيار. (بيان بلفظه من فصل السكنى في المسألة التي بعد الفصل).

(٧) يستقيم هذا في ضمان العين، وأما في الأجرة فلا رجوع؛ لأنه قد استوفى ما في مقابلها.

كتاب الهبات (١)

لها شروط ثلاثة:

الأول: الإيجاب من المالك أو وكيله، نحو قوله: وهبت أو ملكت أو أعطيت أو دفعت أو جعلت، وكذا قوله: فعلت بعد قوله: هب لي، وكذا خذه أو نحوه مما جرى به العرف. فإن قال: هو لك، أو هذا لك، فهو إقرار له به، إلا أن يريد به تمليكك أو جرى به العرف ملكه، فلو اختلفا في مراده فالقول قول المالك (٢) مع يمينه، ذكره المؤيد بالله.

فرع: وهي تصح بالماضي والمستقبل (٣)، خلاف أبي حنيفة (٤). فلو وهب غير المالك ثم أجاز صحته، خلاف الفقيه محمد بن يحيى والناصر والشافعي (٥).

(١) هكذا في المطبوع، وفي المخطوطات الأربع: باب الهبات.

(*) والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢٠]، وهي من أعظم البر، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء]، وقوله ﷺ ((تهادوا تحابوا))، وقوله ﷺ ((العائد في هبته كالعائد في قبته)) [وفي رواية: ((كالكلب يعود في قبته))]. [والإجماع ظاهر. (بستان).

(٢) هل أراد الإقرار أو الهبة؛ لأنه يرجع في الهبة لا في الإقرار. (قرر).

(٣) نحو: هب لي.

(*) أما إذا كان القائل بالمستقبل هو الواهب فينظر في ذلك. (قرر).

(*) ولعله يريد في الهبة على غير عوض؛ لأنها إذا كانت على عوض كانت كالبيع.

(٤) قال: فلا بد من ماضيين كالبيع. قلنا: البيع معاوضة فافترقا. نعم، هكذا عن أبي حنيفة في البحر والبرهان وموضع من الانتصار، وذكر عنه في موضع منه أن الإيجاب كاف، والقبول ليس بشرط. (بستان بلفظه).

(٥) أما الفقيه محمد بن يحيى فحجته أنها استهلاك فلا تلحقها الإجازة من جهة المالك، وأما من جهة الموهوب له إذا قبل له غيره ثم أجاز فإنها تصح. وأما الناصر والشافعي فبنيا على أصلهما أن الموقوف لا يصح. (بستان).

مسألة: والهبة للأقارب أفضل من الأجانب؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح^(١))) والكاشح: هو المؤذي.

الثاني: القبول من الموهوب له أو وكيله^(٢) أو وليه، أو الإجازة من أحدهم^(٣) بعد أن قبلها له الغير ولو الواهب. وتقديم الطلب منه أو من غيره يغني عن القبول، لكن حيث الطالب غيره يحتاج إلى إجازته. فلو كانت الهبة لمسجد أو نحوه لم تصح إلا أن يقبلها له من له ولاية.

فرع: فلو وهب الدين لمن هو عليه احتاج القبول، خلاف أبي حنيفة وتخريج المؤيد بالله، إلا حيث الذي هو عليه ميت فلا يحتاج قبولاً^(٤)، بخلاف ما إذا وهب لميت غير الدين فلا يصح ولو قبله الوصي إلا عند الضرورة إليه، نحو أن

(١) قال في النهاية: الكاشح: العدو الذي يضمّر عداوته ويطوي عليها كشحه، أي: باطنه. اهـ قال في البستان: لأن الصدقة عليه تأليف لقلبه، ومحو لما وقع في صدره، وعنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((صلة الرحم تزيد في العمر))، [ولما في ذلك من سقوط الرياء في الصدقة]. وعنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((صدقتك على غير ذي رحمك صدقة، وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة)). وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحكيه عن الله سبحانه وتعالى: ((ومن وصل رحمه وعقني كتبته باراً، ومن وصلني وعق رحمه كتبته عاقاً)). وعنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أراد أن يطول في عمره فليصل رحمه))، والصلة كناية عن الإحسان إلى الأقربين من النسب والسبب والتعطف عليهم والرفق بهم ولو أساءوا، وقطع الرحم ضد ذلك. (نهاية من خط مصنف البستان).

(٢) ولو وكله بعد الإيجاب، بخلاف الولاية فلا بد من تقدمها عليه. (هبل) (قررو).

(٣) ظاهره أن الإجازة تصح من الوكيل بالعقد، وفيه ما فيه، ولعل الإجازة تصح منه حيث هو مفوض، وقد تقدم للإمام المهدي عليه السلام في نكاح الأمة ما يقتضي من قوله العموم. اهـ ولفظ شرح الأزهار في نكاح الأمة قوله: «أو إجازته» ما لفظه: أو إجازة الوكيل المفوض، فإن لم يفوض قال عليه السلام: فالأقرب أنها تصح إجازته؛ لأن إليه تنفيذه. (بلفظه).

(٤) لأنه إسقاط بالاتفاق.

يكون محتاجاً له لكفنه أو نحوه أو لقضاء دينه وقبله الوصي^(١) فإنه يصح، وكذا ما فعل سبب ملكه قبل موته كوضع شبكة للصيد أو نحوها، فما وقع فيها بعد موته ملكه وتقضى منه ديونه، وإلا فلورثته.

فرع: وما وهب لما لا يتملك^(٢) لم تصح؛ لأنها تحتاج القبول، وأما الصدقة عليه فتصح وتكون وقفاً عليه، ذكر ذلك الشيخ عطية. ولعله حيث جرى العرف بأنه يراد بها الوقف^(٣).

فرع: ويعتبر القبول في مجلس الإيجاب قبل ما يعد إعراضاً^(٤)، فلو كان قاعداً فقام وقبل حال قيامه صح، لا بعد انتصابه، وإن كان قائماً فقعد أو قاعداً فاتكأ ثم قبل صح، قال في البيان: وكذا لو اضطجع، وقال الفقيهان حسن ويوسف: إنه إعراض^(٥).

مسألة: ولا يغني القبض عن القبول، خلاف أحد قولي المؤيد بالله، فلو قال:

(١) فإن لم يكن ثم وصي فمن صلح^[١]، ويكون الوارث مقدماً حيث وجد. (قررو).

(*) ويضيف الوصي إلى الميت، كذا في بيان حثيث.

(٢) كالجهاد وكثير من الحيوانات.

(*) إن قلت: إن العبد لا يتملك، فكان الصواب أن يقال: لمن لا يقبل ولو بولاية، كما في اهبة للمسجد. قلت: قد دخل في ملكه لحظة مختطفة، قاله الشكايزي في عبد فقير في الزكاة^[٢]. وقرره السيد.

(٣) وقصد القرية، وكان المصرف قرية. (قررو).

(٤) ظاهره أن الاعتبار بإعراض القابل لا الموجب فليتأمل. (مفتي). وقياس ما تقدم للسحولي في البيع أنه لا فرق. (قررو).

(٥) المذهب أن العبرة بشاهد الحال من الإعراض والاهتمام.

[١] حيث لا إمام ولا حاكم، وإلا كان إليهما. (هامش شرح أزهار).

[٢] الذي في حاشية السحولي ما لفظه: ولا يقال: إنه يدخل في ملكه لحظة مختطفة؛ لأننا نقول: هو هنا كالوكيل بالقبض فقط. (حاشية سحولي لفظاً).

«قبضت» كان قبولا^(١). وكذا لو كان الموهوب في يد الموهوب له فلا بد من قبوله، خلاف أحد قولي المؤيد بالله. وما وهبه الوالد لولده الصغير يحتاج إلى أن يقبله له، خلاف المؤيد بالله وأبي حنيفة.

فرع: قال الهادي عليه السلام: من وهب شيئاً لصغير ثم قبله بعد بلوغه صح^(٢). وهو محمول على أنه قد كان قبله له أجنبي ثم أجاز بعد بلوغه، أو قد كان قبله الصغير وهو مميز غير مأذون، فإذا أجاز بعد بلوغه أو أجاز له وليه قبل بلوغه صح.

فرع: ولا حكم لرد الولي^(٣) لما قد قبله له الأجنبي أو قبله الصغير المميز، فإذا أجاز له الولي من بعد أو أجاز له الصغير بعد بلوغه صح.

مسألة: وإنما يصح القبول إذا كان مطابقاً للإيجاب، لا إذا كان مخالفاً له في الحكم فلا يصح، نحو قوله: وهبتك هذا للعرض، فقال: قبلت لله، أو عكس ذلك، وإن قال: وهبتك لله وللعرض، فقال: قبلت، أو قال: «قبلت للعرض أو لله وللعرض» صح^(٤) ووجب العرض، وإن قال: «قبلت لله» لم يصح؛ لأنه مخالف. فلو قال: «هب لي هذا لله وللعرض كذا» فقال: «وهبت لله» فقال المؤيد

(١) إذا جرى به عرف، ذكره في اللمع.

(٢) اعلم أن ظاهر كلام الهادي عليه السلام أن العقد يقف على مجلس آخر كما حكى عن أبي يوسف، ولما ثبت من المذهب خلاف ذلك تأولوا قول الهادي بتأويلات ثلاثة: الأول: ما ذكره السيدان أنه قبل عنه أجنبي. الثاني: للمنصور بالله أنه قبل هو بنفسه، وقد ذكر أبو مضر هذا واشترط أن يكون مميزاً وإلا لم تلحق قبوله الإجازة. الثالث: لأبي جعفر أنه بلغ في المجلس. (بستان). وقبل فيه. (قرر).

(٣) إلا أن يكون لمصلحة.

(٤) إذا كان العرض معلوماً، كذا في بيان حثيث.

بالله: تصح الهبة لا العوض^(١)، وقيل: لا تصح^(٢)؛ لأن جواب الواهب مخالف.
مسألة: وإذا قبلت الأم ما وهب لولدها الصغير لم يصح^(٣)، وقال أبو
 العباس والمرتضى والمنصور بالله وقديم قولي المؤيد بالله والوافي وأبو حنيفة
 والشافعي: بل يصح^(٤).

مسألة: وما وهب لصبي مميز مأذون^(٥) وقبله ملكه، فلو رده إلى الواهب
 فأتلفه ضمنه، إلا إذا كانت الهبة يصح منه الرجوع فيها كان إتلافه لها رجوعاً إن
 كان عمداً، لا إن كان خطأ^(٦).

مسألة: وما وهب للعبد فقبوله إليه^(٧) لا إلى سيده، فلو قبله سيده لم
 يصح^(٨)، إلا أن يقبله للعبد ثم يميز العبد صح، كما إذا قبله له أجنبي^(٩)، وإن

(١) لأنه أسقط حقه من العوض. وقد ينظر بأن يقال: الجواب غير مطابق؛ إذ قد حكمنا بأنه
 يلغو قوله: لله، ويثبت كونه للعوض. (بستان).
 (٢) إلا أن يقبل بعد ذلك صح، خلاف المؤيد بالله.
 (*) هذا ذكره الفقيه حسن وأبو مضر.
 (٣) وعليه الأزهار.

(٤) إذا لم يكن ثم أب. اهـ والقياس الصحة مع عدم الولي من باب الصلاحية. اهـ قال القاضي
 عبدالله الدواري رواية عن بعض المتأخرين: إن هؤلاء يقولون: لها ولاية مع وجود الأب
 أيضاً، ذكره في الانتصار في الحضانة، والله أعلم. اهـ قيل: وكذا في سائر التصرفات عندهم،
 وقيل: بل خاص في القبول والقبض، وقد تقدم ذلك في الزكاة. (بستان).
 (٥) ويكفي إذنه في أي تصرف. (نجري معني). وقواه السحولي. خلاف ما في الزهور،
 فقال: لا بد من إذن خاص في الهبة.

(٦) لعدم قصد الرجوع بالإتلاف.

(٧) لأنه من أهل القبول؛ لتمييزه. (بستان).

(٨) لأن الإيجاب لغيره. (شرح أثمار).

(٩) وأجاز العبد.

قبله العبد صح وملكه سيده^(١) ولو رده السيد، ولو كان العبد غير مأذون إذا كان بالغاً عاقلاً، فإن كان صغيراً لم يصح إلا أن يقبله سيده عنه، أو يقبله الغير عنه، أو العبد حيث هو مميز ثم يميزه سيده أو هو بعد بلوغه. وكذا في الوصية للعبد يعتبر قبولها^(٢) أو ردها من العبد^(٣) لا من سيده.

فرع: فلو خرج العبد^(٤) عن ملك سيده أو عتق قبل قبوله للهبة أو إجازته^(٥) لها وقد قبلها له غيره بطلت^(٦)، وقيل^(٧): تكون لسيدة الأول إذا قبلها العبد. وقيل^(٨): لسيدة الآخر أو له إذا عتق ثم قبل.

مسألة: ومن وهب لغيره شيئاً بشرط قبول زيد^(٩) لم يملكه الموهوب له حتى يقبل زيد^(١٠) بنفسه، لا إن قبل له غيره وأجاز؛ لأن قبوله شرط، ولا بد

(١) فإن كان له سيدان هدوي وحنفي والموهوب له نبيذ، ينظر فيه. يقال: يبطل ما قابل حصة الهدوي. (سماح سيدنا علي) (قررو).

(٢) على القول بأنها تحتاج إلى قبول، والمختار أنها لا تحتاج إلى قبول.

(٣) إذا كان في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر. (قررو).

(٤) أو بعضه. (قررو).

(٥) لو قيل: حيث الموقوف الإجازة فقط تكون للأول؛ لأن الإجازة كاشفة - لم يبعد.

(٦) ومثله في البحر. وذلك لتغاير المستحق عند الإيجاب وعند القبول. (بستان).

(٧) ذكره الإمام يحيى.

(٨) ذكره السيد يحيى بن الحسين.

(٩) مكلف أو مميز. (قررو).

(١٠) واشترط قبول زيد فيه نظر على المذهب؛ لأن ذلك بمنزلة قول القائل: وهبت لك هذا على أن تدخل الدار، وذلك يصح بالقبول ولا يشترط دخول الدار^[١]. وعلى قول القاضي زيد^[٢]: لا بد من الدخول، وكذا قبول زيد.

[١] المختار ما في البيان.

[٢] في شرح قوله: ويقع العقود على غرض.

من قبول الموهوب له أو إجازته إن قبل له غيره، ويعتبر قبول زيد في المجلس، فلو كان غائباً عنه لم تصح الهبة؛ لأنه شرط في حكم القبول يعتبر حصوله في المجلس، فكان كالشرط الحالي في كونه يصح^(١)، ذكره الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيح^(٢)، كما لو قال: وهبت لك إن قبلت، بخلاف سائر الشروط

(*) ولا فرق بين تقدم قبوله على قبول المتهب أو تأخره فإنه يصح، ذكره الفقيه يوسف،
خلاف الفقيه علي.

(١) ويكون كالخاص هنا.

(*) قال في الصعيتري ما لفظه: وفي الشرح واللمع جاء في مسألة زيد وعمرو بحرف الشرط فقال: كما لو قال: وهبت منك هذا الشيء إن قبل فلان، وفيه نظر؛ لأن العقود لا يصح تعليقها على الشروط، فقال الفقيه يحيى البحيح: إن الشرط مقرون بالمجلس فصح كالشروط الحالية، وفيه نظر؛ لأنه لا فرق بين يسير الوقت المستقبل وكثيره، وقال الفقيه حسن: المراد أنه حكى العقد بالشرط، وعليه بنى كلامه في الكتاب؛ لأنه أتى بحرف العقد. (بلفظه).

(*) فتلزم صحته في سائر العقود، والصحيح أنها لا تصح؛ لأنه لا يصح تعليقها بالشروط. اهـ ومثله للقاضي عبدالله الدواري.

ولفظ التذكرة: كمن وهب لزيد بشرط قبول عمرو فقبلها زيد ملكها بشرط قبول عمرو. قال في الكواكب: قوله: «فقبلها زيد» وكذا إذا قبل له غيره ولو عمراً ثم أجاز، فأما قبول عمرو فلا بد أن يقبل هو بنفسه؛ لأنه شرط، ويكون قبوله في المجلس، قال الفقيه علي: ولا بد أن يتقدم قبول زيد على قبول عمرو، وقال الفقيه يوسف: لا يجب. فإن قيل: إن هذا تملك معلق على شرط وهو لا يصح، فقيل: إنه محمول على أنه جاء بلفظ العقد لا بلفظ الشرط، وقال الفقيهان محمد بن يحيى ويحيى البحيح: بل هو على ظاهره، لكنه شرط يعتبر حصوله في المجلس فيصح التعليق عليه كالشرط الحالي. وقال في بيان السحامي: لا يصح تعليق العقود بالشروط سواء كان الشرط ماضياً أم مستقبلاً. (بلفظها).

(٢) حيث كان بلفظ العقد. (قرر).

المستقبله ولو حصلت في المجلس فلا تصح الهبة^(١)، وقال في بيان السحامي: لا تصح العقود المعلقة بشرط^(٢) سواء كان مستقبلاً أو ماضياً^(٣).

الثالث: أن يكون الموهوب مما تصح هبته^(٤)، فما لا يصح بيعه لا تصح هبته، إلا الكلب^(٥) ولحم الأضحية^(٦) ولحم الهدى ونحوه^(٧) والحقوق ممن هي عليه، وتكون هبتها له إسقاطاً ولغيره إباحة^(٨)، ذكره أبو طالب. وكذا في حق المتحجر تكون هبته إباحة. وكذا هبة الزوجة لزوجها ما يجب لها عليه في المستقبل من نفقة ونحوها تكون إسقاطاً عند المؤيد بالله، لا عند الهدوية فلا تصح.

وما يصح بيعه تصح هبته، إلا الهدى والأضحية عند خشية تلفهما، والوقف عند بطلان نفعه فيما قصد به له، والمدبر عند الضرورة اليه إذا كانت هبته بغير عوض، فأما بعوض فتصح ولو قل، وكذا في الهدى والأضحية تصح هبتهما بعوض، وإذا كان أقل من قيمتهما ضمن ما نقص منها. وفي الوقف تصح الهبة بعوض إذا كان قدر قيمته، لا أقل^(٩) إلا إذا كان الواهب أو البائع له هو الذي

(١) وذلك لأنها كالبيع فلا يصح تعليقها بشرط مستقبل.

(٢) وهذا هو القياس؛ لأن العقود لا تقف على الشروط غير الحالية. وقيل: محمول على أنه جاء بلفظ العقد لا بلفظ الشرط. (كواكب). وهكذا في الصعيتري.

(٣) أما الماضي فيصح؛ لأنه كالحالي.

(٤) صوابه: بيعه.

(٥) والزبل. (قررد).

(٦) على القول بالوجوب أو أوجبها على نفسه. (قررد).

(٧) الفدى والجزاء.

(٨) فإن وهب شخص لغيره حقاً في أرضه - نحو أن يهب له الاستطراق في أرضه أو نحو ذلك - فيكون ذلك إباحة، فيصح الرجوع عنه. (حاشية سحولي). (قررد).

(٩) هلا صح ويكون التزاماً بالعوض كما في الأول؟ (مفتي). لا وجه لهذا؛ إذ يلزم في المتصرف عن الغير الصغير والمجنون ونحوهما فتأمل. (شامي).

يستحق عوضه على قول الهدوية^(١).

مسألة: وتصح هبة المشاع^(٢) مطلقاً^(٣)، خلاف أبي حنيفة فيما ينقسم. وتصح هبة الدين لمن هو عليه، لا لغيره إلا بعد ضمانه به^(٤)، وكذا كل تصرف فيه لغيره لا يصح إلا خمسة أشياء: النذر والوصية والإقرار والحوالة وجعله مهراً، ذكره أبو العباس^(٥). فلو كان مهر الزوجة عبداً أو أمة في الذمة لم يصح منها عتقه قبل تعيينه؛ لأنه معدوم. وكذا هبة المعدوم لا تصح، نحو قوله: «وهبت لك درهماً أو نحوه» وهو غير موجود في ملك الواهب، فإن كان موجوداً في ملكه صح في المثلي لا في القيمي.

فرع: فلو وهب الدين لغير من هو عليه ثم قبضه الموهوب له ممن هو عليه فقال أبو طالب وأبو حنيفة: يجوز له التصرف فيه^(٦)؛ لأنه قد أباحه له، وقال الناصر والمؤيد بالله: لا يجوز له^(٧).

فأما في هبة الأعيان إذا كانت فاسدة^(٨) وقبضها المتهب بإذن الواهب فلعلها تكون إباحةً وفاقاً^(٩).

(١) المذهب أنه لا يبيعه إلا لإعاضته فقط، وهو ظاهر الأزهار كما يأتي. (قررو).

(٢) حجتنا أنه ﷺ اشترى سراويل وقال للبائع عند وزن الثمن: ((زن وارجح)) فوهب له الرجحان وهو مشاع، وليس بزيادة في الثمن؛ إذ شرطها التبيين وإلا فهبة. (بستان).

(٣) سواء كان ينقسم أم لا. (قررو).

(٤) وهذه هي الحيلة في تملك الدين غير من هو عليه، ذكرها الهادي ﷺ.

(٥) المذهب خلافه، وهو مفهوم الأزهار في قوله: «وتملكه غير الضامن بغير وصية.. إلخ».

(٦) مع الإذن له بقبضه.

(٧) لعدم الملك.

(٨) كهبة التمر أو العنب قبل صلاحه.

(٩) بناء على أن فاسد الهبة باطل، هكذا في بيان حثيث. والقياس أنها تملك بالقبض بالإذن.

(مفتي). وفي بعض الحواشي عن حثيث: تملك بالقبض بالإذن، لكنه قد بنى على

البطلان، فالمعنى مستقيم في الحاشيتين.

مسألة: ولا تصح هبة المجهول^(١) -كبيعه- ولو ذكر جنسه، نحو: وهبت لك برأ أو شعيراً أو ذهباً أو دراهم، وكذا إذا ذكر قدره فقط، نحو: مدأ أو رطلاً، وكذا إذا ذكر النصيب فقط، نحو: وهبتك ثلثاً أو ربعاً، ففي هذا كله لا تصح وفاقاً.

فرع^(٢): فإن ذكر أو عرف جنس ما وهب وقدره مع الحصر^(٣) أو النصيب في المشترك صح^(٤) وفاقاً بين أصحابنا، وإن ذكر حصره فقط نحو: ما ملكت أو ما ورثت من فلان أو ما في بيتي ولم يعرفا جنسه لم يصح، خلاف أحد قولي الهادي وأحد قولي المؤيد بالله، فإن ذكر جنسه مع حصره ولم يذكر ولا يعرف

(١) نحو ثوب من ثيابي. (تذكرة). ولا أحد الثوبين ولو ذكر الخيار للمتهب؛ لأنه لا يصح ذلك -أعني: الخيار- في عقود التبرعات. (منقولة من الأم). قيل: والأقرب أنه لا يدخلها الخيار كما صرح به في شرح الأزهار أن ما لا تدخله الإقالة لا يدخله الخيار، وهو محتمل. (تذكرة علي بن زيد). وقد صرح الشكايزي بصحة ذلك عن بعضهم^[١] كالبيع. و(قرر). وهو ظاهر الأزهار في قوله: وتمييزه بما يميزه للبيع. وفي حاشية: في قوله: ومجهول العين مخيراً فيه.

(*) إلا أن يميزه بما يميزه للبيع. و(قرر).

(٢) هذا الفرع والفرع الذي بعده والمسألة التي بعدهما حكم ذلك كله كالبيع؛ لأن الهبة عقد تملك كالبيع، فاعرف ذلك موقفاً إن شاء الله. (بستان).

(٣) نحو: وهبت لك ما أملكه من البقر، وهي عشر.

(*) نحو: كل مالي أو كل ما في المنزل. والنصيب كأن يقول: وهبت لك ما ورثته من فلان من البر، وهو الربع مما تركه. قال القاضي عبدالله الدواري: فيقرب أن تصح الهبة وفاقاً بين أبي العباس وأبي طالب والمؤيد بالله. (دياج).

(٤) ظاهره ولو غير ميراث، وهو كذلك في البيع في مسألة قبيل الصبر.

[١] لعله المؤيد بالله وأبو طالب، ذكره المدحجي.

قدره^(١) ولا النصيب في المشترك صح عند المؤيد بالله والقاضي زيد وأبي مضر، لا عند أبي العباس وأبي طالب^(٢).

فرع: ويعتبر في معرفة ما ذكرناه بالواهب والموهوب له معاً^(٣)، فلو وكل أحدهما غيره فقال أبو طالب: لا بد أن يعرفه الوكيل والموكل معاً، وقال في البيان وابن معرف: العبرة بمعرفة الوكيل^(٤) لا الموكل. ولعله أولى. والبيع والصدقة في ذلك كالهبة سواء.

مسألة: من كان تحت يده شيء على أي وجه^(٥) ولغيره فيه نصيب مجهول صح أن يببه أو يبيعه ممن هو تحت يده؛ لأنه لا يحتاج تسليماً، ذكره المؤيد بالله، خلاف أبي طالب وأبي العباس.

مسألة: فلو عرفنا بعض الموهوب دون بعض صحت الهبة فيما عرفناه فقط، بخلاف البيع فلا يصح؛ لأن حصته من الثمن تكون مجهولة، وكذا في الهبة بعوض لا تصح. وإذا جمع في الهبة بين ما تصح هبته وما لا تصح فإنها تصح فيما تصح هبته^(٦).

مسألة: والقبض غير شرط في الهبة. وعند زيد بن علي والباقر والصادق

(١) نحو: ما في المنزل من البر.

(٢) لأنها يشترطان معرفة النصيب. (كواكب).

(٣) أو الواهب كما تقدم في البيع. (هبل).

(٤) ومثله للفقهاء يوسف. قلت: إن تعلق به الحقوق فعلمه كاف، وإلا فلا بد من علم موكله. (مفتي). يقال: الحقوق في الهبة متعلقة بالموكل^[١] على كل حال. (سماح هبل).

(٥) أمانة أو غضب أو ضمانه بإذن الشرع.

(٦) للعلة المذكورة.

(*) إن لم تكن على عوض.

[١] إذا كانت بغير عوض، وإلا فكالبيع. (قرير). إذا لم يصف.

وأحد قولي الناصر والمؤيد بالله والفريقين: أنه شرط فيها فلا تتم إلا به ولو كانت بعوض، ويصح قبضها بالتخلية^(١)، ذكره المؤيد بالله.

فرع: فلو رجع الواهب عن الهبة أو مات قبل قبضها بطلت عندهم. ولو وهب في صحته ثم قبضت في مرضه كانت من ثلث تركته. ولا يعتبر أن يقع القبض في مجلس الهبة. وهل يعتبر فيه إذن الواهب؟ فيه قولان للمؤيد بالله^(٢). وقالت الحنفية: إن وقع القبض في مجلس الهبة لم يعتبر إذنه ما لم يمنعه، وإن وقع بعده فلا بد من إذنه.

فرع: وإذا كان الموهوب في يد الموهوب له^(٣) أو وكيله من قبل الهبة فإنه يغني عن تجديد قبضه، ذكره المؤيد بالله. وإذا كان القابل للهبة وكيلًا فهل يكفي قبضه لها أو لابد من قبض الموكل؟ قال الفقيه حسن^(٤): يكفي. وظاهر كلام المؤيد بالله أنه لا يكفي^(٥) إلا أن يأمره الموكل به.

فرع: وإذا وكل الموهوب له الواهب بالقبض صح، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله.

فرع: والخلاف في اشتراط القبض في الصدقة وفي العارية كما في الهبة^(٦)، ويتفقون في القرض أنه شرط، وفي الوصية أنه غير شرط، أشار إلى ذلك في الشرح.

(١) لأن الاستيلاء قد حصل.

(٢) أحدهما: لا يحتاج إلى إذنه. والثاني: لا بد من إذنه، ذكره أبو مضر. وكلام الحنفية كما ترى؛ لأنه في المجلس من حقوق العقد، لا بعده. (بستان).

(٣) ظاهره ولو كان عنده أمانة من قبل.

(٤) قوي على أصلهم.

(٥) قوي على أصله.

(٦) وفائدة الخلاف بيننا وبينهم إذا أعار عارية مؤقتة ثم مات قبل القبض بطلت عندهم، وعندنا تصح وتكون من الثلث.

مسألة: من وهب له غيره شيئاً فإن غلب بظنه أنه أراد به العوض وجب، وإن غلب بظنه أنه لم يردده لم يجب، وإن التبس عليه حاله فقال أبو طالب: يجب العوض، وقال الناصر والمؤيد بالله: لا يجب^(١). قال الفقيه علي: وهذا الخلاف فيما بين الموهوب له وبين الله تعالى، فأما في ظاهر الشريعة فلا يجب ولا يكون للواهب أن يدعيه، وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل الخلاف في الباطن، وأما في الظاهر فللواهب أن يدعيه على القول بوجوبه^(٢).

فرع: وحيث يجب العوض فقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه كسائر الديون يجب مثل المثلي وقيمة القيمي^(٣)، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل على حسب ما جرت به العادة^(٤).

(١) وهو الذي يأتي [بني عليه (نخ)] في دعاوي^[١]، وهو المختار. (قرر).

(٢) والقول له مع بقاء العين الموهوبة.

(٣) قوي مع التشاجر. (قرر).

(٤) وذلك لأن موجه العرف فقدر به. وقيل: حتى يرضى؛ لحديث الأعرابي. وقيل: ما يقع عليه اسم العوض وإن قل؛ إذ قد رضي بعوض ما، كالبيع باليسير. (بستان بلفظه).

(*) قوي مع التراضي. (قرر).

[١] في قوله: إلا بعد التصادق على عقد يصح بغير عوض.

فصل: [في حكم الصدقة]

وحكم الصدقة حكم الهبة إلا في أمرين: أنه لا رجوع فيها، وأن القبض فيها يعني عن القبول^(١). وكذا الهبة التي قصد بها القرية فهي صدقة^(٢).

مسألة: والهبة على عوض تصح، وهي على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يكون العوض مالا مشروطا في عقدها، فحيث يملك بنفس عقدها -نحو: وهبتك هذا على هذا أو على هبة كذا- فهذا كالبيع سواء؛ إن كان العوض معلوماً فكالبيع الصحيح، وإن كان مجهولاً فكالبيع الفاسد. وحيث العوض يحتاج إلى تجديد هبة -نحو: وهبتك هذا على أن تهب لي هذا أو كذا- فإن قال: «وهبت» فكالأول سواء^(٣)، وإن قال: «قبلت» صحت الهبة الأولى

(١) قال الفقيه يوسف: والتخلية لا تكون قبضا إلا بعد القبول. (كواكب).

(*) ووقع القبض في مجلس الإيجاب، ذكر معناه في شرح الفتح.

(*) في المجلس قبل الإعراض. (قرر). وقواه الشامي. وفي شرح الفتح: ولو في غير المجلس.

(٢) ولو على غني. قال عليه السلام: لأنها إحسان، والإحسان وجه قرية؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يُحِبُّ

الْمُحْسِنِينَ﴾ [آل عمران]. (بستان).

(*) إلا أنه لا بد فيها من القبول. (تهامي).

(٣) والمذهب أنها لا يصحان^[١]، بل تحتاج هذه^[٢] إلى قبول، وتلك إلى إيجاب وقبول، وما

في الكتاب على كلام الإفادة. (تهامي). وهذا مثل قول الفقيه يمين البحيح، ولفظ شرح

الأزهار: فأما لو لم يملك بنفس العقد نحو أن يقول: «على أن تهب لي كذا» فليس بيعاً،

لكن إن حصل العوض فلا رجوع، وإن لم يحصل العوض فله الرجوع وفاقاً بين الهادي

والمؤيد بالله. (شرح أزهار بلفظه) و(قرر).

[١] يعني: بيعاً، ومع حصول العوض يقعان حكم الهبة على عوض مضمر، أي: فلا رجوع، والله أعلم. (سماح سيدنا

حسن عليه السلام) (قرر).

[٢] وهي قوله: وهبت، ويكون هذا ابتداء إيجاب؛ لأن الإيجاب الأول -وهو قوله: وهبتك هذا على أن تهب لي هذا-

مستقبل لا يصح كما تقدم في قوله: أو علقه بمستقبل كعل أن تغل... إلخ. ولفظ البيان في باب الشروط: فإن لم

يجمعها في عقد واحد، بل قال: بعتك هذا على أن تبع مني كذا أو على أن تزوجني أو على أن تزوج مني، ففي هذا

كله لا يصح البيع؛ لأنه جعل العقد الأول معلقاً بالثاني، وذلك لا يصح في البيع. (بلفظه من باب الشروط).

واحتاجت الثانية إلى تجديد هبة^(١)، فلو لم يفعل كان للواهب الرجوع فيما وهب. وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إنها تملك الثانية بقبول الأولى.

الثاني: أن يكون العوض مالا مضمرا في نفس الواهب أو متواطئا عليه قبل عقدها، فللواهب أن يطلبه ويدعيه ويبين عليه أو يحلف الموهوب له، خلاف أبي طالب والقاضي زيد فيما أضمره في نفسه فلا تصح دعواه عندهما. قلنا: وإذا امتنع الموهوب له من تسليمه فللواهب الرجوع على التراخي مادام العوض باقيا، فإن تلف حيث هو معين تضيق رجوع الواهب عند علمه بتلفه، وإلا بطل إن تراخى، وقال في شرح أبي مضر وتعليق الإفادة: إن رجوعه على الفور^(٢) بعد الامتناع أيضاً. قلنا: وسواء كان الموهوب عيناً أو ديناً، وكذا في النذر^(٣) إذا قصد به العوض، وسواء كان العوض معلوماً أو مجهولاً، لكنه حيث يكون مجهولاً يجب قدر قيمة الموهوب يوم الهبة^(٤).

فرع: وإنما يثبت الرجوع عند تعذر العوض إذا كان الموهوب باقيا في ملك الموهوب له، لا إن كان تالفاً، وقال السيد يحيى بن الحسين: لا فرق^(٥)، فيرجع

(١) ويكون لها حكم الهبة على عوض. (قررو).

(٢) سواء كان العوض باقياً أم تالفاً. (قررو).

(*) وعليه الأزهار بقوله: فوراً في المضمرة.

(٣) أي: له الرجوع.

(٤) وإنما وجبت القيمة يوم الهبة لأن الهبة صحيحة ملكت بمجرد القبض، وليس كالبيع

الفاسد. (قررو).

(*) حيث هو قيمى، وإلا فمثله.

(*) إن قارن، وإلا فيوم القبض.

(٥) ورجحه في الغيث، وبنى عليه في الأزهار؛ لأنه أطلق حيث قال: ويرجع لتعذرهما، ولم

يذكر البقاء.

بمثله أو قيمته إن كان تالفاً.

الثالث: أن يكون العوض غرضاً غير مال، نحو حسن العشرة إليه، أو بقاء الزوجة مع زوجها، أو ليتزوجها، أو لتزوجه، أو ليشتري منه، أو ليبيع منه، أو غير ذلك من الأغراض، ولو كان يصير إلى غير الواهب، فإذا لم يحصل ذلك الغرض فله الرجوع في الهبة^(١) كما مر -خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله^(٢)- ولو كان الموهوب ديناً. وكذا في النذر والصدقة^(٣).

مسألة: وإذا كان العوض أن ينفق عليه مدة عمره فهو مجهول^(٤)، ولكن الحيلة في تمام ذلك أن يهب له على عوض معلوم ثم يأمره بإنفاقه عليه فيما يحتاج إليه، وينذر^(٥) عليه بمثل ما يطلبه منه سوى ما يحتاج إليه، ويبرئه مما علم الله أنه يبقى منه بعد موته^(٦).

(١) فوراً عند تعذر الغرض كالشفعة؛ لأنه يتجدد له حق في ملك غيره. (قررو).

(*) مفهومه أنه إذا حصل الغرض فلا رجوع ولو لم يحصل أحد الموانع، وقد ذكره الفقيه حسن في تعليقه.

(٢) وذلك لأنه لا حكم للأغراض عندهم. وعندنا أن الغرض له حكم كالعوض. (بستان).

(٣) مع أنها لا تسمى صدقة مع الغرض، ولكن الهبة تصح بلفظ الصدقة.

(٤) يعني: العوض، فيكون كالبيع الفاسد سواء، فيملكها بالقبض بقيمتها إذا وقع القبض بإذن الواهب، وللمنفق أن يرجع بما أنفق. (بستان بلفظه).

(٥) فيقول: إن طلبت منك غير ما أحتاج إليه من هذا العوض فقد نذرت عليك بمثل ما أطلبه منك. (كواكب).

(٦) ويكون من الثلث، إلا أن يقول: «وقد أبرأتك مما بقي قبل مرض الموت زائداً على ما أحتاجه إلى الموت» كان الإبراء من رأس المال، أو يعلقه بعلم الله الآن. (شامي) (قررو).

(*) وإن لم يبق شيء مما جعله عوضاً للإنفاق قال: فقد التزمت لك بمثل ما تحتاج إليه من النفقة ونحوها إلى الموت. (قررو). ولعل الوجه أن الالتزام يقبل الجهالة.

مسألة: وإذا قال: «هب أرضك هذه من ابني لله تعالى حتى أهب لك كذا» ففعلاً كانت الهبة للعرض^(١)، وتثبت فيها الشفعة^(٢)، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: وإذا قال: «وهبت لك هذا إن شاء الله تعالى» فالأقرب^(٣) أنها تصح إلا أن يكون فيها ما يخرجها عن القرابة نحو أن يقصد بها العوض حيث لا قرابة فيه^(٤)، أو يقصد بها الرياء والسمعة، أو يكون الموهوب له فاسقاً غير محتاج إليها، أو غنياً ليس فيه وجه قرابة^(٥)، أو كان فيه وجه قرابة لكن الواهب لم يقصده - فلا تصح الهبة.

مسألة: إذا قالت الزوجة: «هب لي كذا لأحلك مهري» فوهب ثم حللته

(١) وذلك لأنه لا شريك لله تعالى، فما كان لله ولغيره بطل كونه لله تعالى، كما لو قال: بعثك هذا بعشرة لله، فحكمه حكم البيع. (بستان).

(٢) بناء على أن حتى عقدية، والمذهب خلافه وأنها وعدية، فينظر فيه. فلا تثبت فيها الشفعة.

(*) وقد تقدم بيان هذا في الشفعة. (كواكب بلفظها). في المسألة الثانية عشرة قبيل قوله: فصل: وبعد الحكم بالشفعة. قال في الكواكب ما لفظه -يعني هناك في الشفعة-: قال الفقيه يحيى البحيح: وتم الهبتان معاً في هذه الصورة بالهبة للابن إذا حصلت في المجلس، ولا يحتاجان قبولاً، وهو يأتي على قول الإفادة. وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا بد أن يهب الأب للذي وهب لابنه ويقبلها الموهوب له، وهو يأتي على قول الزيادات والفقهاء علي وحسن. (كواكب لفظاً من الشفعة). وقد بسط الكلام في الكواكب في كتاب النكاح، وأتى بكلام الزيادات والإفادة هناك فابحث. والله أعلم.

(٣) في (ب، ج، د): قال سيدنا عماد الدين: فالأقرب.

(٤) لأنه مباح، والله لا يشاؤه.

(*) أي: في العوض.

(٥) الظاهر أن الإحسان وجه قرابة؛ قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة].

(بستان).

تمت الهبة^(١)، وثبتت فيها الشفعة^(٢)، ذكره المؤيد بالله، وإن لم تحلله فقال الفقيه يحين البحيح: له الرجوع في الهبة، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا تتم الهبة إلا بالتحليل في المجلس، وإن لم بطلت الهبة.

مسألة: وإذا قال: «وهبت لك ذهبي هذا لله تعالى» وفي ضميره ليهب له ذهبه كان له حكم الهبة^(٣) إلا في الربا، ذكره المؤيد بالله^(٤). قال الفقيه حسن: فيجب رد الزيادة في أيهما كانت. وهو قول أبي حنيفة. وقال أبو مضر: بل تبطل في الكل حيث أحدهما أكثر. قال الفقيه علي: وهو يأتي قول الهدوية^(٥).

مسألة: وإذا قال: «وهبتك هذا سنة، أو مدة عمرك، أو على أن يعود لي

(١) وذلك لأن سؤالها قائم مقام قبولها، ذكره المؤيد بالله، قيل: ويأتي على قول الهدوية أنها تحتاج إلى القبول ولا يكفي السؤال هنا؛ لأنها مع العوض تكون كالبيع تحتاج إلى ماضيين. والمراد بثبوت الشفعة حيث المهر معلوم، قال الوالد: فيؤخذ بمثل المهر إن كان مثلياً، أو بقيمته إن كان قيمياً ولو كان في الذمة، فيجب قيمة الوسط، وإن اختلف الوسط فبالأدنى منه إن كان فيه أعلى وأدنى، وإلا فالوسط منه إن كان فيه وسط. (بستان).

(٢) المذهب أنها تصح الهبة ولا تصح الشفعة؛ لأنه لم يملك العوض بنفس العقد.

(٣) يعني: لا حكم البيع، فلا يرد بعبء ولا رؤية، ولا يرجع به عند الاستحقاق؛ لأنه ليس بعقد حقيقة، وإنما هو مشبه بالعقد. (بستان).

(٤) وكلام المؤيد بالله هنا يخالف ما تقدم له في الإجارة على الخدمة والضمير المحظور فلم يعتبر الضمير في ذلك، واعتبره في هذه المسألة، فقيل: له في الجميع قولان، وقيل: بل هما طرفان؛ ففي عقود المعاوضة يقول: لا تأثير للضمير كما في مسألة الإجارة، وفي هذا يؤثر الضمير؛ لأنه ليس بعقد معاوضة. (شرح أثار).

(٥) في (ب): وهو يأتي على قول الهدوية.

(*) لأنهم يجعلون المضمير كالمظهر. (بستان).

بعد موتك» وقبل - فإنها تصح الهبة ويبطل التوقيت^(١) والشرط؛ لأن الشروط الفاسدة لا تفسد الهبة^(٢)، وقال الناصر والشافعي: إنها لا تصح الهبة. وهكذا في النذر عندنا، وكذا في البراء والحوالة. ويصح التوقيت في هبة المنافع كما في الإجارة، ولعلها تكون إباحة.

مسألة: إذا قال: وهبتك هذا الثوب على أنك تلبسه، أو هذا الطعام على أنك تأكله أو تتصدق به - صحّت الهبة وبطل الشرط^(٣)، ذكره المؤيد بالله. ويأتي على قول الهدوية أنه إذا لم يفعل ما شرطه عليه كان له الرجوع في الهبة^(٤)، والله أعلم.

مسألة: إذا قال: وهبتك هذا على قفيز من المقشر، أو على أن تتصدق عني بقفيز من المقشر - صح^(٥) إن قلنا: هو مثلي، لا إن قلنا: هو قيمي فلا يثبت في

(١) فإن قلت: كيف لم تجعلوا التوقيت مبطلاً للهبة وجعلتموه مبطلاً للنكاح، ما الفرق بين العقدين؟ وكذلك اشترط أن لا يبيع وأن لا يهب جعلتموه مفسداً للبيع لا للهبة فما الفرق؟ قلت: قال أبو مضر: لأن الهبة عقد تبرع فلا يؤثر الشرط في إبطاله، يعني أنها ليست معاوضة، وإنما هي إحسان محض فلا تأثير للشرط فيها، بخلاف المعاوضات. (غيث).

(*) قلنا: وإذا كانت الهبة مؤقتة بمدة حياة الموهوب له هل يصح من الواهب الرجوع بعد موته كقبله أو لا؟ فقال الفقيه علي: يصح، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يصح. (كواكب).

(٢) على صفة العقد، لا شرط محض فلا تصح الهبة. (مفتي).

(*) ما عدا الشروط المستقبلية، فأما هي فتفسدها اتفاقاً.

(٣) إذا لم يكن له غرض. (قرر).

(٤) إذا كان له غرض. (قرر).

(٥) والذي يقتضيه النظر في الصورة الأولى أنه بيع صحيح حيث كان مثلياً مطلقاً أو قيمياً معيناً، وإلا ففاسد يملك بالقبض. وأما في الصورة الثانية فيبيع فاسد؛ لتعلقه بالاستقبال، مثلياً كان المقشر أو قيمياً، ويملك بالقبض. (إملاء شامي). وعلى قول الوابل في الصورة الثانية هبة على عوض، وقد قوي. (قرر). فإذا حصل العوض فلا رجوع^[١] كما ذكره في شرح الأزهار عن الفقيه علي.

(*) وكان بيعاً.

[١] لعله يريد عوض مضمّر كما تقدم في الحواشي على المسألة الأولى من فصل حكم الصدقة. (سباع).

الذمة^(١). وكذا لو قال: «على أن تكفني» فلا يصح^(٢). فلو قال: «على أن تهب لي قفيزاً^(٣) من المقشر» فالأقرب الصحة؛ لأنه يحتاج إلى تجديد هبة؛ فلا يمنع صحة الأولى. وأما في الوصية فيصح ذلك كله^(٤)؛ لأنها تقبل الجهالة وتقف على الشروط، ذكره المؤيد بالله. وكذا يأتي في النذر^(٥).

مسألة: من باع ثماراً قبل ظهورها وقبض ثمنها ثم إنه استوهبه^(٦) من المشتري أو استبرأ منه بعد تلفه: فإن كان المشتري عالماً بأن البيع باطل^(٧)

(١) إن كثر التكسير فقيمي، وإلا فمثلي.

(٢) لجهالة الكفن، ولأنه لا يثبت في الذمة.

(٣) هكذا فرق في البرهان بين قوله: «على أن تهب لي» وبين قوله: «على أن تتصدق عني» على قولنا بأن المقشر قيمي، فقال: إذا قال: «على أن تهب لي قفيزاً من المقشر» فالأقرب الصحة؛ لأن ذلك يحتاج إلى تجديد هبة أخرى، بخلاف ما إذا قال: «وهبت لك على أن تصدق عني بقفيز من المقشر» فإنه لا يصح؛ لأنه يملك العوض في هذا بالهبة ثم يتصدق به المهتب عنه. (بستان).

(٤) مثاله أن يقول: «وهبتك هذا على أن توصي لي بقفيز مقشراً» أو نحوه، أو «هبتك هذا على أن توصي بتكفني».

(*) ويكفن كفن مثله. (قرر) ولا تجوز الزيادة إلا بإذن الورثة. (قرر).

(٥) ولا بد من القبول. (شرح فتح معني). ولفظه: وأما المعقود - نحو: نذرت عليك بكذا على كذا - فإنه لا بد من القبول أو تسليم ما عقد عليه كما قد ذكر ذلك في غير موضع. (شرح فتح).

(*) يعني: أنه يصح ذلك كله.

(٦) يعني لما كان بيعه باطلاً استوهب الدينار ليحل له، أو استبرأ منه بعد تلفه - فإن ذلك لا يصح إلا أن يعلم المشتري أن الدينار باق على ملكه، فأما إن جهل أو ظن أن البائع قد ملكه فإنها لا تصح هبته ولا براؤه؛ لأنه لم يجعل ذلك إلا في مقابلة الثمر، ولم يملكه، بل هو باق على ملك البائع. (صعيتري).

(٧) هذا على كلام تعليق الإفادة، وأما على مذهبنا فهو فاسد. (قرر) [١].

[١] لفظها في (ج): والمذهب أن بيع المعدوم فاسد، وإنما هذا على قول تعليق الإفادة الذي تقدم.

صحت الهبة والبراء، وإن كان جاهلاً لم يصح؛ لأنه فعلهما في مقابلة عوض - وهو المبيع - وهو باطل، ذكره المؤيد بالله. وقد ذكر^(١) مسائل توهم خلاف^(٢) هذا، فقال: لو استبرأ من عليه دين لغيره وأظهر أنه فقير أو أن الدين قليل أو وهب شيئاً لغيره وهو يظن أنه قليل ثم بان ذلك خلاف ما يظنه - فقد صح البراء والهبة^(٣). وقال فيمن اشترى شيئاً ودفع في ثمنه دراهم مغصوبة والبائع لا يعلم حالها ثم استبرأ منه من الثمن: صح البراء^(٤)، قال: وكذا لو استوهب^(٥) المبيع منه فوهبه له بعد البيع وقبض الدراهم المغصوبة^(٦) صحت الهبة^(٧)، فقيل: إن له قولين^(٨) في ذلك كله. والأقرب أنه يفرق بينه بأن المسألة الأولى هو وهب له الثمن أو أبرأه منه في مقابلة عوض يحصل له، وهو باطل، وفي المسائل الأخرى لم يفعل في مقابلة عوض يحصل له، بل فعل ما فعله مع جهله للحال، والجهل عند المؤيد بالله لا حكم له في هذه المسائل وفي أمثالها، كما ذكره في إجازة البيع مع

(١) المؤيد بالله.

(٢) في (أ، ج): بخلاف.

(٣) وعندنا تصح الهبة لا البراء.

(*) على قول المؤيد بالله، وأما على المذهب فلا يصح البراء؛ لأنه تدليس.

(٤) وعندنا لا يصح البراء؛ لأنه قد صح الدفع وبرتت ذمة المشتري.

(*) لأنه يقول: إنها تعين عنده فكان الثمن باقياً عليه.

(٥) المشتري.

(٦) انظر في هذا. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام). ولفظ الكواكب: وقال أيضاً فيمن

اشترى شيئاً بدراهم مغصوبة والبائع لا يعلم حالها ثم استوهب منه المبيع هبة مطلقة صحت

هبته. ففي هذا الطرف لا بد أن تكون الدراهم معينة على أصل المؤيد بالله عليه السلام.

(٧) وعندنا لا تصح؛ لأنه قد خرج عن ملك البائع.

(٨) وقيل: إن مراده حيث قال: يصح البراء في الظاهر، وحيث قال: لا يصح في الباطن.

جهل الثمن. وعند المنصور بالله والقاضي زيد أن ذلك كله لا يصح^(١).

مسألة: وإذا أراد الواهب الرجوع فيما وهب فهو على وجوه ثلاثة:

الأول: ما وهبه الرجل لولده الصغير^(٢)، فله الرجوع فيه قبل بلوغه ما لم يحصل أحد الموانع من الرجوع كما يأتي. والأم في ذلك كالأب عند ابني الهادي والشافعي والمنصور بالله. وقال المؤيد بالله وأبو طالب: لا رجوع لها. وقال أبو حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله: لا رجوع لهما معاً. وقال المنصور بالله والشافعي: يصح رجوع الآباء وإن علوا ولو كان الولد كبيراً. قال المنصور بالله: وكذا في الصدقة عليه والنذر^(٣).

الثاني: حيث تكون الهبة حصل عليها عوض من الموهوب له أو من الله تعالى، وهو الثواب، نحو أن تكون الهبة لله، أو لفقير ولم يقصد بها غير القربة^(٤)، أو تكون الهبة لذي رحم محرم^(٥)، قال أبو طالب: ولمن يليهم بدرجة، قال الفقيه محمد بن يحيى: ولمن بعد من قرابته إذا قصد صلة الرحم^(٦) - فلا رجوع في ذلك.

(١) وهذا هو المختار. اهـ المذهب الصحة ما لم يحصل منه تدليس فيكون له الرجوع.

(٢) وكذا المجنون، وقيل: لا، وقال الذماري: إذا كان أصلياً فكالصبي، وإلا فلا؛ إذ العلة الأبوة والولاية. وفي حاشية السحولي أن ذلك مخصوص بالطفل.

(٣) المذهب خلافه. (قررو).

(*) قلنا: لا قياس على مخالف القياس، وأيضاً فإن القربة ملازمة للصدقة؛ فيمتنع الرجوع كالعتق. (بستان).

(٤) وهل يقبل قوله عند التشاجر - إذ لا يعرف إلا من جهته - أو الظاهر القربة؟ لا يبعد أن يكون القول قول المتهب؛ إذ الظاهر القربة، والله أعلم. (قررو).

(٥) للإجماع.

(٦) وظاهر الأزهار خلافه.

(*) وهو قوي، وليس العلة الرحامة، بل لكونه قصد القربة.

الثالث: أن تكون الهبة لغير ما تقدم^(١)، فيصح الرجوع فيها مع كراهة^(٢)، خلاف أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي^(٣) في الرجوع. قلنا: إلا أن يحصل أحد الموانع، وهي عشرة، نحو أن تكون لذي رحم، أو بعوض وحصل، أو لله تعالى ولو كانت لفاسق، ذكره المؤيد بالله، أو يموت الواهب، أو يموت الموهوب له، أو يخرج^(٤) الموهوب عن ملك المتهب^(٥)، لا الإجارة والتزويج فلا يمتنعان، وهما على حالهما^(٦). قلنا: ولو رجع إلى ملك المتهب فقد بطل الرجوع، إلا أن يرجع إليه بخيار الشرط أو الرؤية أو بالحكم في العيب أو الفساد فلا يمتنع الرجوع. أو يكون قد تلف كله، فلو تلف بعضه صح الرجوع فيما بقي. أو يكون قد استهلكه حكماً بنحو نسج أو غزل أو طحن، أو صبغ الثوب، أو جعله قميصاً أو نحوه، أو خياطة الجبة أو حشوها^(٧)، أو غرس في الأرض أو بنى فيها^(٨)، قال في الكافي: أو في بعضها، وقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه يمتنع

(١) في (ب، د): لغير من.

(٢) لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الراجع في هبته كالراجع في قيئه)) مراد الحديث التنزه عن الرجوع فيما وهب حفظاً لمكارم الأخلاق، ووجه تشبيهه برجوع الكلب في قيئه لدناءة همته وخسة طبيعته، ولا ينبغي الرجوع من أعلى إلى أدنى. (من روضة الشهاب).

(٣) وحجتهم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل للواهب أن يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما وهب لولده)). قلنا: مطلق فيحمل على المقيد. (بستان).

(٤) في (ب): أو يخرج.

(٥) قيل: فيلزم أن لا يصح الرجوع لمن وهب للعبد؛ لخروجه إلى ملك السيد. (مفتي). هو كذلك. وفي بعض الحواشي عن سيدنا إبراهيم حثيث: أنه يصح الرجوع؛ لأن القابل في الحقيقة كأنه السيد، فلا يكون من الموانع.

(٦) وله فسخ الإجارة.

(٧) مع الدرز. (قررو). ولفظ حاشية: العبرة بالدرز لا بالحشو. (قررو).

(٨) وكذا إذا كان الموهوب أشجاراً كان الغرس لها استهلاكاً حيث عرق أو فسد. (قررو).

ما بنى فيه أو أحاط عليه دون غيره. وكذا البناء في الدار ونحوها، وكذا خلطه بغيره بحيث لا يتميز^(١).

التاسع: أن يزيد الموهوب زيادة لا تتميز^(٢) كالسمن والكبر، وكذا زيادة الشجر فتمنع فيها^(٣)، قال في الكافي: وفي الأرض^(٤) أيضاً، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا تمنع في الأرض^(٥).

فرع: فلو سمن الحيوان ثم هزل فقال الفقيه علي: لا يصح الرجوع^(٦)، وقال في التفرجات وعطية: إنه يصح. فأما الزيادة التي تنفصل فلا تمنع كالحمل والشمر ولو مع اتصاهما، وهما للمتهب، وقال المنصور بالله: للواهب.

(١) فإن تميز وجب ذلك على المتهب، والمؤن عليه. (قرر).

(٢) والوجه أنه لا يمكن التمييز بين الزيادة والمزيد عليه؛ فلذلك كان ما زاد مانعاً. (بستان).
(٣) سؤال، وهو أن يقال: ما الفرق بين هذا وبين المشتري إذا أفلس وقد زاد المبيع زيادة متصلة فقد قلت: إنها لا تمنع من رجوع البائع؛ لأنه ناء حصل على أصل كان موجوداً؟ ولعل الجواب - والله أعلم - أن يقال: حق بائع السلعة أقوى من حق الواهب فيما وهب؛ ولهذا يبطل حق الواهب بموته وموت المتهب، لا في سلعة المفلس فلا يبطل الحق بالموت. (زهور).

(٤) لأنها كالشيء الواحد. ولأنه لا يمكن التمييز بين الزيادة والمزيد.

(٥) في بيان حيث ما لفظه: وهذا هو المذهب. وقواه السحولي والمفتي وعامر.
(*) ويخير كما في المغارسة. (شامي).

(*) ولعله يستحق البقاء على قول الفقيه محمد بن سليمان. وفي بعض الحواشي: ويجب عليه قلع الشجر إذا طلب منه ذلك، إلا أن يكون عليه ثمر أو يكون له حد ينتهي إليه بقي بغير أجرة. وقيل: بالأجرة كما يأتي على المسألة السابعة من الهدية. (سماح سيدنا احمد الشيبسي رحمته الله) (قرر).

(٦) وذلك لأننا لا نعلم أن الناقص تلك الأجزاء الزائدة. وحجة الآخرين أنه قد عاد إلى حالته. (بستان).

فرع: وكذا الزيادة في المنافع كالبرء من المرض أو من العمى أو من الجرح ونحوه فإنها تمنع^(١) إذا وقعت الهبة وهو عليل ثم برئ، وكذا الحديد إذا جعله سيفاً أو نحوه، أو جعل الخشبة باباً أو نحوه، أو كتب على الورقة، ذكر ذلك كله في الكافي. ويأتي على كلام الشرح واللمع أنه لا يمنع^(٢). وكذا الخلاف في زيادة المعاني كتعليم القرآن أو الصناعة^(٣) وحصد الزرع وجذ الثمر وحرث الأرض^(٤) فلا تمنع كزيادة سعر السوق، ذكره في الشرح^(٥)، وقال في الكافي والتفريعات: بل تمنع. وأما النقصان كالهزال وذبح الحيوان وقطع الشجر ونحوه فلا يمنع^(٦). قلنا: ويرجع المتهب بما غرم في حرث الأرض وحصد الزرع وقصارة الثوب ونحو ذلك؛ لأنه غار له^(٧).

العاشر^(٨): تعلق حق الغير به، كرهن أو حجر على المتهب^(٩) أو جناية من

(١) المختار لا تمنع؛ لأنها زيادة معان.

(٢) وسيأتي في البيان في الغصب أن الكتب على الورقة استهلاك فما الفرق؟ لعل الفرق أن الكتب هنا نقصان، والنقصان هنا لا يمنع، أو نقول: إن الكتابة من زيادة المعاني.
(٣) لا تمنع.

(٤) الحرث زيادة فيمنع الرجوع.

(٥) ومثله في شرح الأزهار. في غير الحرث.

(٦) قال في البحر: والوجه ظاهر. قال في شرحه: وهو أن العين في هذه الصورة باقية، فلا مقتضي لمنع الرجوع. (شرح بحر).

(*) لكونها مجرد نقص. (شرح أزهار).

(*) ما لم يفصل الشجرة أو يقطع اللحم فلا رجوع. (هامش شرح أزهار). (قرر).

(٧) المذهب في هذه المسألة [هذا الفرع (نخ) أنه يرجع الواهب بالعين ولا يرجع المتهب بما غرم؛ لأنه لا غرم.

(٨) ولم يذكر هذا العاشر في التذكرة، وذكره في البحر عن الإمام يحيى، وقال فيه: قلنا: المذهب أن المانع الاستهلاك [الحكمي]، وهذا كله ليس استهلاكاً، لكن قول الإمام يحيى قوي من جهة القياس. (بحر).

(٩) وفي الزهور ما لفظه: وإذا حجر على المتهب احتمل أن لا يمنع الحجر الرجوع؛ لتقدم

العبد^(١) أو تعلق دين برقبته^(٢)، فلا رجوع حتى يزول ذلك. وكذا إذا دبر العبد أو علق عتقه على شرط^(٣)؛ لأن له في ذلك حقاً. وكذا إذا جعل الشاة هدياً أو أضحية، خلاف التفريعات^(٤).

فرع: وهذا كله في هبة الأعيان، وأما الدين فلا رجوع في هبته^(٥).

وإذا ادعى المتهم أمراً يمنع الرجوع فعليه البينة به.

مسألة: وإذا وهب بقرة أو نحوها حاملاً فله الرجوع ما لم يزد^(٦) الحمل في بطنها، فإذا عرف أنه قد زاد^(٧) صح الرجوع في أمه لا فيه. وكذا بعد الولادة، إلا في الأمة وولدها الصغير فلا يفرق بينهما^(٨)، بل إما رجع فيهما ودفعت قيمة ولدها وإلا تركهما^(٩).

==
حق الواهب، واحتمل أن يمنع، وهو المختار؛ لتعلق حق الغير به، كما لو رهنه امتنع الرجوع. (زهور).

(١) المختار أنه يصح الرجوع ويخير الواهب. (عامر).

(٢) وللواهب فكه من الجناية ليرجع فيه، لا من الرهن؛ إذ يكون فسخاً لعقد قد تقرر فلا يصح كالبيع. (بحر بلفظه).

(٣) والمختار أن له الرجوع قبل حصول الشرط. (ذماري).

(٤) يعود إلى الجميع من أول العاشر.

(٥) لأنه إسقاط، ما لم يكن على عوض أو غرض ولم يحصل فله الرجوع. (تذكرة) (قرير).
* وكذا الحق لمن هو عليه.

* إلا لشرط لم يحصل فيرجع فيه، كالعشرة ونحوها.

(٦) بأن قد مضى يوم.

(٧) والعبرة بمضي مدة يغلب في الظن أنه قد زاد فيها.

(٨) بعد الولادة، وأما قبلها فيجوز التفريق كما لو استثنى الحمل. (قرير).

(٩) أو تباع الأم والولد ويأخذ حصة الأم من الثمن كما سيأتي. (نجري من باب المفلس)

(قرير). وقد صرح به في شرح الأزهار في قوله: ولا يفرق بين ذوي الرحم.

مسألة: من وهب أمة ثم وطئها^(١) كان رجوعاً، وكذا إن باعها أو وهبها، ويصح البيع والهبة الأخرى عند الهادي وأبي مضر وابن أبي الفوارس، خلاف المذاكرين^(٢).

فرع: وإن منع المتهب من الانتفاع لم يكن رجوعاً^(٣)، وكذا إذا أنكر الهبة. وكذا في العقود الموقوفة لا يكون جحودها فسخاً لها، بخلاف الوكالة والشركة فالجحود والمنع يكون فسخاً لهما.

مسألة: وإذا كان الرجوع بعد قبض الموهوب فلا بد فيه من التراضي أو الحكم^(٤)؛ لأنه مختلف فيه^(٥)، وإن كان قبل قبضه فقال المؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة: لا بد من ذلك أيضاً، وقال الناصر والشافعي وتخريج المؤيد بالله: لا يحتاج إليه.

فرع: والرجوع في الوصية لا يحتاج إلى ذلك، وأما في التدبير إذا رجع فيه بالبيع فلا بد من التراضي^(٦) أو الحكم، خلاف المؤيد بالله^(٧).

(١) عالماً لا غائطاً. لحصول قصد الرجوع مع العلم.

(٢) فيكون رجوعاً فقط.

(٣) وذلك لأن المنع في الهبة ليس برجوع. وأراد بالجحود في الموقوف حيث الجاحد الفضولي للعقد فلا يكون فسخاً له، فأما لو أنكر المالك البيع ثم أجازته فإنه لا يصح، ذكره في الكافي والسيد يحيى [وقرر أنه ليس برد. (قرئ)]. وقد مر في البيع. فأما جحود الوكالة والشركة فهو يقتضي المنع، والمنع يبطلهما. (بستان بلفظه).

(٤) وظاهر الأزهار صحة الرجوع؛ ولهذا قال: والبيع ونحوه ولو بعد التسليم رجوع وعقد. ولعل الحكم مع التشاجر فليحقق.

(٥) يعني: فعلى أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي لا يصح الرجوع. (بستان).

(٦) أما التراضي فلا يكفي إلا حيث بيع لفسق أو ضرورة.

(٧) قلنا: الخلاف في بيع المدبر ظاهر، وإذا شاجر المدبر فلا بد من الحكم لقطع الخلاف.

(بستان).

مسألة: من قال للمتهدب: «إن الواهب طلب منك أن ترد عليه ما وهب» فقال: «رددت»، فإن كان الواهب أمره بذلك صح الرد، وإن لم فهو كاذب فلا يكون طلبه سؤالاً للرد فيحتاج إلى القبول، إلا إذا كان قال: «رده عليه» كان سؤالاً منه للرد، وهو فضولي، فإن كان الرد يستعمل في العرف للتمليك صح إذا أجازه الواهب؛ لأنه عقد يحتاج القبول في المجلس، ويصح الرجوع فيه قبل قبوله من المردود عليه أو إجازته حيث قبل له غيره، ولا يصح في المجهول ولا معلقاً بشرط، وإن كان في العرف يستعمل للفسخ^(١) احتاج القبول من الواهب في المجلس إن حضر، وإلا فمتى علم به، والعكس في الأحكام الباقية^(٢).

مسألة: من وهب ماله كله في حال صحته أو في مرض غير مخوف منه الموت في الحال صح على الأصح^(٣)، وقال في المنتخب وأحد قولي القاسم: الثلث فقط. وإن كان في حال المرض المخوف فإن برئ من مرضه أو خف المرض بحيث صار لا يخاف عليه الموت فكذا أيضاً، ذكره المؤيد بالله، ولو رجع عليه المرض ومات منه، وإن مات من مرضه ذلك^(٤) لم يصح إلا الثلث، ولو وهب

(١) وهو الذي في الأزهار.

(٢) فلا تلحقه الإجازة، ويصح في المجهول ومعلقاً على شرط. ولا يصح الرجوع فيه قبل قبوله. (قرو).

(٣) يعني على قول الأحكام والسيدان والفريقين؛ لقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)) وهذا قد طابت نفسه. وحجة المنتخب قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾ [الإسراء: ٢٩]، فنهى عن الإسراف، فوجب الاقتصاد، ويصح الثلث فقط؛ ليكون لاحقاً بالوصية. (بستان). قال المؤيد بالله: وهو ضعيف ما أعلم أحداً قال به.

(٤) فلو مات من غيره كأن يقتله قاتل في المرض المخوف أو تردى من شاهق أو غرق ينظر فيه. الأقرب أنه من الثلث؛ لأنه فعله في حال المرض المخوف. (من بيان حثيث). وفي بعض الحواشي: قلت: الظاهر أنه مات فجأة وأنه ليس منه. (شامي).

ماله أو بعضه لشخص شيئاً بعد شيء فيشترك الكل في الثلث^(١) ولو نجز بعضه وأضاف بعضه إلى بعد موته.

فروع: والأمراض على أربعة أقسام^(٢):

الأول: مخوف في ابتدائه وانتهائه، وهو الحمى المطبق^(٣) والإسهال المطبق والرعاف المطبق وذوات الجنب والطاعون^(٤) والبرسام.

الثاني: غير مخوف في ابتدائه وانتهائه، وهو الرمد والصداع ووجع الضرس^(٥).

الثالث: مخوف في ابتدائه لا في انتهائه، وهو الفالج^(٦).

الرابع: مخوف في انتهائه^(٧) لا في ابتدائه، وهو السل ووجع الرئة والكبد؛ لأن

(١) هذا في حال المرض المخوف ولو نجز بعضه وأضاف بعضه إلى بعد الموت، ذكره المؤيد بالله، وقال الأستاذ: إنه يقدم ما نجزه على ما أضافه إلى بعد موته، فإن بقي شيء من الثلث للمضاف أخرج منه، وإلا فلا شيء له. (بستان بلفظه).

(*) قال في البحر: قلت: ولعله سهو، بل يريد أن للأول ثلث الكل، وللثاني ثلث الثلثين، وللثالث ثلث الباقي. (شرح أثمار). هذا على قول المتخبر. والله أعلم.

(*) حيث كان في المرض المخوف. (قرئ).

(٢) يعني: فما فعله في القسم الأول فمن الثلث، وفي الثاني كالصحيح، وفي ابتداء الثالث من الثلث، وفي انتهائه من الرأس، والعكس في الرابع. (بستان) (قرئ).

(٣) وهو المسبوع. (من تحفة العامري).

(٤) قال في روضة النواوي: إذا وقع الطاعون في البلد وفشا الوباء فهل يكون مخوفاً في حق من لم يصبه؟ فيه وجهان، أصحهما مخوف. وفي حاشية السحولي: من كان في بلد ولم يكن قد أصابه فصحيح. (حاشية سحولي من كتاب الوصايا).

(٥) ولو مات منه. (قرئ).

(٦) ذهاب الحس والحركة من بعض أعضائه. (لمعة).

(٧) ومن هذا النوع السدم والتلمي، وهو انتفاخ البطن. (قرئ).

وجع الرئة يتولد منه السعال، فإذا كثر أفسدها، ووجع الكبد يتولد منه صفرة العينين والوجنتين، فإذا كثر أفسدها^(١).

مسألة: وإذا وهب ماله في مرضه لورثته على حسب موارثهم صح الكل على قولنا: إن الوصية للوارث تصح^(٢)، لا على قول من يمنعها إلا أن يجزوها الكل^(٣).

فرع: وكذا لو قسم ماله بين ورثته على سبيل التعيين والقسمة لنصيب كل وارث منهم قدر حقه فإنه يصح إذا قبلوا^(٤)، وتكون الوصية هنا بالتعيين فقط، وهو حق يصح الإيضاء به على الأصح^(٥).

مسألة: ويكره^(٦) التفضيل في الهبة^(٧) بين الأولاد؛ لأنه يؤدي إلى

(١) أي: الكبد.

(٢) ولكن لا يكون ذلك حكم الوصية، بل إذا وقع القبول من الورثة كان لهم جميع التصرفات في الحال، خلاف ما ذكره في الفرع. (قررو).

(*) فائدته أنهم يملكونه من وقت الهبة، ومن منع لا يملكونه إلا بالإرث.

(٣) يقال: إذا كانت الهبة من غير تعيين، وكان المال معلوماً، وكانت على حسب الإرث كما هو الفرض - فلا وجه لاشتراط الإجازة، ولا تنزل المسألة على قول من يصحح الوصية للوارث. (سماح سيدنا يحيى جار الله مشحوم رحمته الله).

(٤) يعني: لم يردوا. (مفتي). ولا يعتبر القبول هنا؛ لأنها ليست هبة، بل تمييز. فإن قبل بعضهم ورد بعضهم بطلت الوصية بالتعيين فيقتسمون.

(*) والمراد بالقبول الرضا؛ لأنه تمييز لا تمليك. (قررو).

(*) والقبول منهم كالإجازة، فيكون لهم الرجوع عن الإجازة في الحياة فقط. (قررو).

(٥) قال في البرهان: ذكره الفقيه يوسف، ولم يذكر فيه خلافاً لغيره فأنقله. قال الوالد: والأقرب أنه يحتاج إلى الإجازة على قول من يمنع الوصية للوارث. (بستان).

(٦) تنزيه. (هاجري). وقيل: للحظر، نص عليه الهادي عليه السلام في الأحكام. (دواري).

(٧) وفي كل تمليك. (قررو). وكذلك الوقف. (قررو).

العداوة^(١)، إلا أن يفضل من هو أكثر برأبه، أو أكثر عائلة، أو أكثر ديناً عليه، أو أشد حاجة، أو مشغولاً بعلم - فلا كراهة إلى قدر الثلث، وما زاد عليه كرهه.
فرع: والتفضيل هو ما خالف الميراث^(٢). وقال الناصر والشافعي وأبو جعفر والإمام يحيى: بل تعتبر المساواة^(٣).

مسألة: من جهز ابنته أو نحوها بجهاز من الحلية أو نحوها فإن كان ثم لفظ أو قرينة تدل على تملكها ذلك ملكته^(٤)، وإن كان ثم لفظ أو قرينة تدل على أنه معها عارية فهو باق له، وإن لم يكن شيء من ذلك فقال الهادي والمؤيد بالله: إنه باق له^(٥)، وقال أبو طالب وأبو مضر: إنها تملكه. قال الفقيه يحيى البحيح: وليس بينهم خلاف، بل كل بنى على عرف بلده^(٦)، فالمعمول عليه في ذلك العرف والعادة.

- (١) يعني فيما بين الأولاد، وفي ذلك قطع الأرحام؛ فلذلك كان مكروهاً، ولقوله ﷺ: ((سوا بين أولادكم في العطية)). (بستان).
- (٢) وذلك لقوله ﷺ: ((اعدلوا بين أولادكم)) والعدل ما فصله الله في الميراث، فما خالفه فهو تفضيل. وحجة الآخرين قوله ﷺ: ((سوا بين أولادكم)) والتسوية المماثلة، وما خالفها تفضيل. قلنا: قسمة الله أعدل ما يكون، وهي ما ذكرناه. (بستان).
- (٣) بين الذكر والأنثى.
- (٤) أما اللفظ فظاهر حيث لفظ بالهبة، وأما القرينة فنحو أن تقول له: «هب لي» فيعطيه ولا يلفظ^[١]، أو يعطيها عند قدومه من السفر. (غيث معني، وبستان).
- (٥) ما لم يكن قد تلف. (قرير).
- (٦) فإن قيل: المؤيد بالله وأبو طالب في بلد واحد^[٢] فكيف اختلف عرفهما؟ والجواب من وجوه، أحدها: أن يكونا في بلدين. الثاني: اختلف العرف بين موت^[٣] المؤيد بالله وأبي طالب. الثالث: أن يكونا في بلد واحد وعرفهما مختلف، فترجح لأحدهما غير الذي ترجح للآخر. (تعليق لمع للحملاني).

[١] وفي حاشية: مع لفظ الإيجاب من الأب. (قرير).

[٢] في (ج): من قرية واحدة. وفي هامش شرح الأزهار: كيف اختلف العرف والسيدان في وقت واحد؟

[٣] في هامش شرح الأزهار: أن يكون العرف اختلف بعد موت المؤيد بالله.

مسألة: من قال لولده الكبير أو نحوه: «أعطيتك هذا عن نصيبك من الميراث، والباقي تركته»^(١) لأولادي الصغار» ملك الكبير ما ملكه أبوه بلفظ العطاء^(٢) إذا قبل، والباقي يكون للصغار ثلثه وصية^(٣)، وثلثاه ميراث بينهم الكل^(٤)، فإذا قاسمهم فيه الكبير كان للصغار الرجوع فيما ملكه أبوه^(٥) بقدر نصيبهم فيه؛ لأنه في مقابلة غرض، وهو تركه لمقاسمتهم^(٦)، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله^(٧).

مسألة: وإذا جعل المريض لزوجته شيئاً من ماله عن مهرها وعن ميراثها منه وقبلته فإن كان قضاء ناجزاً لم يصح في الميراث^(٨)، ويفسد في المهر لجهالة حصته، وإن جعله وصية لبعده موته صح في المهر بخصته^(٩)، لا في الميراث فلا

(١) وأما ما يعتاده الناس من إعطاء المرأة صباح ليلة البناء بها فإن المرأة تملكه بمجرد القبض من غير إيجاب ولا قبول ولو كان عقاراً على الصحيح. (قرئ).

(٢) لأن لفظ العطاء يوجب التملك.

(٣) لأن لفظ تركته من ألفاظ الوصية. (قرئ).

(٤) قال في البرهان: إلا أن يجري العرف بأن لفظ تركت يستعمل في التملك كان الباقي ملكاً للصغار، يعني إذا قبله لهم الأب. (بستان).

(٥) ولو حصل أحد الموانع. (قرئ).

(٦) وهذا يدل على أن الرجوع يورث إذا مات الواهب قبل علمه بامتناع الغرض. (كواكب). ولو قيل: التملك مشروط بعدم الرجوع عليهم، فإذا رجع رجعوا عليه.

(٧) بناء على أصلهم أنه لا رجوع في الأغراض. (بستان).

(٨) وذلك لأنه قبل استحقاقها له. (بستان).

(٩) إذا رضيت بذلك. (قرئ).

(*) مثاله: لو قضاها أرضاً ومهرها مائة، وميراثها يأتي قدر خمسين - استحققت ثلثي الأرض، وهو حصة المهر، لكن الأقرب أنه يكون للورثة ثلث باقي ماله وصية، وثلثاه موروث للكل كما مر في المسألة الأولى، هذا مصدر في بعض النسخ. والأولى عدم صحة الوصية؛ لأنه إنما جعل ذلك لهم في مقابلة ما عينه للزوجة ميراثاً، ولم يصح. (شامي).

بيطل ميراثها.

مسألة: من أعطى زوجته قطعاً تغزله قميصاً لها أو نحوه فإن كان من لباس البذلة لم تملكه، بل هو له، وهي متبرعة بالغزل، فإن فعلته طلباً لعشرته أو نحوها^(١) وحصلت منه في مدة لباس ذلك فلا شيء لها، وإن لم يحصل ذلك منه رجعت عليه بأجرتها^(٢)، وإن حصل منه في بعض مدة اللباس فقط رجعت عليه بقدر ما بقي من مدته. وكذا لو كان الثوب له يلبسه هو^(٣). وإن كان لها من غير لباس البذلة فهو إباحة منه لها، وقد ملكته بغزله^(٤)، فإن كان ذلك طلباً منه لعشرتها أو نحوها ولم يحصل منها شيء رجع عليها بمثل القطن، وإن حصل مدة لباس ذلك^(٥) فلا شيء عليها له، وإن حصل بعض مدته رجع عليها بقدر ما بقي من مدته. وعند الناصر وأحد قولي المؤيد بالله: لا رجوع في الكل.

(١) طلاق زوجته الأخرى.

(٢) إن شرطتها أو اعتادتها. (قررو).

(٣) فهو على التفصيل الأول.

(٤) ومثل هذا لو قال لغيره: احفر لك بئراً في أرضي أو مدفناً. اهـ وفيه نظر، وظاهر كلام البحر الذي تقدم أنها عارية، وله الرجوع فيها ويسلم ما غرم، إلا أن يحمل على أنه لم يقل: احفر لك. (حديث). يحقق.

(*) ظاهر هذا أنها تملكه بالاستهلاك الحكمي كاهبة، وسيأتي في الوكالة أن المباح له إذا تصرف قبل العلم بالرجوع إنما يملكه إذا استهلكه حساً فينظر. (مفتي). لكن يقال: قد تقدم في المعاطاة أنه يصح فيها كل تصرف ويمنع الرد فيها الاستهلاك الحكمي، فلا يرد ما ذكره شيخنا المفتي. (هبل) (قررو). يقال: هذا يستقيم حيث كانت الإباحة على عوض مظهر، لكن ظاهر البيان خلافه، فتتظير المفتي مستقيم.

(٥) وهي المدة التي يبلى فيها ذلك الثوب إذا استعمل المعتاد ولو لم يلبس ذلك الثوب أصلاً. (قررو).

[الهدية]

مسألة: والهدية تملك بقبضها^(١) ولا تحتاج إلى لفظ^(٢)؛ لاستمرار عادة المسلمين بذلك. وهي في المنقولات كلها^(٣)، وقال ابن أبي الفوارس: في المأكولات فقط^(٤). ولا يصح الرجوع فيها؛ لأنها تقتضي المجازاة، خلاف الأستاذ. فلو اختلفا هل هي هدية أو هبة فالقول قول المعطي^(٥).

فرع: وتجب المجازاة على الهدية، إلا أن يعرف أن المهدي لم يرد المجازاة عليها فلا تجب، كما في الثار والضيافة، إلا أن يعرف أنه قصد بهما المجازاة وجبت.

فرع: والمجازاة تضيق بأحد أمور: إما بطلبها^(٦)، أو بأن يجري للمهدي سبب يوجب المجازاة مثل سبب المهدي إليه حسب العادة، أو بأن يموت

(١) وتكفي التخلية مع الرضا من المهدي إليه. (قررو).

(٢) وذلك لأنها أهديت مارية للنبي ﷺ فاستولدها من غير إيجاب ولا قبول فولدت له إبراهيم، وأهدى ﷺ أواقي من مسك للنجاشي ولم يكن من جهته إيجاب، وأهدى جعفر للنجاشي من غير إيجاب ولا قبول، وجرت بذلك العادة في العرسات ونحوها إجمالاً. (بستان).

(٣) وأما غير المنقولات فلا يصح إهداؤها؛ لعدم العرف؛ فتكون إباحة. وقيل: بل تملك بالقبض. (حفيظ). وقيل: تبقى أمانة في يد المهدي إليه للمهدي، والله أعلم.

(٤) قلنا: قد جرت العادة بإهداء الملابس والأسلحة والطيب والحلية والخيل والإبل والرقيق وغير ذلك من المنقولات، لا غير المنقولات لعدم العرف. (بستان).

(٥) لأن نيته لا تعرف إلا من جهته. (بستان).

(٦) مطلقاً. (هبل، وحديث). وقيل: لو طلب المهدي العوض من غير سبب لم يجب إلى ذلك، ذكره في شرح الحفيظ^[١]، قال المفتي: وهكذا نظري؛ إذ لو عرف القابض هذا لم يقبضه ولم يرض به عرفاً، وللعرف تأثير في ذلك.

[١] قال القاضي عامر: حيث جرى عرف بذلك، ولو كان وارث المهدي صغيراً.

المهدي إلا أن يعرف رضا ورثته بالتأخير وهم كبار كلهم^(١)، أو بأن يموت المهدي إليه^(٢) إلا أن يعرف^(٣) رضا المهدي بالتأخير أو يجري العرف بالتأخير حتى يحصل طلب أو سبب يقتضي المجازاة^(٤).

فرع: والمجازاة تكون على حسب ما جرت به العادة في القدر والصفة^(٥)، ويختلف باختلاف الحال والزمان في الشدة والرخاء^(٦)، وقال أبو مضر والفقهاء محمد بن سليمان^(٧): إن ذلك كسائر الديون، يجب مثل المثلي وقيمة القيمي يوم قبضه. وما التبس عليه قدره عمل بغالب ظنه^(٨) فيه وفاقاً. وما كان يجازى عليه في البلد فقط لا بعد الانتقال عنها عمل بحسبه عندنا^(٩).

فرع: وما يعطى أهل الولايات من الإرفاد في ولائهم فإن كانت عادتهم المجازاة عليه حلت لهم، وإن لم فهو رشوة لا يحل، ذكره المنصور بالله.

فرع: وإذا أطعم المهدي إليه المهدي هديته بعينها لم تسقط عنه المجازاة؛ لأنه قد كان ملكها بقبضها^(١٠)، ذكره أبو مضر.

(١) أو صغار حيث جرى عرف. (قررو).

(٢) ويجب الإيصاء بها حسب العادة.

(٣) الوارث.

(٤) ولو لم يكن من جنسه كالعرس والموت.

(٥) قوي مع التراضي. (قررو).

(٦) فيقضي في أيام الشدة أقل من أيام الرخاء. (غيث).

(٧) قوي مع التشاجر. (قررو).

(٨) ثم يستحل من الزيادة لأجل الاحتياط من المهدي. (غيث).

(٩) في الأشياء الخفيفة. (قررو). لا ما يعتاد بين الأنساب في الولايم من السمن ونحوه فلعله لا يسقط بالانتقال؛ للعرف. (قررو).

(١٠) وإطعامه إياها ضيافة، إلا أن يقول: رددتها عليك. (زهور، وبستان). وهذا حيث أطعمها إياه من غير استهلاك، فلو استهلكها بذبح أو تقطيع أو نحوهما ضمن قيمتها ولو قال: رددتها. (قررو).

فرع: وإذا أتلف الرسول الهدية قبل قبضها ضمنها للمهدي؛ لأنها باقية على ملكه. وكذا فيمن كتب إلى غيره كتاباً فهو باق على ملكه حتى يقبضه المكتوب إليه وملكه^(١).

مسألة: من قال لغيره: «أطعم^(٢) عني أو أضف عني هذا الضيف» ففعل فإنه يرجع عليه بما فعل^(٣)؛ لأنه كأنه أقرضه ذلك القدر إن ذكر له قدرًا معلومًا، وإن لم فيما يعتاد لذلك الضيف^(٤)، فإن فعل زائداً عليه لم يرجع بالزائد.

مسألة: ويجوز قبول قول الصبي^(٥) المميز فيما جاء به من الهدية أنه مأمور بها، وكذلك العبد والأمة ولو قالت: أهداني سيدي لك، فيجوز وطؤها^(٦) ما لم يظن الكذب.

مسألة: ويجوز أخذ ما بقي من الثمار بعد الجذاذ ومن السنابل بعد الحصاد إذا جرى العرف به ولم تعرف كراهة صاحبه^(٧)، ذكره المؤيد بالله.

(١) إلا أن يكون كتب إليه أن يكون الجواب على ظهر كتابه فإنه يجب عليه رده ولا يجوز له التصرف فيه. (قرئ).

(٢) وقد تقدم مثل هذه المسألة فرع في الظهر وعليه تعاليق شاملة للأطراف.

(٣) بقيمة ما صار إلى الضيف وما حملوه إذا كانوا يعتادون الحمل، لا ما بقي بعدهم^[١] أو أكله غيرهم بغير رضا الأمر.

(٤) فإن فعل ناقصاً لم يرجع بشيء؛ إذ لا يسمى ضيافة. (قرئ).

(*) من مثل ذلك المضيف.

(*) في (ج، د): المضيف.

(٥) وكذا الفاسق.

(٦) بعد الاستبراء. (قرئ).

(٧) ولا كان لمسجد ولا يتيم؛ إذ لا عرف عليهما، وظاهر كلام المؤيد بالله أنه يجري عليهما. (ديباح).

[١] وفي حاشية: وإذا بقي شيء كان له لا للأمر. (قرئ).

مسألة: من أباح طعاماً لغيره لم يكن للمباح له أن يطعم غيره منه ولا يبيحه له، إلا إذا عرف من شاهد الحال أنه قد خلاه له يفعل به ما شاء جاز، كمن قال لغيره: «أبحت لك ثمار أشجاري»، جاز له أن يأكل منها ويطعم غيره ويحمل منها^(١)، إلا أن يعرف من قصده أنه أراد الأكل فقط لم يجز غيره، لكن حيث تكون الإباحة مطلقة تناولت الثمار الحاصلة فيها فقط، وإن لم يكن فيها ثمار تناولت ما يحدث من ثمارها إلى موت المبيح أو المباح له. وإن كانت مقيدة بمدة معلومة أو مجهولة بطلت بموت المباح له، لا بموت المبيح فيكون ما بعده وصية لا رجوع لوارثه فيها إلا فيما زاد على الثلث. ويصح رجوع المبيح عن الإباحة^(٢) إذا علم به المباح له، لا إن جهله؛ لأنه مغرور، فلو ضمن له^(٣) رجوع عليه.

مسألة: وإذا ادعى الواهب أنه أراد العوض فعليه البينة، وإلا حلف المتهم ما يعلم ذلك منه^(٤) إن ادعى أنه أضمره^(٥)، وإن ادعى أنه شرطه عند الهبة أو

(١) ظاهر العبارة الفرق بين إباحة الطعام وإباحة الثمار، ففي الأول لا يجوز له أن يطعم غيره ولا يبيح إلا أن يعرف منه الإباحة التامة كما ذكر، وفي الثمار يبيح ويعطي ما لم تعرف الكراهة، فينظر هل الفارق العرف أم ما ذلك؟ (شامي). ولعل الفرق أن الإباحة في الثمار إباحة من كل وجه، بخلاف الطعام.

(*) وبيع أيضاً. (سماح هبل) (قرر).

(٢) ما لم يحصل أحد الموانع كالهبة، ذكره الإمام المهدي عليه السلام، وفي البيان فيما يأتي في الوكالة أن الإباحة لا يمنع الرجوع فيها إلا الاستهلاك الحسي.

(٣) وفي حاشية عن الكواكب: وإذا رجع المبيح عن الإباحة فلا حكم لرجوعه حتى يعلم به المباح له؛ لأنه لو صح وجب الضمان على المباح له، فإذا ضمن فله الرجوع على المبيح؛ لأنه غار له. (كواكب).

(٤) وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يحلف على القطع ما يستحق عليه العوض؛ لأن اليمين وجبت عليه ابتداء ولم توجه عليه من جهة الغير كما في يمين الوارث. (كواكب).

(*) ولا يظن. (قرر).

(٥) هذا بناء على أنه يصح الدعوى على ما في الضمير عند الهادي عليه السلام، قال الفقيه محمد بن سليمان: وتكون اليمين عند الهادي عليه السلام على العلم. وقال أبو طالب والمنصور بالله: لا

قبلها حلف على القطع^(١)، هذا في ظاهر الحكم وإن كان العوض عليها يجب في الباطن عند أبي طالب. وهذا حيث أقر بالهبة ويدعي العوض، فإن لم يقر بها بل قال: «أعطيتك^(٢) أريد العوض» فالقول قوله مع يمينه^(٣)؛ لأن الظاهر في الأعيان العوض، إلا فيما كان فيه قرينة حال تدل على عدم العوض - نحو ما يكون بين الزوجين والصدّيقين من التسامح - فالظاهر عدم العوض^(٤) فيما جرت العادة بالتسامح به بينهما.

مسألة: من وهب أرضاً ثم رجع فيها وفيها زرع واختلفا هل هو من الواهب ولم يزد أو من المتهب فحيث يلتبس الحال القول للمتهب؛ لأن اليد له، فإذا حلف عليه بقي إلى حصاده بغير أجره؛ لأنه مغرور، وحيث يعلم من شاهد حاله أنه من قبل الهبة أو من بعدها يعمل به من غير بينة ولا يمين. وإن أقر المتهب أنه من قبل وادعى أنه قد زاد فعليه البينة بالزيادة^(٥).

مسألة: إذا ادعى الواهب أنه كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً في وقت الهبة فعليه البينة؛ لأنه يدعي فساده، قال أبو مضر: إلا أن يكون الظاهر من حاله في وقت الهبة الصغر^(٦) أو الجنون^(٧) فالقول قوله. وعند المؤيد بالله القول قوله

تصح الدعوى والتحليف على ما في الضمير إلا أن يكون العوض مشروطاً أو متواطئاً عليه قبل صحت الدعوى واليمين.

- (١) حيث كان متولياً للقبول في الهبة. (قررو).
- (٢) بناء على أن لفظة «أعطيت» ليست من ألفاظ الهبة فافهم، وقد تقدم أنها من ألفاظ الهبة.
- (٣) سواء كان باقياً أم تالفاً.
- (٤) قوي في الظاهر وجواز الإقدام، وإلا إذا ادعاه كان القول قوله على أصل الهدوية. (سماح المتوكل على الله ﷺ).
- (٥) وتبقى، وتلزمه الأجرة. (قررو).
- (٦) حيث أرخا، وكذا إذا هو الآن محتمل؛ لأن الأصل الصغر، فأما مع الإطلاق وعدم احتمال الصغر فالقول قول المتهب. (قررو).
- (*) مع التاريخ. (قررو).
- (٧) يعني: أصله [يعني: المعروف من حاله. (قررو)] الجنون أو الغالب عليه. (شرح أزهار شرح غالباً).

مطلقاً؛ لأن الأصل عدم الهبة، وهو الأصل الأول.

مسألة: إذا ادعى الواهب أن المتهب لم يقبل الهبة ففيه وجوه ثلاثة:

الأول: أن يشهد الشهود^(١) أنه وهب وما سمعوا قبول المتهب، فالبينة على المتهب أنه قبل.

الثاني: أن يقر بأنه وهب ثم قال من بعد: إن المتهب لم يقبل، فعليه البينة^(٢).

الثالث: أن يقول: وهبت لفلان وما قبل، وقال فلان: بل قبلت، فقال المؤيد بالله: القول قول الواهب، وقال أبو مضر: القول قول المتهب^(٣)، وقال الفقيه حسن: إن الخلاف حيث كان قول الواهب بعد دعوى الهبة^(٤)، فأما حيث أقر الواهب بها ثم ادعى عدم القبول فعليه البينة وفاقاً.

(١) وقولهم قرينة لا شهادة؛ لأنها على النفي. (ذماري).

(*) ولو واحداً أو امرأة [١]، ولو بلفظ الخبر. وتشتط العدالة.

(٢) وفاقاً، وتكون على الإقرار.

(٣) من غير فرق سواء وصل أم فصل.

(*) وقد تقدم لأبي مضر في آخر الشفعة أنه يقبل مع الوصل فينظر في الفرق. ولعل الفرق أن

الهبة عبارة عن الإيجاب والقبول، فلا يسمى هبة إلا ما حصل فيه الأمران، فقوله: «لم يقبل»

رجوع عن الإقرار بالهبة، بخلاف قوله: «اشتريتهما» فليس بإقرار بالصفة حتى يكون قوله:

«صفقتين» رجوعاً عن ذلك، فتأمل. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٤) لأنه ملجأ إلى أن يقول: «وهبت ولم يقبل» لثلا يكذب، وليس بملجأ إذا لم يكن عقيب

دعوى. (زهور بلفظه).

[١] ونظير هذا قولهم: والقول لمن صدقته العدالة.

باب العمري والرقبي

هما يصحان فيما يمكن الانتفاع به على وجه يحل. وأنكر مالك^(١) وأبو حنيفة الرقبي.

وهما على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يكونا مؤقتين بمعلوم أو مجهول، فهما كالعارية سواء، إلا في أنه يجوز له أن يعمرها غيره^(٢)، وأن ينتفع بفوائدها الأصلية كالصوف واللبن والشمر، ولا يجوز ذلك في العارية المطلقة حيث لم يستعرها له، وإلا في وطء الأمة فيحد مع علمه بالتحريم لا مع جهله^(٣). وقال أبو حنيفة والشافعي: إنها تكون هبة.

الثاني: أن تكونا مطلقتين، فهما كالهبة، ويحتاجان القبول^(٤). وقال الناصر: كالعارية.

الثالث: أن يقول: أبدأ، أو لك ولورثتك بعدك، فهذه هبة وفاقاً. فلو قال: «أعمرتك هذا مدة بقائه» فقال الفقيه يحیی البحيح: تكون كالمطلقة^(٥)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: كالمؤقتة^(٦).

(١) قال في البستان: ولعل مالكا لم يبلغه ما ورد في الرقبي، قال عليه السلام: والله در من اعترف بالتقصير من العلماء؛ لأن الإقدام على الشيء من دون بصيرة جهل، نعوذ بالله من الجهل.

(٢) وظاهر الأزهار أنه لا يجوز أن يعمرها غيره.

(٣) وكذا في العارية المطلقة حيث كانت مستعارة للوطء. (قرر). خلاف العارية المطلقة للخدمة فإنه يحمد مطلقاً.

(٤) في المجلس.

(٥) قوي هبل، وبنى عليه في البحر، وقواه الشامي.

(٦) ولا يبعد فهمه من الأزهار من قوله: ومقيدة.

مسألة: والعمرى المطلقة يصح الرجوع فيها كاهبة^(١)، خلاف أبي مضر وأبي جعفر^(٢).

مسألة: والمؤقتة يجوز الانتفاع بفوائدها الأصلية^(٣) ومن جملتها الولد، فينتفع به وبفوائده، ولا يستهلكه، وكذا بفوائدها الفرعية كالكرء والمهر^(٤) إذا استعملها الغير أو وطئها بشبهة، وكذا مهر ابنتها، ذكر ذلك في الحفيظ والمنصور بالله. وقال الفقيه محمد بن يحيى: لا يجوز له الانتفاع بولدها ولا بفوائده^(٥).

فرع: وإذا اختلفا في العمرى والرقبى هل هي مطلقة أو مؤقتة فالظاهر الإطلاق^(٦). وإذا شك المعمر له في الإطلاق كره له وطء الأمة، وإن وطئها جاز عملاً بالظاهر.

(١) ما لم يحصل أحد الموانع. (قررو).

(٢) قالوا: لأنها قريبة، ومثله في الحفيظ. (بستان).

(٣) إتلافاً ومعاوضة. (حاشية سحولي) (قررو). وفي الفرعية استعمالاً لا معاوضة. (قررو).

(٤) وفيه نظر؛ لأن منافعتها مملوكة لسيدها؛ فيلزم أن المهر له، وكذلك الكراء؛ لأن المعمر إنما أباح الانتفاع كالموصى له فليس له أن يكرى، وقد ذكر في حاشية السحولي أن المهر والأجرة للمالك فيهما. (قررو).

(٥) وفي الأزهار: إلا الولد إلا فوائده. فهو مخالف للقولين، وقد ذكر الانتفاع بفوائد الولد المنصور بالله والحفيظ.

(*) وأما الزكاة فإن كانت مطلقة فعلى المعمر، وإن لم فعلى المالك؛ لأنها إباحة.

(٦) وذلك لأن ما يصح مطلقاً ومقيداً فالظاهر فيه الإطلاق، وعلى من ادعى التقييد البينة. (بستان).

فصل: [في السكنى]

والسكنى كالعارية، وهي حيث يقول: أسكتتك داري هذه، أو هي لك سكنى، أو هي لك عمرى سكنى، أو هبة سكنى، أو صدقة سكنى؛ فإنها تكون عارية، ذكره في البحر^(١)، قال فيه: وكذا إذا قال: هي لك هبة تسكنها، وقال أبو حنيفة: إنها هبة. وهو أولى^(٢).

مسألة: وإذا قال: «أسكتتك عرصتي هذه» كان له أن يعمرها^(٣) ويسكنها، وتكون عارية، فلو غرس فيها كان غاصباً لها^(٤).

ويجوز الرجوع في السكنى سواء كانت مطلقة أو مؤقتة كالعارية سواء، ويغرم له ما غرم في بنائه إن كانت الآلة من المعير، وإن كانت من المستعير خير بين أخذ قيمة البناء أو نقضه كما مر حيث رجع المعير في المطلقة أو في المؤقتة قبل مضي الوقت. وكذا في ورثته بعده لهم الرجوع في المطلقة^(٥)، ويكون للمستعير الخيار في بنائه كما تقدم، وقال الفقيه يحیی البحيح: لا خيار له^(٦).

فرع: وإذا كانت مؤقتة بوقت أو نحوه أو بموت المستعير لم تبطل بموت

(١) وذلك لأن الظاهر إرادة السكنى لا الهبة. وحجة أبي حنيفة أن قوله: تسكنها بعد ذكر الهبة لغو لا فائدة فيه؛ فلذلك كانت هبة كما لو قال: وهبتها منك تؤجرها أو تعيرها. قلنا: الظاهر إرادة السكنى مطلقاً، ولقوله ﷺ: ((على اليد ما أخذت حتى ترد)). (بستان).

(*) لأن لفظ السكنى يقتضي العارية على أي وجه وقع. (كواكب).

(٢) الأولى أنها عارية. و(قررو).

(٣) بالآلتها. (قررو).

(٤) لأنه انتفع بها في غير ما أذن له به. (بستان بلفظه).

(٥) وفيه نظر؛ لأن قد بطلت بموته فلا يحتاج للرجوع. (قررو).

(٦) وذلك لأنه لا تغير له بعد موت المعير؛ لأن الإطلاق يقتضي إلى الموت فقط، فلا تغير

بعده كبعد الوقت في المؤقتة. (بستان بلفظه). وقد أطلقه فيما سبق. (مفتي).

المعير، بل تكون وصية بعد مرض موته من ثلث تركته. وتبطل بموت المستعير؛ فيلزم ورثته رفع البناء، ولا خيار لهم^(١).

فرع: وإذا كانت العارية وصية من الثلث اختلفوا في اعتبار الثلث، فقال أبو طالب وأبو حنيفة والقاضي زيد: يسكن منها مقدار ثلث مال المعير، فإن كانت الدار تخرج من ثلثه سكنها إلى موته^(٢) أو مضي المدة المقدره^(٣)، وإن كان لا يملك سواها سكن ثلثها كذلك. وقال الأستاذ وأبو جعفر^{قوي}: إنه يسكنها حتى تستغرق الأجرة قدر ثلث تركة الميت أو يموت المستعير أو تمضي المدة المقدره.

مسألة: وإذا شرط المعير التأبيد أو عدم الرجوع فله الرجوع^(٤) ولورثته بعده^(٥)، لكنه يكره؛ لأنه إخلاف للوعد، إلا أن يحدث من المستعير حدث في الإسلام كردة أو قطع طريق أو نحوه مما يضر بالمسلمين زالت الكراهة^(٦)، ثم يكون للمستعير الخيار في البناء كما تقدم، إلا إذا كان شرط عليه عدم الحدث فلا خيار له.

(١) وقال في التذكرة: لهم الخيار. ومثله عن المتوكل على الله. وكلام البيان يستقيم حيث لم يشترط البناء بالسكنى، وأما حيث شرطه فهي إجارة فاسدة لا عارية، فلا تبطل بموت الثاني. (كواكب). ولهم الخيار كمورثهم. (عامر).

(٢) ولو لم تستغرق السكنى ثلث التركة؛ لأن المنافع لا تورث.

(٣) أو خراب الدار. (قرير).

(٤) وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: ((العارية مردودة)) ولقوله صلى الله عليه وسلم: ((على اليد ما أخذت حتى

ترد)) لكنه يكره الرجوع؛ لأنه إخلاف للوعد، وقد قال صلى الله عليه وسلم: ((كلام المؤمن أخذ

باليد))، وقال صلى الله عليه وسلم: ((المؤمنون عند شروطهم)) وقال صلى الله عليه وسلم: ((ثلاث من علامات

المنافق: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا استؤمن خان)). (بستان).

(٥) أما الورثة فلا يحتاجون إلى الرجوع؛ لأنها قد بطلت بموته.

(٦) وذلك لأن في بقائها في يده إعانة له على هذه الأمور المحظورة، وقال الفقيه يحیی البحيح:

بل تزول الكراهة بكل معصية كبيرة فعلها، كالزنا وشرب الخمر ونحو ذلك. (بستان).

مسألة: فإن كان المعير شرط على المستعير أن يكون ما بناه بدلاً عن سكناه فهذه إجارة فاسدة^(١)، فإن كانت الآلة من المعير فالبناء له، وللمستعير أجرته فيما عمل من البناء وغيره، وما غرم فيه مما هو معتاد، وعليه أجره سكناه^(٢)، وإن كانت الآلة من المستعير فالبناء له^(٣)، فإن تراضيا أن يكون البناء بأجرة السكنى^(٤) جاز^(٥)، وإن لم فله الخيار^(٦) في البناء كما مر إذا طلبه المعير نقضه أو منعه من السكنى، وإن لم فلا شيء عليه، بل يخير المستعير بين السكنى بالأجرة وبين النقض ولا شيء له.

مسألة: وإذا مال الجدار في الدار المعارة أو المؤجرة فعلى مالكها إصلاحه^(٧)، فلو غاب أو امتنع لزم المستعير والمستأجر إصلاحه حيث يكون في

(١) وذلك لجهالة الآلة. (بستان، وكواكب). وفقد العقد في غير المحقر.

(*) لجهالة الأجرة. أو صحيحة إن كملت شروطها.

(٢) ظاهره أجرتها مبنية كما مر في شركة الأملاك.

(*) يعني: أجره دار كاملة. (قررو).

(٣) مع فساد الآلة الأولى أو الإذن، وإلا فهو متبرع. (كواكب) (قررو).

(*) حيث لم ينو العمارة للأمر، وإلا استحق قيمة الآلة وأجره عمله. (بيان معنى من الشركة في الفرع الثالث من شركة العلو والسفل) (قررو).

(٤) عرصة.

(٥) وتكون معاوضة [صحيحة؛ لأن المعاوضة عنده مملكة] عند المؤيد بالله، وعند الهدوية معاوضة.

(٦) ولورثته ما له من الخيار على المختار.

(*) ثبوت الخيار حيث نوى البناء لنفسه أو أطلق، وأما لو بنى بنية الأمر فليس له إلا أخذ قيمته قائماً ليس له حق البقاء، وليس له النقض. (عامر). والقياس أنه يأخذ قيمة الآلات وأجره عمله. (سحولي).

(٧) حيث علم وتمكن من الإصلاح بفعل معتاد. (تهامي) و(قررو). ومن الإصلاح الهدم. (قررو).

سقوطه تعدّ، ويرجع بما غرم، فإن لم يصلحه حتى سقط على الغير^(١) أو على مال الغير^(٢) ضمن أرش ما جنى^(٣)؛ لأن إمساكه له من غير إصلاح فيه تعد، ذكره الفقيه يوسف.

(*) وأما ولي الصبي إذا لم يصلح ما مال من جداره حتى جنى على الغير أو مال الغير فالأصح أنه يضمن بعد علمه وتمكنه^[١]. وقيل: لا؛ لانعزاله من حيث إنه فرط في حفظه. (من خط حثيث). يقال: التراخي لا يوجب الانعزال كما يأتي في الوصايا. (قررو).

(١) تضمنه العاقلة. (قررو).

(٢) يضمن من ماله. (قررو).

(٣) حيث علم وتمكن من الإصلاح. (تهامي).

(*) إذا علم وتمكن. إلا الغاصب فيضمن ما جنى مطلقاً؛ لأنه متعد في سبب السبب، ولا رجوع له بالغرامة فيما أصلح وضمن. كذا في بيان حثيث بخطه.

[١] وسيأتي مثله في حاشية في الجنايات.

كتاب الوقف

شروطه خمسة:

الأول: أن يكون الواقف بالغاً عاقلاً^(١) مسلماً مختاراً غير محجور عليه؛ فلا يصح من كافر؛ لأنه قربة، ولا قربة له؛ فمساجد المجبرة والمشبهة غير صحيحة^(٢)، ولا يصح الوقف عليها. ولا يصح من غير مالك^(٣) ولو أجازته المالك؛ لأنه استهلاك لا تلحقه الإجازة^(٤). وما جعله الحاكم من مسجد أو بئر أو نحوه في الطريق الواسع ونحوه فليس هو تجديد وقف^(٥)، بل نقل مصلحة إلى أخرى^(٦) حيث لا تضر بالمصلحة الأولى^(٧).

فرع: ووقف المحجور عليه موقوف^(٨) على إجازة الغرماء كلهم أو الحاكم^(٩) أو سقوط الدين، فإن لم يحصل شيء من ذلك بيع لقضاء الدين. وكذا

(١) ويصح من السكران إن ميز النية، يعني نية القربة.

(٢) هكذا ذكره أبو طالب، وكذا قال المنصور بالله في مساجد المطرفية، وأحرق بعضها وسبل بعضها. (بستان).

(٣) قال عليه السلام: والأقرب أنه يصح التوكيل به كالعق.. إلخ. (شرح أزهار بلفظه من أول كتاب الوقف). ومعناه في البيان في الوكالة في قوله: الثالث الموكل فيه.. إلخ.

(٤) قال في البحر: وتلحقه الإجازة إذا كان عقداً. اهـ كالعق والطلاق. (من بيان حثيث).

وفرق بينهما بأن الطلاق والعقاق يصحان بغير عوض بخلاف الوقف. (شامي). ويصح التوكيل به. (شرح أزهار) (قررو).

(٥) فلا يقال: إنه وقف من غير مالك.

(٦) ويصير له حكم المسجد. (سماح هبل).

(٧) عند فعلها، فإن حصلت من بعد فلا حكم للمضرة، بل قدمت المصلحة فلا يضره. اهـ قد تقدم في السكك ما يخالف هذا، فينظر في الفرق. وهو أن المضرة تعتبر في الحال والمآل، وهو المقرر.

(٨) ولا يصح من المحجور عليه الرجوع عنه قبل نفوذه؛ لأن نفوذه من جهته كما ذكروا في الرهن. (من خط القاضي حسين المجاهد).

(٩) الحاجر أو غيره، ذكره في الكافي. (بيان من الحجر في المسألة الثالثة من أول الحجر).

(*) ولا يبيح الحاكم إلا للمصلحة. (قررو).

وقف المريض المستغرق بالدين موقوف على سقوط الدين بقضاء أو إبراء، لا على إجازة الغرماء فلا حكم لها؛ لأن المانع الدين، وهو باق، والإجازة لا تسقطه^(١)، وفي المحجور المانع هو الحجر، والإجازة ترفعه.

مسألة: من أضاف الوقف إلى بعد موته فله أن يرجع عنه بأن يخرج عن ملكه، وأما بالقول فقال المؤيد بالله: يصح الرجوع به أيضاً، وقال القاضي زيد: لا يصح كما في التدبير والعنق المشروط. قال الفقيه علي: وكذا في الوقف المعلق بشرط يصح الرجوع عنه بالقول عند المؤيد بالله، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يصح وفاقاً^(٢).

فرع: ووقف المرهون موقوف على إجازة المرتهن أو سقوط الدين، وإن لم يبيع للدين، ذكره المنصور بالله. والإجازة في هذه الصور الثلاث^(٣) هي إسقاط حق مانع، لا أن الوقف موقوف حقيقة على الإجازة.

الثاني: أن يكون الموقوف مما يمكن الانتفاع به^(٤) مع بقاء عينه^(٥) على

(١) هذا يستقيم إذا كان الوقف من الورثة، أما إذا كان الوقف من المريض وأجاز الغرماء فقد رضي الغرماء ببقاء الدين في ذمة المريض. (عامر). ولعله يريد والمريض أيضاً أسقط حقه من خلاص ذمته لما كان بفعله، ولا فرق على هذا بين إجازة الغرماء بعد الموت أو قبله، أو يريد حيث أجازوا قبل الموت لبقاء ما يتعلق الدين به، وهو الذمة، لا بعده فلا تصح الإجازة. (شامي). وقد تقدم في البيع في قوله: لا الشراء من وارث.. إلخ. وقرر البيان. (من هامش شرح الأزهار).

(٢) إلا بالفعل. (قرر).

(٣) يعني: وقف المحجور عليه ووقف المريض المستغرق ووقف المرهون، وهذا جواب سؤال مقدر، لو قيل لنا: إن الإجازة لحقت الوقف هنا، وقد قلتم: إنها لا تلحقه، قلنا: الوقف هنا وقع من المالك، والإجازة ممن له حق في الشيء الموقوف، فإذا أجازته أسقط حقه. (بستان). لكنه يقال: إن وقف المستغرق لا تفيد فيه الإجازة كما تقدم، فينظر فيه.

(٤) في الحال أو في المآل. (قرر).

(٥) فلا يصح وقف المنافع.

وجه يحل^(١)؛ فلا يصح وقف الطعام والدرهم والدنانير^(٢) وآلات الملاهي وما لا نفع فيه للموقوف عليه، كعبد أو حيوان منفعته للغير^(٣). وفي وقف أم الولد والمدبر تردد؛ الأرجح عدم الصحة فيها^(٤)؛ لأنه يمنع العتق، لا فيه^(٥)؛ لأنه يصح بيعه في حال^(٦).

مسألة: يصح وقف الكلاب^(٧) ونحوها^(٨) المؤلفة للصيد. ويصح وقف

(١) ليخرج وقف الأمة للوطء.

(٢) ويلزم على المذهب صحة وقفها للتجمل والعيار^[١] ونحوها كالإجارة والعارية، وكل ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه صح وقفه. (نجري) (قررو).

(٣) على جهة التأييد. (قررو). مثل ما أوصى به للفقراء، لا ما أوصى به لرجل معين فليس مستمراً؛ لأن الوصية تبطل بموته. (قررو).

(٤) وذلك لما ذكره في الكتاب، ولأنه يشترط في العين الموقوفة الملك المحض، وأم الولد لا تملك بحال؛ لأن حريتها قد ثبتت بالاستيلاد، وتعق بموت السيد. ويحتمل الصحة كما تصح إيجارتها. ويحتمل في المدبر أنه لا يصح؛ لأن الوقف يمنع عتقه. (بستان).

(*) مطلقاً. وكذا المكاتب. وقيل: وقف المكاتب موقوف: فإن عتق لم يصح، وإن رق صح. (قررو). وقيل: لا يصح ولو رجع في الرق؛ لأنه من باب الانعطاف. (ذماري).

(٥) وفي بيان السحامي: لا يصح. وهو الأول؛ لأن الوقف يمنع عتقه.

(٦) لفسق أو ضرورة.

(٧) قال في الغيث: وفيه نظر؛ لأن الكلاب لا تملك لئنجاستها، والوقف من شرطه الملك كما مر. وكذا جوارح الطير لا تملك. (بلفظه). قال في هامشه ما لفظه: أما جوارح الطير المتأهلة فالظاهر أنها تملك، وقد ذكر الإمام عليه السلام وغيره في الجنائيات أنها تضمن، وكذلك ذكروا صحة بيعها، وهو فرع التمليك، فينظر في كلام الإمام عليه السلام.

(*) المذهب خلافه؛ لأنها لا تملك. (قررو).

(٨) وذلك كالفهد والباز والصقر والشاهين؛ لأنها مما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه على وجه يحل. (بستان بلفظه).

[١] أو للوزن أو للحك. (قررو).

المنقولات، خلاف محمد. ويصح وقف المجهول، خلاف الشافعي والأستاذ^(١).
ويصح أن يعلق الوقف بشرط معلوم أو مجهول، خلاف الشافعي.
مسألة: ويصح وقف المشاع الذي لا ينقسم، خلاف محمد في المشاع كله،
وأما الذي ينقسم فكذا عند القاسم والهادي عليه السلام والناصر، وقال المؤيد بالله
والمنصور بالله: إن وقع الشيعاء بعد الوقف، كأن يقف المريض ماله فيصح ثلثه
وتصح قسمته، وتكون تمييزاً له لا معاوضة، وكذا إذا كان الشيعاء حصل بنفس
الوقف، كأن يقف نصف أرضه - صح الوقف، وإن كان الشيعاء متقدماً على
الوقف - كأن يقف نصيبه في دار أو أرض مشتركة - لم يصح إلا أن يجيزه
الشريك، فإذا أجاز صح^(٢) وامتنعت القسمة^(٣) إلا في المنافع فقط. وقال أبو
طالب: يصح وقف المشاع في الأرض المستوية^(٤)؛ لأن قسمتها إفراز، لا في
المختلفة؛ لأن قسمتها بيع.

فرع: وحيث يصح وقف المشاع تصح القسمة فيه؛ لأنها حق للشريك، إلا
أن يجيز الوقف بطلت القسمة^(٥)، ذكره القاضي زيد وابن معرف.
فرع: وأما قسمة الموقوف حيث هو على جماعة فتصح عند الهادي، لا عند
المؤيد بالله^(٦)، إلا أن تقع في المنافع فقط صحت.

(١) وبنى عليه في الأزهار في قوله: ولا يصح تعليق تعيينه في الذمة.

(٢) في نصيب الواقف.

(٣) بالإفراز.

(٤) لا فرق. (قرر).

(٥) يعني: عند المؤيد بالله، وأما عند الهادي عليه السلام فتصح مطلقاً، وهو المذهب.

(*) إلا في المنافع كما تقدم.

(٦) قال أبو مضر: يلزم على أصل المؤيد بالله أنه يجوز؛ لأنه إنما يمنع حيث يصير الوقف ملكاً والعكس.

مسألة: وإذا وقف أحد عبيده أو أحد دوره أو أراضيه صح^(١) ثم يعين أيها شاء، وقال الشافعي والأستاذ: لا يصح^(٢). وكذا إذا قال: وقفت هذا أو هذا^(٣). وإن وقف ما على ذمة الغير له من حيوان أو نحوه لم يصح؛ لأنه معدوم. **فرع:**^(٤) فلو مات قبل تعيين الوقف فيحتمل أن يعين ورثته، ويحتمل أن يصير الكل لبيت المال، ويحتمل أنه إن كان تمكن من التعيين فقد استهلك الوقف بالخلط فيملكه، ويضمن قيمة الأذن للموقوف عليه على قول الهدوية^(٥)، وإن لم يتمكن من التعيين صار الكل لبيت المال. وقال في الكافي: يبطل الوقف.

مسألة: فلو وقف أحد عبيده أو نحوه وأراد واحداً بعينه صح^(٦)، فلو مات قبل بيانه فإن كان قد تمكن من بيانه^(٧) فقد استهلكه فيملكه، ويضمن قيمة الأذن للموقوف عليه^(٨) أو لورثته، وإن لم يتمكن من بيانه صار الكل لبيت المال.

(١) هذا عند المؤيد بالله.

(٢) حجة الشافعي والأستاذ أن فيه غرراً وجهالة. (بستان).

(*) وهو الذي في الأزهار في قوله: ولا يصح تعليق تعيينه في الذمة.

(*) واختاره الإمام يحيى، وهو ظاهر الأزهار.

(٣) فإنه يعين أيها شاء على القول الأول.

(٤) هذا الفرع على القول بصحة الوقف في المجهول، والمذهب أنه لا يصح^ص. (هبل).

(٥) وإن لم يكن الفرع على أصلهم.

(*) وعلى قول المؤيد بالله للمصالح.

(٦) وهو الأزهار في قوله: وإذا التبس ما قد عين في النية بغيره فبلا تفريط صاراً للمصالح.

(٧) بأن يمضي وقت يمكنه التعيين ولم يعين. (قررو).

(٨) وعلى قول المؤيد بالله للمصالح.

(*) إن كان معيناً، وإلا فللمصالح اتفاقاً. (قررو).

فروع: فلو أقر الورثة بأن هذا هو الوقف وقامت الشهادة حسبة^(١) أنه غير معين كانا وقفاً كلاهما في الظاهر، إلا أن تكون التركة مستغرقة بالدين لم يصح إقرار الورثة^(٢) وصحت الشهادة^(٣).

مسألة: من وقف ماله وفيه ما يصح وقفه وما لا يصح، وما يعلمه وما لا يعلمه؛ صح فيما يصح مما يعلمه ومما لا يعلمه^(٤).

الثالث: أن يكون الموقوف عليه فيه قرابة إما محققة كالمسجد والفقراء والعلماء والعلوية والمسلمين^(٥)، أو مقدرة في المستقبل وهو مما يملك، كالغني والذمي والفاستق المعينين^(٦)؛ لأنه يقدر فيهم حصول القرابة من بعد؛ بأن يفقر الغني أو يسلم الذمي أو يموت وينقرض ورثته والواقف وورثته فيصير للفقراء أو للمصالح. فإن كان الموقوف عليه لا يملك كبيعة أو كنيسة^(٧) أو قبر لغير

(١) وحكم بها. (قرر).

(٢) وقد تقدم كلام الفقيه محمد بن سليمان في المضاربة. (مفتي). في آخر قوله: فرع: فإن كان الذي مات هو العامل.

(٣) حيث كان وقفه في حال الصحة، وإلا لم يصح مع الاستغراق كما تقدم. (قرر).

(٤) ولا يمنع من الصحة ما لا يصح كالمطعومات ونحوها ولا جهله للملك؛ لأن لفظه عام، فهو داخل في ماله. (بستان).

(*) هكذا ذكره أبو مضر، قال الفقيه علي: والهدوية لا يخالفونه. (غيث).

(٥) والمختار أنه لا يصح؛ لعدم تضمنه القرابة. (ذماري). يقال: الإسلام وجه قرابة، واختاره في الغيث، وسيأتي مثله في البيان.

(٦) قال المصنف: وتكون منافع الوقف للغني والفاستق والذمي حتى ينقرض. وعن سيدنا عامر: لا تصرف في الذمي حتى يسلم، وتكون قبله كوقف انقطع مصرفه.

(٧) البيع: مساجد النصاري، والكنائس: مساجد اليهود. وبيوت النيران أيضاً مساجد المجوس. (إيضاح).

(*) وذلك لما ذكره، ولأنها مجامع الكفر ومشاتم الرسول ﷺ وتكذيبه. (بستان).

صالح، أو كان لا ينقرض كالأغنياء والفساق - لم يصح الوقف، وقال ابن الخليل: يصح الوقف ويبطل الصرف كما لو لم يذكر له مصرفاً. وقد ذكر أبو طالب أنه يصح الوقف على أهل الذمة، وهو محمول على أنهم معينون، وقال الفقيه حسن: يعني: إذا وقف على فقرائهم. لكن قد ذكر المؤيد بالله أن الوصية لفقراء النصارى لا تصح، وهي كالوقف تفتقر إلى القرية، ذكره الفقيهان محمد بن يحيى وعلي، ودل عليه كلامهم فيمن أوصى لأهل بلد لا ينحصرون، وقال المنصور بالله والفقيه حسن: إنها لا تفتقر إلى القرية، بل يعتبر أن لا تكون فيها معصية.

مسألة: وإذا لم يذكر للوقف مصرفاً بلفظه ولا نواه بقلبه فإنه يصح^(١)، وتكون منافعه للفقراء^(٢)، وقال المؤيد بالله: للمصالح. فلو ذكر له مصرفاً من بعد صح^(٣)، ذكره القاسم والمؤيد بالله.

مسألة: ويصح الوقف على قبور الأئمة والفضلاء وعلى مشاهدهم، والمراد

(١) وذلك لأن القرية حاصلة بمطلق ذكر الوقف، فتكون منافعه للفقراء؛ لأن العرف في الوقف المطلق أن منافعه للفقراء. وحجة المؤيد بالله أن الوقف لله تعالى، وما كان لله صرف في المصالح المقربة إليه. (بستان).

(*) مع قصد القرية.

(٢) يعني: من عداه، فيدخل أقاربه ومن تلزمه نفقته، لا نفسه، ذكره في شرح الأثار هكذا هنا، وسيأتي في البيان مصرحاً بدخول نفسه^[١] حيث لم يذكر مصرفاً.

(*) ويدخل في ذلك المصالح. (قرر).

(٣) للفقراء والمصالح فقط. (زهور). وقيل: لا فرق ولو هاشمياً أو غنياً. اهـ ولو نفسه. (قرر).

[١] إذا كان فقيراً.

به ما يتعلق بها من القربة الحاصلة فيها باجتماع المسلمين فيها للذكر والطاعات، فلو قصد به على الميت نفسه أو على القبر نفسه لم يصح^(١). وكذلك في النذر عليها.

مسألة: يصح وقف الإنسان على نفسه؛ لأن القربة فيه حاصلة؛ إما محققة إن قصد به التعفف عن الناس باستمرار الغلة له، أو مقدرة بانقراضه هو وورثته^(٢). وقال الناصر والشافعي: لا يصح.

فرع: فإن وقف على نفسه ثم على الكنائس أو نحوها لم يصح؛ لأنه لا قربة فيه محققة ولا مقدرة. ولعله حيث لم يقصد بالوقف على نفسه التعفف عن الناس^(٣). وإن وقف على نفسه ثم على كنيسة معينة أو قبر معين صح الوقف؛ لأن القربة فيه مقدرة بانقراض ذلك المعين، لكنه يصح على نفسه - لأنه يملك - ولا يصح على الكنيسة أو القبر؛ لأنها لا يملكان^(٤)، وتكون الغلات بعد موته لورثته^(٥)، وعند المؤيد بالله للمصالح. وكذا لو وقف على نفسه ولم يذكر معه غيره أو على رجل معين فإنه يورث عنه، خلاف المؤيد بالله.

مسألة: فإن قال: وقفت هذا لله على الكنائس أو نحوها فقال الفقيهان محمد بن سليمان ويحيى البحيح: لا يصح الوقف^(٦)، وقال السيد يحيى والفقيه محمد

(١) وذلك لأن ذات القبر ليست مقصودة، ومن قصدها لم يصح ما فعله لها، وإنما المقصود لكونه مجعماً لأهل الصلاح للقراءة والذكر. (بستان). قال في الغيث: إن وقف لعمارتها على الوجه المشروع صح، كما يصح وقف أرض ليقبر فيها.

(٢) فيعود للمصالح والفقراء.

(٣) يعني: وأما لو قصد التعفف بالقربة محققة. (بستان).

(٤) فيلغيان، فكأنه وقف على نفسه فقط.

(٥) كالوقف الذي انقطع مصرفه. (بستان بلفظه).

(٦) وذلك لأنه ذكر فيه مصرفاً لا قربة فيه. وحجة الآخرين أن الوقف لله تعالى صحيح، وقوله: على الكنائس رجوع فلا يصح. (بستان بلفظه).

بن يحيى: بل يصح لله تعالى^(١). ويبطل ذكر الكنائس ونحوها.

مسألة: من وقف على مصرفين أو أكثر فهو على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يجعلها مرتبة، فإن كانت القرية حاصلة فيها الكل محققة أو مقدرة وهي مما يملك صح الوقف عليها على ما رتب، وإن كانت حاصلة في بعضها دون بعض فإن قدم ما فيه القرية صح الوقف عليه حتى يزول أو يمضي الوقت إن كان مؤقتاً، ومن بعده يكون وقفاً انقطع مصرفه؛ فيصير للمصالح عند المؤيد بالله، وعند الهدوية يرجع للواقف أو ورثته^(٢)، فإن انقضوا أو لم يعرفوا فللفقراء^(٣). وإن قدم ما لا قرية فيه فإن كان لا يزول كالقبور والكنائس لم يصح الوقف إلا أن يذكر لها وقتاً معيناً بقي على ملكه^(٤) حتى يمضي الوقت ثم يصح الوقف على ما فيه القرية، وإن كان مما يزول كقبر معين أو كنيسة معينة بقي على ملكه^(٥) حتى يزول أو تمضي المدة إن كان مؤقتاً ثم يصح الوقف على ما فيه القرية.

(١) وصدوره في البحر للمذهب، وقواه الهبل.

(٢) حيث كان مؤقتاً ومضى الوقت، وأما لو كان مطلقاً فإنه إذا مات الموقوف عليه صار إلى ورثته ثم إلى الواقف أو ورثته عند الهدوية. (قرئ).

(٣) أو المصالح.

(٤) قال عليه السلام: ويلزم صحة بيعه قبل مضي المدة على قول المذاكرين، قال: فإن وجد نص عمل عليه -يعني: لأهل المذهب- قال: وإلا فالقياس ما ذكرنا، يعني: جواز البيع قبل مضي المدة^[١]، كالوقف المعلق بمضيها سواء. (نجري معني). وكلام المهدي هو ظاهر إطلاق البيان.

(٥) يعني: الغلة، فتكون باقية على ملكه حتى ينقضي الوقت.

[١] فلو عاد إلى ملكه ثم مضت المدة لم يصر وقفاً لبطان الملك الذي علق به، إلا أن يعود بما هو نقض للعقد من أصله. (سباع سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمته الله).

الثاني: أن يشرك بينها، فإن كانت القربة حاصلة فيها الكل صح الوقف عليها وقسمت منافعها بينها على عددها، وإن كانت القربة حاصلة في بعض دون بعض (١) صحت حصّة ما فيه القربة وبطلت حصّة ما لا قربة فيه (٢)، ذكره المؤيد بالله (٣)، وقال المنصور بالله: لا تصح، ذكره عطية.

الثالث: أن يخير بينها، فإن كانت القربة حاصلة فيها الكل صح الوقف (٤)، وله الخيار في صرف منافعها إلى أيها شاء، وكذا لمن تولى عليه بعده. وإن كانت القربة حاصلة في بعضها دون بعض لم يصح الوقف؛ لأنه كأنه خير فيه بين الصحة والبطلان فيبطل (٥).

مسألة: ومن وقف ماله مطلقاً ثم قال: «نويت على مصرف كذا» قبل قوله ولو على نفسه. قال المؤيد بالله: فإن وقف على الفقراء ثم قال: «نويت أستثني الغلة لنفسي ما عشت» لم يقبل قوله. فقال الفقيه يحيى البحيح: أراد في الظاهر، وأما في الباطن فيصح، وقال أبو مضر: إنه على أحد قولي المؤيد بالله: إن الاستثناء في الوقف لا يصح، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والهدوية يصح في الباطن (٦).

مسألة: من وقف ماله كله مع قصد القربة فإن كان في حال صحته صح (٧)

(١) كمسجد وكنيسة.

(٢) وتبقى ملكاً للواقف. (بستان بلفظه) (قرن).

(٣) واختاره في الغيث.

(٤) لأن التخير هنا في المصرف لا في العين كما تقدم.

(٥) واختاره في الغيث.

(٦) وذلك لأن الوقف بإبطال الملك فجاز دخول الاستثناء فيه، كالطلاق والعتاق فإنه يجوز الاستثناء فيهما، وبهما يبطل النكاح والملك. (بستان).

(٧) كغيره من سائر التصرفات. وحجة المنتخب والنيروسي للقاسم عليه السلام أنه كالوصية. قلنا: له في حال الصحة كل تصرف كما مر في الهبة. وحجة المنصور بالله والمهدي أنه لا قربة

ولو على غير ورثته أو على بعضهم دون بعض. وعلى قول المنتخب والنيروسي^(١) يكون كالذي في حال المرض. وقال المنصور بالله والمهدي: لا يصح الوقف على بعض الورثة دون بعض^(٢) ولو كان المخرج وارث الوارث، كأولاد البنات ونحوهم، إلا الزوجات^(٣) فلا يضر إخراجهن؛ لأن ميراثهن طارئ، ذكره المنصور بالله. وإن كان في حال مرض موته المخوف فإن كان على ورثته الكل على حسب مواريتهم صح الوقف؛ لأنه لم يستهلك عليهم إلا ربة المال مسلوبة المنافع، وقيمتها يسيرة^(٤)، وإن كان على غير ورثته أو على بعضهم دون بعض أو عليهم الكل على خلاف مواريتهم فإن أجازته الورثة^(٥) صح كما وقف، وإن لم يميزوه صح منه الثلث كما وقف، وبقي له ثلثان وقفاً لا ملكاً حتى يموت، وصارت منافعه لورثته على ما يقتضيه الميراث عند الهدوية، وقال المؤيد بالله والشافعي: بل يبقى الثلثان له ملكاً ويورث عنه. وهو القوي^(٦).

حيث أخرج بعض الورثة؛ لأن فيه قطع ذي الرحم. قلنا: لا مانع من قصد القرية في بعض الورثة دون بعض. (بستان).

(١) واسم النيروسي: جعفر بن محمد، ونيروسي المؤيد بالله الحسن بن زيد. (من حاشية من أصول الأحكام).

(٢) واختاره إمام زماننا المؤيد بالله محمد بن القاسم عليه السلام.

(٣) وإلا في وقف الكتب فلا يضر إخراج النساء منه؛ لأن الكتب لا تتراد للتمول، ولعرف المسلمين بذلك. (بستان).

(٤) يعني: مما يتسامح بها، فإن كان لها قيمة لا يتسامح بها ضمت إلى قيمة المنافع ونفذ ثلث الجميع، فلو كانت قيمتها غير مسلوبة تسعين وقيمتها مسلوبة درهم فتوفى من المنافع تسعة وعشرين على الدرهم الذي هو قيمتها مسلوبة. (إملاء مفتي).

(٥) أو رضوا قبل الوقف.

(٦) واختاره الإمام شرف الدين عادت بركاته؛ لأن المرض حجر. (شرح بهران بالمعنى). وقواه القاضي عامر وسعيد الهبل والسحولي والشامي.

فرع: فلو اختلف ورثته هل هو وقف عليهم على حسب الميراث أو على خلافه أو شرك بينهم فيه أو جعله مرتباً فمن بين منهم حكم له^(١)، وإن لم يبين أحد منهم تحالفوا واشتركوا فيه على سواء^(٢)؛ إذ لا مزية لأحد منهم على الثاني، ذكره في البحر.

فرع: فلو وقف على زيد وعلى ورثته ثم أكراه زيد من غيره ثم مات كان لورثته نقض الإجارة^(٣)، ذكره عطية. وهو يدل على أنه لا يثبت لورثته حق إلا بعد موته^(٤).

فرع: وقد ذكر المؤيد بالله أن من وقف ماله فراراً عن ورثته أو عن ديونه صح وقفه، فقال الفقيه حسن: إنه يؤخذ له من هذا أن الوقف لا يفتقر إلى قصد القرية، خلاف المذهب، وقال الفقيه علي: بل يحمل^(٥) على أنه قصد به القرية مع

(١) لأن البينة العادلة لا ترد بحال، قال عليه السلام: فإن لم تكن هناك بينة وكان الواقف حياً فإنه يرجع إليه؛ لأن الوقف ثبت بقوله فكذا يرجع إليه في مصرفه. (بستان).

(٢) قلت: الأقرب أن القول قول من ادعاه كالتورث؛ إذ الظاهر معه. (بحر بلفظه). واستقره القاضي علي بن زيد.

(٣) يتأمل هذا؛ فقد تقدم أنه يقع البطلان بنفس الموت، وعلوه بقولهم: إذ كأنه أجر غير ملكه؛ لاستحقاق من بعده إياه لا من جهته، بل من جهة الواقف.

(٤) لأننا لا نعلم أنهم ورثة زيد إلا بموته ممن كان يرثه في تلك الحال وينتقل إليهم بالوقف، ويكون على الرؤوس. اهـ وعن المفتي: القياس التشريك ما لم يجز عرف بخلافه.

(*) وهو العرف، إلا أن يعرف منه أنه أراد التشريك كان لهم الكل. إن كان العرف فمسلم، وإلا اشترك زيد وورثته ولا نقض للإجارة.

(٥) وعن المفتي: المقرر عدم الصحة مع قصد الفرار وإن قصد القرية، كما مر نظيره في الهبة في قوله: وما وهب لله ولعوض فللعوض. ولفظ البحر: ويصح فراراً من الدين ونحوه؛ إذ لا وجه لبطلانه مع ذكر القرية كلو قال: على الفقراء ثم على البيع، قلت: وفيه نظر؛ إذ لا قرية مع قصد الفرار. (بحر بلفظه).

الفرار، فالفرار لا يمنع من قصد القرية، ويحمل أيضاً على أن الدين الذي عليه غير مطالب به أو كان له مال سوى هذا الذي وقفه يقضي منه الدين، فإن لم يقصد به القرية لم يصح، وإن كان الدين مطلوباً ولا مال له يقضي منه غير هذا كان كمن صلى وهو مطالب بالدين على الخلاف فيه^(١). وهكذا يكون فيما وقفه الظلمة من أملاكهم مع كونها مستغرقة بالذي عليهم فإنه لا يصح^(٢). قال الشيخ عطية: فإن كان المال غير مستغرق بالدين فإنه يباع منه بقدر الدين ويصح وقف الباقي.

مسألة: من وقف عبده في مرض موته وماله مستغرق بالدين لم يصح الوقف، بخلاف العتق؛ لأن العبد لا يملك منافع نفسه مع الوقف^(٣).

(١) المذهب لا تصح.

(*) في (ج، د): على الخلاف الذي فيه.

(٢) هذا حيث كان الوقف في المرض، لا في الصحة فيصح كما صرح به في الأزهار في كتاب السير في فصل الباغي في قوله: ولا ينقض له ما وضعوه.. إلخ. يقال: ما في الأزهار مطلق فيحمل على ما يصح. (شامي). وهو حيث قصد القرية مع عدم قصد الفرار. والمذهب أنه يصح وقف الظلمة ولا ينقض، وهو الذي في الأزهار.

(٣) فلا يصح أن يسعى، بخلاف العتق، وقد تقدم في البيع أن المشتري إذا وقف المبيع قبل قبضه ثم تعذر الثمن أنه يستسعي العبد ويرجع المصروف على الواقف متى تمكن، فينظر في الفرق إن وجد، وإلا فالكلام واحد. (إملاء). يقال: المرض حجر هنا، والوقف تشترط فيه القرية، ولا قرية مع الاستغراق. وهناك غير محجور، وتعذر الثمن أمر طارئ بعد صحة الوقف، وبقي للبائع فيه حق الحبس، وحقه متقدم على حق الموقوف عليه، فيسعى للبائع، ويرجع الموقوف عليه على المشتري؛ لأنه لما سعى عنه فكأنه هو المستهلك لمنافعه على الموقوف عليه، فلعل هذا يكون فرقاً، والله أعلم. (سيدنا علي بن أحمد الشجني رحمته الله).

فَرَعٌ: المجروح^(١) إذا وقف ماله كله ثم مات فإن اختار ورثته القود لم يصح إلا الثلث، ذكره المؤيد بالله، وإن اختاروا الدية وكانت تأتي قدر ثلثين وماله ثلث صح الوقف^(٢) إذا كان يمكنهم استيفاؤها، وإن كانت الدية مثل ماله صح الوقف في ثلثي ماله مشاعاً؛ لأنه يأتي ثلث الكل.

الشرط الرابع: اللفظ؛ فلا يصح بالنية وحدها، خلاف مالك، ولا بالإشارة مع النية إلا من الأخرس ونحوه^(٣). ويصح بالكتابة مع النية^(٤)، وأما بالنية مع الفعل نحو أن يشتري شيئاً بنية وقفه أو يقطع شجراً أو يحيي أرضاً بنية الوقف فإنه يصح، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة والشافعي وأحد قولي المؤيد بالله، خلاف أحد قولي المؤيد بالله^(٥).

مسألة: وألفاظ الوقف على ثلاثة أضرب: منها ما هو صريح فيه وفاقاً، وهو: وقفت وحبست وسبلت وأبّدت، وكذا أوقفت أو أحبست^(٦)، ذكره في البحر.

ومنها ما هو كناية فيه وفاقاً، وهو تصدقت؛ لأنه يحتمل صدقة الفرض^(٧) وصدقة النفل، وهي الوقف أو النذر أو الصدقة التي بمعنى الهبة، فإذا نوى به

(١) جراحة قاتلة.

(٢) في ماله كله؛ لأن الدية أصل كالقود، وقد ملك المجروح الدية من وقت الجراحة، واختيار الورثة كاشف لملكه، ولهم حق في اختيار الدية أو القود. (قرير).

(٣) المصمت.

(٤) مع النطق بالقربة أو بما يدل عليها. (أزهار معنى).

(٥) وسيأتي تفصيل في البيان للفقهاء محمد بن سليمان. في قوله: مسألة: من اشترى أرضاً أو اتبها في المسألة (١٧) من قبل فصل الولايات.

(٦) أوقفت لغة ضعيفة، وأحبست لغة فصيحة.

(٧) وهي الزكاة.

الوقف أو كانت ثم قرينة تدل عليه -نحو قوله: تصدقت به صدقة محرمة أو محبسة أو مؤبدة- كان وقفاً. قال في البحر: وكذا لفظ الوصية كناية^(١) في الوقف. قال المؤيد بالله: وكذا إذا قال: يمسك^(٢) هذا وتصرف غلاته في الفقراء.

ومنها ما هو مختلف فيه، وهو: حرمت وجعلت، ففي حرمت قولان للشافعية واحتمالين لنا^(٣): هل هو صريح أو كناية^(٤)، وفي جعلت قولان للمؤيد بالله: أحدهما: أنها كناية. والثاني: أنها ليست بصريح فيه ولا كناية؛ فإذا نواه بها كان إباحة، ذكره في الزيادات^(٥). وقال أبو مضر: يعمل فيها بالعرف، فإن كانت على مسجد أو على الفقراء فهي للوقف أظهر، وإن كانت على آدمي معين^(٦) فهي للنذر أظهر^(٧)، وهي صريح فيه.

(١) إلا في حق العوام فصريح؛ لأنها في عرفهم وقف. (شامي). كما سيأتي.
(٢) كناية عندنا. (قرو).

(٣) أحدهما والمحامي من أصحاب الشافعي: أنها كناية؛ لأنها تردد بين التحريم على نفسه والوقف. والثاني وابن الصباغ: أنها صريح؛ لأن التحريم في الجهاد لا يفيد إلا الوقف. (بستان).

(٤) اختار في البحر للمذهب أنه صريح. واختاره الهبل؛ للعرف.

(٥) قال في الزيادات: لو قال رجل: «أبحت شجري هذه إلى يوم القيامة للمسلمين» وأشار إلى كرم له كان له الرجوع بعد هذا القول ولم يكن بمنزلة الوقف، لكنه لو مضى على ما قال كان إباحة إلى موته، وبعده يكون كالإيضاء بإباحته، فإن خرج من الثلث جاز؛ لأن مخرجه مخرج الوصايا.

(٦) فقيراً كان أو غنياً. (شرح أزهار).

(٧) فلو قال الجاعل: أردت الوقف، وقال المجعول له: بل أردت النذر - فيحتمل أن يكون القول قول الجاعل؛ لأنه أعرف بنيته حيث لا عرف، ويحتمل أن يكون القول قول المجعول له؛ لأنه الظاهر، وهو الأرجح. (كواكب).

مسألة: وأما الوصايا التي للمساجد أو للفقراء ويريدون بها دوام الاستغلال ومنع البيع فقد قال المؤيد بالله والمنصور بالله والفقير يحيى البحيح: إنها تكون وقفاً؛ للعرف^(١) به، وإن كانت لأدمي معين فهي ملك له يفعل فيها ما شاء ولو أراد الموصي منع بيعها^(٢)، إلا أن يريد وقفها عليه كانت وقفاً^(٣).

الخامس: قصد القرية من الواقف كما تقدم، فلو كان قصده بالوقف غير القرية كمنع البيع فقط أو منع بعض الورثة أو ورثتهم كالنساء أو أولادهن فإنه لا يصح الوقف، ذكره في التقرير لمذهب الهادي والقاسم، وفي الشرح عن المؤيد بالله وأبي طالب، وذكره المنصور بالله، قال الأمير الحسين والفقير علي: ولا نعرف فيه خلافاً^(٤). وإن قصد شيئاً من ذلك مع القرية صح، خلاف المنصور بالله والمهدي^(٥).

فرع: وحيث وقف ماله على بعض ورثته ولم يقصد القرية لا يصح الوقف، ولعله يستحق هذا الموقوف عليه قدر الثلث وصية بعد موت الواقف؛ لأن

(١) وقواه سيدنا عامر.

(٢) فلا تكون وقفاً.

(٣) مع كمال شروطه.

(٤) هذه فائدة وطريق إلى نقض الأوقاف الواقعة على أحد الوجوه التي تقدمت وإن وقع فيها حكم مثلاً. (شامي). وفي الغيث ما معناه: صحح النووي لأصحاب الشافعي أن قصد القرية غير شرط. اهـ. ولفظه في مختصر أبي شجاع: والثالث: أن لا يكون في محذور. قال في شرحه: وأفهم كلام المصنف أنه لا يشترط في الوقف ظهور قصد القرية، بل انتفاء المعصية سواء وجد في الوقف ظهور قصد القرية كالوقف على الفقراء أم لا كالوقف على الأغنياء. (بلفظه).

(*) وذلك لأن أصل موضوعه في الشرع أن يكون فيه قرية، وهو التحسيس لله تعالى، فإذا قصد به غير القرية فقد عدل به عن موضوعه؛ فلذلك لم يصح. (بستان).

(٥) واختاره سيدنا علي بن أحمد رحمته الله وقرره في بيانه.

قصده مصير ماله بعد موته لمن وقفه عليه^(١).

فرع: فلو لم يعرف ما قصد به الواقف رجح إلى لفظه أو إلى المصرف، فإن كان في أحدهما ما يقتضي القربة - نحو أن يقول: لله أو في سبيله، أو يقول: وقفاً محرماً أو محسباً أو مؤبداً، أو يكون المصرف فيه قربة كالمسجد والفقراء - صح الوقف، وإن لم يكن شيء من ذلك إلا مجرد لفظ الوقف فقال أبو طالب: لا يصح^(٢)، وقال الناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: إنه يقتضي القربة فيصح. **مسألة:** وليس من شرطه ذكر التسبيل^(٣)، ولا المصرف مع قصد^(٤) القربة^(٥)، خلاف محمد. ولا أن يحكم به حاكم، وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا أن يحكم به حاكم^(٦) أو يضيفه إلى بعد موته.

- (١) المذهب أنه لا يستحق شيئاً غير ميراثه^[١]. قال صاحب الكتاب: وليس مراد الواقف هنا حقيقة الوقف؛ لعدم قصد القربة، بل مراده تملك الوارث، فيكون ذلك وصية. (بستان).
- (٢) وذلك لأنه يحتمل أنه وقفه على الفقراء ويحتمل على الكنائس، إلا أن يسأل عن نيته. وحجة الآخرين: أن لفظة الوقف تتضمن القربة؛ ولقوله ﷺ لعمر: ((حبس الأصل)) ولم يذكر مصرفاً ولا تسبيلاً. قالوا: ويجب حمله على السلامة في إطلاق الوقف وإن لم يبين مصرفه. (بستان).
- (٣) أي: ليس من شرطه أن يقول: في سبيل الله.
- (٤) في (ج): ذكر.
- (٥) وظاهر الأزهار أن ذلك في الصريح لا غير، فإن لم يكن هناك صريح فلا بد من النطق بما يدل عليها. (مفتي) (قررو).
- (٦) وحجة أبي حنيفة ما روي أن عبدالله بن زيد الأنصاري جعل حائطاً صدقة على والديه وجعله في يد رسول الله ﷺ، فلما ماتا رده رسول الله بالميراث، وروي أنهما لما ماتا جاء إلى رسول الله ﷺ وقال: قد ماتا، فقال ﷺ: ((نعم فكله هنيئاً)). قلنا: كان صدقة لا وقفاً، هكذا في الانتصار والبحر في هذا الموضوع، وذكر فيهما في انقطاع المصرف أنه كان وقفاً، فينظر فيه. (بستان). وفي الشفاء أنه وقفه على النبي ﷺ فأمره ﷺ أن يجعله لوالديه. وجعل الأمير الحسين هذا حجة في جواز نقل المصرف. (من خط مصنف البستان).

[١] إذ ليس من ألفاظ الوصية.

مسألة: وليس من شرطه أن يخرج عن يده، خلاف الناصر ومالك. ولا يحتاج الموقوف عليه إلى قبوله^(١) حيث هو آدمي معين، فإن رده لم يبطل الوقف، بل تكون منافعه للفقراء^(٢).

مسألة: وإذا انقرض مصرف الوقف - نحو أن يكون مسجداً فاجترحه السيل - فإنها تكون منافعه للواقف أو ورثته إن عرفوا، وإن لم يعرفوا للفقراء. وعند المؤيد بالله تكون للمصالح مطلقاً^(٣).

فرع: وإذا مات الموقوف عليه المعين فإن كان وقفه عليه مدة حياته فكالأول؛ لأنه انقرض مصرفه، وإن وقفه عليه مطلقاً فإنه يورث عنه عند الهدوية، خلاف المؤيد بالله فقال: للمصالح.

مسألة: من قال: «وقفت هذا عشر سنين على المسجد» أو «على الفقراء» أو «على زيد» صح الوقف مؤبداً، وتكون منافعه لذلك المصرف في المدة المذكورة، وبعدها كوقف انقطع مصرفه، فإن مات زيد في المدة كان باقياً لورثته عند الهدوية، وأما على قول المؤيد بالله فقال الكني: لورثته، وقال في الشرح والكافي:

(١) خلاف أحد قولي المنصور بالله. (برهان).

(٢) ولعله يفيد مفهوم الأزهار حيث قال: بزوال مصرفه، وهو حيث رد المصرف لم يثبت له مصرف، فكان المصرف لم يعين.

(*) ويجوز له الرجوع - أي: الموقوف عليه - لأن الحق يتجدد للمصرف. وقبله كوقف انقطع مصرفه إلى رجوع المصرف. (ذماري). ومثله في تذكرة علي بن زيد حيث قال فيها: هذا على أصل المؤيد بالله، وأما على أصل الهدوية فكوقف انقطع مصرفه.

(*) أو المصالح. (قررو).

(٣) قال المؤلف أيده الله تعالى: القوي ما ذكره المؤيد بالله، وهو أنه إذا انقطع المصرف بأي الوجوه عاد للمصالح؛ لأن الرقبة لله تعالى، فتتبعها المنفعة. (وابل).

للمصالح^(١). وكذا لو وقف على زيد أبداً فإنه يكون بعد موته لورثته عند الهدوية، وعند المؤيد بالله للمصالح.

مسألة: ويصح الوقف على العبد والمدبر وأم الولد، وتكون منافعه لسيده^(٢)، وإن وقف على عبده كانت منافعه له^(٣). وما وقف على المكاتب كانت منافعه له^(٤)، فإن رجع في الرق كانت لسيده.

فرع: فلو خرج العبد عن ملك سيده ببيع أو نحوه أو عتق فقال أبو مضر: تنتقل منافع الوقف بانتقاله^(٥)، وقال أبو جعفر: بل تبقى لسيده^(٦). قال المنصور بالله: ويصح وقف العبد على نفسه^(٧) إذا كان عفيفاً، فتكون منافعه له، يعني لما يحتاج إليه من نفقة وغيرها؛ لأن رقبته لله تعالى^(٨)، فيكون كالوقف على الوقف.

(١) قوي على أصل المؤيد بالله عليه السلام.

(٢) فإن مات العبد قبل عتقه كان كوقف انقطع مصرفه، ذكره المفتي. وقال أبو جعفر: بل يكون لسيده. وهو ظاهر الأزهار^[١] والبحر. (قرر).

(٣) أي: للسيد، كما لو وقف على نفسه. (بستان معني).

(٤) ملكاً له، كصرف الزكاة إليه. (بستان معني). ولفظه: وأما المكاتب فيملك منافع ما وقف عليه كصرف الزكاة إليه.

(٥) ومثله في البحر.

(*) قال الوالد: ولعل كلام أبي مضر يستقيم على قول المؤيد بالله: إن منافع الوقف لا تورث، وقول أبي جعفر يستقيم على قول الهدوية: إنها تورث وإنما قد ملكت بالوقف. (بستان).

(٦) الأول.

(٧) وفي شرح البحر: لا يصح؛ لأن من شرط الموقوف عليه إذا كان حيواناً أن يتملك، فلا يصح وقف العبد بعبه على بعض. قال سيدنا: وهذا أولى.

(٨) قلت: يلزمه صحة وقف غيره عليه لذلك، والوقف على دابة زيد؛ إذ رقبته لله، ولا قائل بذلك. (بحر).

[١] في قوله: بزوال مصرفه ووارثه.

مسألة: والوقف والوصية والنذر على حمام مكة قال المنصور بالله: يصح، وقال الإمام علي بن محمد: لا يصح^(١). وأما على سائر الطيور والبهائم فقال عطية: لا يصح. ولعله يقال: إن قصد به أنها تكون غلاته لها لم يصح؛ لأنها لا تملك، وإن قصد أنها تطعم من غلاته صح؛ لأن ذلك قرينة^(٢). وبه قال الفقيه يوسف. ولا يصح الوقف على دار أو أرض مملوكة^(٣).

مسألة: من وقف على ولده أو على أولاده ولم يسم أحداً ولا عين أحداً فإنه يعم أولاده الكل الذكور والإناث^(٤) ومن يحدث منهم من بعد^(٥) على سواء، البطن الأعلى فقط، ومن مات منهم فنصيبه للباقيين^(٦)، وخرج المؤيد بالله

(*) ونظر الإمام المهدي في الغيث هذه العلة، وعلل بعله أخرى، وبنى على الصحة. ولفظ الغيث: والأولى أن يقال: إنما يصح وقف أنفسهم عليهم ولم يصح وقف عين أخرى عليهم لأنه يصح أن يملك العبد نفسه، ولا يصح أن يملك عيناً أخرى على ما سيأتي، ولم يمنع صحة وقف العين عليه إلا عدم صحة تملكه إياها، فلما صح تملكه نفسه صح وقفه على نفسه. (غيث بلفظه).

(*) والأقرب أنه يكون وقفه على سيده كما إذا وقف على عبده شيئاً غير نفسه، وهذه نسخة، وهي أولى. ومثله في التجري، وهذه كانت في نسخة المصنف ثم ضرب عليها.

(*) من قبل الوقف. (من بحر مرغم).

(١) لأنها لا تملك.

(٢) واختار في الغيث أن الوقف على حمام مكة لا يصح، بخلاف الوصية فتصح، والفرق بينهما أن الوصية تصح في المباح، وأما الوقف فإن كان المصرف حيواناً اشترط أن يكون مما يملك. (شرح بحر).

(٣) وأما على موقوفة فيصح. (قرر).

(٤) وكذا الخنثى، لا المنفي بلعان؛ لأنه ليس ولد له شرعاً. (بستان) (قرر).

(٥) يشاركونهم من يوم العلوق إذا كان قبل ظهور الغلة. (صعيتري). (قرر).

(*) أو ثبت نسبه بدعوة. (حاشية سحولي) (قرر).

(٦) ولو كان الباقي عبداً، ويكون لسيده.

للهادي أنه يكون لورثته، وهو أقرب إلى العرف^(١). قلنا: وإذا مات الآخر منهم رجع إلى ورثتهم الكل^(٢) على فرائض الله، ذكره في التذكرة والتفريعات، يعني: يكون لكل منهم ما كان لأبيه.

قال السيد يحيى والفقير يحيى البحيح: وهو يستقيم إذا جرى به العرف، وإن لم كان لورثة الآخر منهم إن عرف، وإن التبس قسم بين ورثتهم الكل على فرائض الله.

وعند المؤيد بالله متى مات الآخر منهم صار للمصالح ولا يورث. وهكذا في أولاد زيد^(٣).

فرع: فإن قال: على ابني أو على ابن زيد فالأقرب أنه لا يقتضي العموم، فإذا كان له أكثر من ابن عين أحدهم^(٤).

(١) ومثله للدواري.

(٢) يعني: ورثة كل واحد عند موته لا عند موت الآخر.

(*) في (د): على ورثتهم.

(*) ويفرض على أن موتهم عند موت الآخر. وقيل: تقسم حصة كل واحد بين ورثته الموجودين عند موت الآخر ومن كان قد هلك، ذكر معنى ذلك الدواري. ولفظ حاشية: وقيل: يقسم بين ورثتهم الجميع عند موت كل واحد الزوجات وغيرهن ممن هو موجود أو قد هلك^[١].

(٣) في (ب): وهكذا إذا وقف على أولاد زيد.

(٤) وإن لم يتمكن من التعيين قسم بينهم^[٢] إذا التبس بين محصورين. (حديث). وعن المفتي: كما سبق في الاحتمالات في الفرع^[٣]. اهـ ليس كما تقدم؛ لأنه التبس مصرف الوقف هنا، وهناك الوقف نفسه. اهـ لعل المفتي عَلَيْهِ السَّلَامُ قصد فرع: فلو مات قبل يعين؛ إذ فيه احتمالات، وأما فرع: فلو اختلف فلا احتمال فيه، فينظر في ذلك. (سماع).

(*) وإلا اقتسموه. (حديث) (قررو).

[١] ومع هلاك بعض ورثته يسلك في ذلك مسلك المناسخة. (قررو).

[٢] على الرؤوس. (قررو).

[٣] لعله أراد به فرع: فلو اختلف ورثته هل وقف عليهم على حسب الميراث.. إلخ.

فرع^(١): فإن عين أحدًا من أولاده أو سماه كان الوقف عليه، وإذا مات ورث عنه عند الهدوية، وعند المؤيد بالله يكون للمصالح.

مسألة: وإذا وقف على أولاده لم يدخل فيه أولادهم حيث له ولد، فإن لم يكن له ولد كان على أولاد أو أولاده^(٢)، ومن مات منهم ففيه الخلاف الأول^(٣).

فرع: فلو وقف على أولاده فإن انقرضوا فعلى الفقراء أو على المسجد ففيه وجهان لأصحاب الشافعي: أحدهما: أنهم لا يدخلون فيه أولاد^(٤) أو أولاده، والثاني: أنهم يدخلون فيه ما تناسلوا؛ لأن قوله: «فإن انقرضوا» يشعر بذلك. وهكذا في أولاد زيد.

مسألة: من أوصى بأرض أو نحوها لأولاده وأولادهم أو ما تناسلوا، أو قال: لأولاد زيد وأولادهم أو ما تناسلوا - فإنه لا يدخل فيها إلا من كان حاصلًا منهم عند موت الموصي؛ لأنه وقت صحة الوصية، لا من يحدث من بعد؛ لأن ذلك تملك عين فلا يصح لمعدوم^(٥). ومن مات منهم فنصيبه لورثته.

فرع: فإن كانت الوصية بالمنافع أو بالغلل كانت كالوقف يدخل فيها كل من ولد من بعد، ومن مات منهم فنصيبه للباقيين؛ لأن المنافع معدومة، فيعتبر

(١) هذا الفرع ساقط من (ب، د).

(٢) فإن حدث له ولد من بعد الوقف؟ في شرح الأثر احتمالان: أحدهما: يكون الوقف للولد الحادث كما تقدم أنه يصح الوقف على المعدوم. ويحتمل أن يبقى لأولاد أو أولاد الواقف؛ لأنهم استحقوه حال إنشائه. وقرر الاحتمال الأول، وهو ظاهر البيان فيما يأتي في مسألة إذا كان الوقف على فقراء بلد معين في الفرع الثاني منها.

(*) فإن لم يكن له ولد رأساً كان كوقف انقطع مصرفه. (قرر).

(٣) هل نصيبه للباقيين أو لورثته، فإذا مات الآخر ففيه الكلام الأول. (بستان).

(٤) هكذا في جميع النسخ.

(٥) بخلاف الوقف فيصح [لمعدوم]؛ لأنه تملك المنافع، والمنافع تؤقت. (بستان) (قرر).

فيها بمن يوجد حال حصولها^(١).

مسألة: من وقف على نفسه ثم على زيد ثم على عمرو ثم مات زيد قبل الواقف ثم مات الواقف كان بعده لعمرو، وهكذا لو وقف على زيد ثم على عمرو وكان زيد ميتاً فإنه يصح على عمرو، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: من وقف على أولاده أو أولاد غيره فإن ذكر بطناً^(٢) فقط لم يدخل معه غيره من البطن الثاني كما مر^(٣)، وإن ذكر بطنين أو ثلاثة كان إلى آخر ما تناسلوا، لكنه على ما وضعه من الاشتراك أو الترتيب. فإن قال: على أولادي وأولادهم اشتركوا فيه الكل^(٤) إلى آخرهم، كل من ولد^(٥) دخل فيه، وكل من مات خرج منه، فلا يورث عنه^(٦). وإن قال: «على أولادي فأولادهم» أو «ثم أولادهم» اقتضى الترتيب^(٧)، فلا يدخل فيه أحد من البطن الأسفل مع وجود أحد من

(١) المراد ظهورها على الخلاف الذي سيأتي في الفرع السادس من هنا بين الفقيه يوسف وأبي مضر في قوله: فرع: وحيث يتنقل بعد الموت.. إلخ.

(*) أي: ظهورها. (قررو).

(٢) مسألة: من وقف على نفسه ثم على أولاده فهل ذكر النفس بمنزلة بطن فيكون قد ذكر بطنين؛ فينتقل هذا بالوقف لا بالإرث، أو ليست ببطن فينتقل بالإرث؟ قيل: كلا الوجهين حسن. قلت: والأظهر للمذهب الأخير. (مقصد حسن).

(٣) وذلك لأنه لا يفيد العموم، والثلاثة تفيد العموم إلى آخر ما تناسلوا، وكذلك البطنان على الأصح. (بستان).

(٤) لأن الواو للجمع والتشريك كما سنوضحه. (بستان). وظاهر الأزهار أنه لا يدخل الأسفل حتى ينقرض الأعلى؛ لأن الواو نختار أنها للترتيب. (قررو).

(٥) صوابه: كل من وجد؛ ليدخل الحمل فيما لم يظهر.

(٦) إلا ما قد أدرك من الغلة؛ إذ قد ملكه. فيورث عنه عند أبي مضر، وعند الفقيه يوسف ما كان قد ظهر.

(٧) وهذا يسمى وقف عين.

البطن الأعلى هل ذكر أو أنثى، ويكون كل بطن فيه على سواء.
فرع^٢: فإن قال: «على أولادي ثم أولادهم وأولاد أولادهم» كان للبطن الأعلى وحدهم حتى يموت الآخر منهم، واشترك فيه من بعدهم من البطون كلها ما تناسلوا، وكذا إذا قال: على أولادي ثم على نسلهم. وإن قال: «على أولادي ثم على أولادهم ثم على نسلهم» كان للبطن الأعلى، ثم بعدهم للبطن الثاني، ثم بعدهم لأولادهم ما تناسلوا يشتركون فيه، إلا أن يجري العرف أو يعرف من قصد الواقف أن مراده في الآخرين مثل ما في الأولين مرتباً اقتضى الترتيب إلى آخرهم. وقال عطية^(١): إنه يقتضي الترتيب مطلقاً^(٢). وهكذا في أولاد زيد.

فرع: وإذا كان الوقف مرتباً ثم إن البطن الأعلى باع الوقف أو سهل في إصلاحه كان لمن بعده من البطون^(٣) أن يمنعه من بيعه ويطالبه بإصلاحه؛ لأن لهم فيه حقاً، ذكره الفقيه يوسف. وإذا أتلفه متلف^(٤) كانت قيمته لمن يستحقه من البطون في تلك الحال، فإن كان هو المتلف له كانت قيمته للواقف أو ورثته^(٥)، وإن لم يكونوا فليبت المال، وذلك على قول الهدوية، وأما على قول المؤيد بالله فللمصالح في الكل.

(١) وهو الأزهار حيث قال: ولا يدخل الأسفل حتى ينقرض الأعلى.

(٢) سواء جرى عرف أم لا.

(٣) بل ولسائر المسلمين.

(٤) هذا للوالد إلى آخر المسألة. (بستان). وسيأتي^[١] ما ينقضه، وهو أنه يخير بين أن يسلم قيمته للموقوف عليه أو يقف عنه شيئاً عوضاً لمصرفه، هذا هو المناسب لما سيأتي في الأزهار في قوله: وإن تلف فعوضه لمصرفه.

(٥) وقيل: لا شيء عليه حيث هو المتلف له؛ لأنها لو لزمت الغير كانت له.

[١] في قوله: مسألة: وإذا بيع الوقف فله أحكام.. إلخ، المسألة السادسة قبيل باب الوديعة. (ع.ع). وفي قوله: من أتلف شيئاً من فراش المسجد مسألة (٨) من قبل فصل الولايات.. إلخ.

مسألة: وإذا وقف على فلان وفلان وفلان ثم على أولادهم (١) فلا شيء لأولادهم حتى يموت الآخر منهم، ثم يشترك فيه أولادهم على سواء (٢)، إلا أن يعرف من قصده أو من العرف أنه أراد أن كل من مات منهم فنصيبه بعده لأولاده عمل به.

مسألة: إذا وقف على أولاده وأولادهم وأولاد أولادهم اشتركوا فيه الكل إلى آخرهم (٣)، وقال أبو طالب: إن الواو تقتضي الترتيب كما في آية الوضوء. وفيه نظر (٤).

فرع: فإن قال: على أولادي وأولادهم على فرائض الله اقتضى أمرين: أحدهما: أنه يكون للذكر مثل حظ الأنثيين.

والثاني: أنه يكون على الترتيب في البطن (٥)؛ لأنه من فرائض الله، لكن إذا مات أحد من البطن الأعلى فيحتمل أن يكون نصيبه لورثته الكل؛ لأنه من فرائض الله تعالى، ويحتمل أن يكون للباقيين منهم (٦)؛ لأنه قد يكون في ورثته من ليس من أولاده، ذكر ذلك الفقيه علي. وفيه احتمال ثالث (٧): أنه يكون لأولاده

(١) في (د): على فلان وفلان ثم على أولادهم.

(٢) لأنه ينتقل إليهم بالوقف، فيكون على الرؤوس.

(٣) سواء كانوا وارثين أم لا، مسلمين أم ذميين، ولو مملوكاً، فيكون لسيده.

(٤) لأن الترتيب في آية الوضوء حصل بالسنة. (بستان).

(٥) إلا أن يكون الأسفل يرث مع الأعلى فإنه يدخل، كابن الابن مع البنت؛ لأنه من

فرائض الله تعالى، ذكر معناها في الغاية عن الإمام شرف الدين عليه السلام. (قرو).

(*) يعني لا يقال: يشتركون فيه الكل كما في الأول.

(٦) يعني: من البطن الأعلى.

(٧) هذا لصاحب الكتاب. (بستان).

على فرائض الله دون سائر ورثته^(١)، ولعله يكون أولى [لأنه أقرب إلى العرف^(٢)].

فرع: وحيث يقف على أولاده وأولادهم أو ثم أولادهم يدخل في ذلك أولاد البنات كأولاد البنين، خلاف أبي حنيفة. فإن قال: على أولاده لصلبه وأولادهم أو ثم أولادهم فقال المنصور بالله: كذلك أيضاً، وقال الأمير علي: لا يدخل فيه أولاد البنات ونحوهن. وهو يستقيم إذا جرى به العرف^(٣).

مسألة: وإذا وقف على ورثته أو على ورثة زيد كان على حسب الميراث بينهم، ومن مات فنصيبه لورثته، وعلى قول المؤيد بالله للمصالح. والأقرب أنه يعتبر بمن يرثه بعد موته؛ لأنهم ورثته حقيقة، فمتى مات كانت الغلة لهم، وقبل موته يكون كوقف انقطع مصرفه، فتكون الغلة له عند الهدوية، وعند المؤيد بالله للمصالح. قلنا: إلا أن يعرف من قصده أنه أراد الذين يرثونه في الحال لو مات صح الوقف عليهم^(٤).

فرع: وإذا وقف على ورثته وورثتهم فالأقرب من طريق العرف أنه يريد بورثة ورثته بعد موت ورثته، لا أنهم يشتركون فيه، بل يكون كل من مات من

(١) أي: ورثة الميت، فيكون لأولاد الميت فقط، لا إخوته وسائر ورثته من غيرهم إلا أن يكون من أولاد الواقف. (مقرر).

(*) لعل المراد من لم يكن من أولاد الواقف. (مقرر). كأن يخلف بتناً وأختاً أو نحو ذلك.

(٢) ما بين المعقوفين من (ب).

(٣) يعني: وإلا فقول المنصور بالله أولى؛ لأنهم من صلبه. (بستان). قال القاضي عبدالله الدواري في الوصايا: لأن ورثة الصلب ما كان من مائه لا غير، وهو مقتضى الوضع اللغوي، فأما عرف ديارنا فولد الصلب لمن ولد من الماء للرجل ومن تدارج من ذلك لا بواسطة. (من الديباج).

(٤) في الحال.

ورثته فنصيبه لورثته بعده^(١).

مسألة: وحيث يكون الوقف ينتقل من الميت إلى من بعده بالإرث فإنه لا يبطل ما فعله الميت في منفعه من إجارة أو نذر أو وصية^(٢) أو قسمة، وتقضى ديونه منها؛ لأنها ملكه^(٣). وحيث ينتقل إلى من بعده بالوقف فإنها تبطل هذه الأشياء بموته^(٤)، ولا تقضى ديونه من منفعه؛ لأن حقه فيها إلى موته فقط.

فرع: وحيث ينتقل بعد الموت بالوقف إذا كان في الأرض زرع أو ثمر فإن مات بعد إدراكه فقد ملكه ويورث عنه، وإن مات قبل إدراكه فهو لمن بعده، ذكره أبو مضر. وقال الفقيه يوسف: بل قد استحقه الميت بظهوره في حياته، وتجب أجرة بقائه إلى إدراكه على ورثته^(٥).

والمراد في الزرع حيث بذره من غلة الوقف أو استقرضه له المتولي، فأما إذا كان من الذي زرعه لا على وجه القرض فالزرع له، وعليه أجرة بقائه لمن انتقلت^(٦) المنافع إليه.

(١) فإن لم يكن ثم عرف بذلك اشترك فيه ورثته وورثتهم الكل. صح نسخة، وهي مستقيمة على ظاهر اللفظ.

(٢) ولو أدى إلى استغراق المنافع على البطن الثاني مؤبداً، كأن ينذر بها على الغير أو يجعلها مهراً أو نحو ذلك. (حاشية سحولي) (قررد).

(٣) لفظ الغيث: لأن حكمه حكم الملك، فيبقى للميت فيه من الحق ما يبقى للميت في تركته.

(٤) حيث المؤجر الموقوف عليه، لا لو كان هو الإمام أو الحاكم فلا يبطل، ذكر معناه في البحر. (قررد). ولفظ حاشية: إلا أن يكون المؤجر من إليه الولاية فلا يبطل بموت الموقوف عليه. (قررد).

(٥) من ما لهم.

(٦) فإن كان البذر من الميت فظاهر، وإن كان من زارع غير هذا الميت فالزرع له، وعليه الكراء للميت إلى أن مات، ومن بعده للآخر. وحيث يكون الزرع للميت لو كان مال

مسألة: وولاية كل وقف إلى واقفه^(١) ثم إلى وصيه بعده أو من ولاه عليه^(٢) بعد موته^(٣)، فلو أقام عليه متولياً^(٤) وجعل له وصياً فهما على سواء في ولايته^(٥)، ولو كان الموقوف عليه معيماً فلا ولاية له على الوقف مع وجودهم. ووصي الوصي قائم مقامه، ثم كذلك ما تدارجوا. قال الفقيه يوسف: وكذا وصي المتولي بعده قائم مقامه.

وإذا كان الموقوف عليه مسجداً أو نحوه فولاية الصرف عليه والإنفاق فيه إلى من له الولاية عليه^(٦)، لا إلى الواقف ونحوه^(٧). وكذا فيمن نذر على مسجد أو نحوه.

الميت مستغرقاً بالدين فالزرع للغرماء من جملة التركة إن لم يأخذه الورثة بالأولوية ويسلموا قيمته للغرماء. والأقرب أنها تكون أجرة بقاء الزرع في الأرض مقدمة على ديون الميت؛ لأنها وجبت بعد الموت لمصلحة تلحق الميت مثل أجرة من يحفظ ماله ومن يقوم عليه ويقسمه بين الغرماء. (برهان) (قرئ). ويؤيده ما يأتي في الأزهار في قوله: وهي من رأس المال ومقدمة على ما هو منه.

(١) ولو مسجداً، وقد ذكره في الكافي.

(٢) خصوصاً. (قرئ).

(٣) أو في حياته. (غاية).

(٤) بعد موته، وحجره عن غيره، وإلا فهي تعم.

(٥) وقيل: القياس أن المتولي يكون أولي؛ لأنه أخص من الوصي، ورجحه الإمام عز الدين والذويد.

(٦) يعني: فأما الواقف فلا ولاية له على الصرف في المسجد، بل يسلم البذور إلى من له الولاية على المسجد، إلا أن يكون الواقف صاحب ولاية جاز أن يصرفها هو. (بستان بلفظه).

(٧) وصيه أو وليه. (سيدنا حسن).

(*) الواهب والناذر والموصي.

فرع: وإذا طلب الموقوف عليه المعين أن يزرع الأرض الموقوفة بنفسه ثم يسلم الزرع إلى الواقف أو وصيه ثم يرده له، وطلب الواقف أو وصيه أن يزرعها هو للموقف عليه - فإن كانا سواء^(١) يزرعانها بأجرة لهما سواء أو بغير أجره فالواقف ووصيه ومتوليه أولى، وإن كان أحدهما بأجرة والثاني بغير أجره أو بأقل كان الذي بغير أجره أو بأقل أولى^(٢)، كما في الحضانة^(٣).

مسألة: ومع عدم الواقف ومن له الولاية من جهته تكون ولاية الوقف إلى الموقوف عليه إن كان معيناً^(٤)، وإن لم يأل إلى الحاكم أو من ولاه. وأما ورثة الواقف فلا ولاية لهم^(٥)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله. قال الفقيه يوسف: إلا حيث أضاف الوقف إلى بعد موته فإنها تكون ولايته إلى ورثته^(٦) إذا لم يكن له

(١) إلا أن يكون عرف أن الواقف يقصد بقاء ذلك تحت يد وارثه يعمله ويأخذ نصف غلته مثلاً كما في وصايا العوام في البوادي كانوا أقدم به^[١]، ويكون كأنه أوصى لهم بنصف غلته مثلاً، فلا يكون للموقوف عليه طلب عمله ولو بغير أجره. (من إملاء أمير المؤمنين القاسم بن محمد عادت بركاته، وفي بعض الحواشي: إملاء الإمام محمد بن علي السراجي) (قررد).

(٢) فإن لم يكن الموقوف عليه الطالب بل غيره طلب بغير أجره أو بدون والمتولي بأكثر أو نحوه؟ لا يجاب؛ لثلا تبطل ولاية المتولي. (قررد).

(٣) قيل: في القياس على الحضانة نظر؛ لأن في الحضانة لكل من الحضانة وولي مال الصغير ولاية، وهنا لا ولاية للموقوف عليه مع الواقف. (شامي).

(٤) آدمي معين يصح تصرفه. (أزهار وشرحه).

(٥) إلا في صورة واحدة، وهو حيث صار إليهم بالوقف ولم يكن له وصي ولا ولي.

(٦) وقيل: الأولى أن الورثة لا تكون لهم ولاية إلا فيما أوصى به الميت أن يوقف بعد موته فقط. (هبل) وقرره الشامي.

[١] ولا يحتاج إلى ولاية، إلا أن تظهر منه خيانة أو لم يقم بها أخرج. (قررد).

وصي، كما فيما أوصى به إلى بعد موته^(١).

مسألة: وإذا شرط الواقف في وقفه أنه لا يقسم أو لا يعار أو لا يرهن^(٢) صح شرطه^(٣)، ذكره الفقيهان محمد بن يحيى ويوسف؛ لأنه كأنه جعل حق الموقوف عليه فيه مع استقامته على ما شرط، كما إذا شرط عليه الوقوف في بلد معين أو عدم قطعه للصلاة أو نقضه للتوبة.

مسألة: إذا وقف على أولاد زيد أو على عياله دخل فيه الذكور والإناث والخنثى على سواء. وإن وقف على بني زيد كان على الذكور^(٤) من البطن الأعلى، وإن قال: «على بنات زيد» خرج منه الذكور والخنثى^(٥)، وإن وقف على

(١) أي: من سائر وصاياه، فإن لوارثه ولاية حيث لا وصي.

(٢) فائدة: هل يصح أخذ الرهن على الكتب الموقوفة؟ يحتمل أن لا يصح؛ لأنه يقال: ضمان الرهن على المتولي أو على بيت المال؟ ويحتمل أن يصح والضمان على المتولي، ويحتمل أن يكون الضمان على بيت المال، فيكون الكتاب أمانة في يد القارئ إذا قلنا: لا يصح الرهن، ذكره الفقيه حسن في تعليقه على اللمع. (من خط قال فيه: من خط القاضي محمد بن أحمد الريمي. من خط سيدنا حسن عليه السلام).

(٣) يعني: فلو خالف الموقوف عليه الشرط نحو أن يمنعهم الواقف من القسمة فإنهم إذا اقتسموه خرجوا من المصرف؛ لأنه جعل الوقف عليهم ما دام مجتمعاً. وقوله: «في بلد معين» يعني: فإنه يصح ذلك؛ لأن الشرط له مسرح في الوقف؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «(المؤمنون عند شروطهم)» فيستحق منافعه ما دام في ذلك الموضع، وإن خرج عنه فكانت قطع المصرف على الخلاف بين الهدوية والمؤيد بالله. وعند الشافعي ومحمد لا يصح هذا الوقف؛ لتعليقه بمصرف منقطع، ومن شرط الوقف التأييد. قلنا: لا يضر كانه قطع مصرفه. (بستان بلفظه) (قررو).

(٤) لا الإناث والخنثى. (بستان بلفظه).

(٥) وقال القاضي عبدالله الدواري: ويقرب إذا وقف على البنين أو البنات وكان هناك خنثى أنه يحول لهم كما يحول في الميراث. (ديباج).

(*) وقواه المتوكل على الله جل جلاله.

بني زيد وبناته ففي دخول الخنثى منهم وجهان^(١). وإن وقف على بني هاشم أو بني تميم^(٢) أو نحوهم من القبائل ففي دخول البنات منهم وجهان، رجح أبو يوسف دخولهن^(٣). والأقرب أنه يعم الأعلى والأسفل من البطون.

مسألة: وإذا وقف على نسله أو عقبه أو ذريته^(٤) دخل فيه أولاد البنات والبنين ما تناسلوا، إلا أن يقول: «الأقرب فالأقرب» أو «على فرائض الله تعالى» اقتضى الترتيب فيهم^(٥). وإن وقف على من ينتسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات؛ إذ لا ينسبون إليه، بل إلى آبائهم.

مسألة: من وقف على قرابته فهو على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يقول: على قرابته أو ذوي قرابته أو أرحامه، فإنهم يشتركون فيه الكل^(٦).

الثاني: أن يقول: على قرابته الأقرب فالأقرب^(٧)، فإنه يقتضي الترتيب بينهم. الثالث: أن يقول: على أقاربه، فقال أبو طالب والقاضي زيد والشافعي: يشتركون فيه، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: يكون على الترتيب بينهم.

(١) أحدهما: أنه يدخل، واختاره عليه السلام؛ لأنه لا يخلو من أحدهما. والثاني: لا يدخل؛ لأنه ليس من البنين ولا من البنات في الاسم. (بستان بلفظه).

(*) الأقرب دخولهن. (قررو).

(٢) أراد التمثيل، وإلا صح على بني هاشم مطلقاً، لا على بني تميم إلا مع الانحصار. (٣) لأن المراد من ينتسب إلى هاشم أو تميم، وإذا دخلن لم يدخل أولادهن الذين من الأجنبي. والوجه الثاني: لا يدخلن؛ إذ لا يدخلن في اسم البنين. (بستان بلفظه).

(٤) ويكون وقف جنس يدخل من يولد ويخرج من يموت، ولا شيء لغيرهم كالأعمام والزوجات.

(٥) وكونه على الإرث، فلا يرث الأبعد مع وجود الأقرب. (بستان).

(٦) سواء كانوا مسلمين أو ذميين، وارثين أم لا، ولو مملوكاً، ويكون لسيدته. (قررو).

(٧) فأما لو قال: «الأقرب» ولم يزد كان للأقرب، ويورث عنه، كالأولاد مفرداً. (شرح فتح) (قررو).

فلو قال: «علي ذوي أقاربه» فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه علي الخلاف، وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل يشتركون فيه وفقاً^(١). وهو مفهوم اللمع. **فرع:** والقربة كل من ينتسب إلى الأب الثالث^(٢)، ذكره في الانتصار^(٣)، وذكره في اللمع والشفاء في الوصية للقربة، وهو يدل على أن أولاد الإناث من البنات والأخوات والعلمات وبنات الأعمام ونحوهن لا يدخلون في ذلك؛ لأنهم لا ينسبون إلى جده، بل إلى آبائهم، وقال في التذكرة ومهذب الشافعي والفقيه علي: إنهم يدخلون فيه^(٤).

فرع: ويعتبر فيهم من ينتسب إلى الأب الثالث من قبل الأم والأب معاً، ذكره في المنتخب واللمع والكافي، وقال في التفرعات ومالك: لا يكون إلا من قبل الأب. وهو العرف. وقال في الانتصار: إن كان الواقف من العجم دخل قرابة الأم، وإن كان من العرب لم يدخلوا؛ لأنهم قبائل وشعوب^(٥). وقال الشافعي: إن القرابة هم كل من ينتسب إلى الجدد المشهور الذي ينتسبون إليه.

(١) وذلك لقوله: ذوي. (بستان).

(٢) ويدخل فيه الأب الثالث. (حِيث). وظاهر الأزهار خلافه في قوله: لمن ولده جدا أبويه.

(٣) وذلك لأن الرسول ﷺ صرف سهم ذوي القربى من الخمس في الهاشميين، فتعين في تحديد القرب أولاد جد الأب فقط. (بستان بلفظه).

(٤) قال في الكواكب: والعرف بخلافه. قلنا: إن جرى عرف كان العمل عليه.

(٥) قال عليه السلام: فلا ينسب الرجل منهم إلى قرابة أمه علي حال أصلاً، فأما العجم فعندهم القرابة على جهة العموم من جهة الأب والأم؛ إذ لا تعرف فيهم القبائل والبطون. قال عليه السلام: والأسماء التي تجمع الناس أولها الشعب ثم القبيلة، قال تعالى: ﴿شُعُوبًا وَقَبَائِلَ﴾ [الحجرات: ١٣]، ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ. وحجة الشافعي: أن القصد بالقرابة من يجمعهم النسب المشهور ولو بعد. لنا ما مر. (بستان).

(*) يعني: كبني فلان وإن بعد.

فرع: ويدخل في القرابة الأب والابن، خلاف أبي حنيفة، ويستوي فيهم الذكور والإناث والأغنياء والفقراء، سواء كانوا مشتركين فيه أو على ترتيبهم. قال في البحر: وإذا وقف على عترته فالعتره هم الذرية^(١)، وقيل^(٢): هم العشيرة، أي: القبيلة.

فرع: وحيث يعتبر الترتيب في القرابة فإنه يعتبر قرب البطون فيمن ينتسب منهم إلى الآباء والأمهات، فمن ينتسب منهم بنسبين أقرب ممن ينتسب بنسب^(٣) واحد ولو كانا يشتركان في الإرث أو الأبعد يسقط الأقرب، كالأخت لأب وأم مع الأخ لأب، والأخ لأب وأم مع الأخ لأم^(٤)، وبنت الأخ لأب وأم مع ابن الأخ لأب^(٥).

ويعتبر قرب الدرج في الآباء والأبناء، فمن هو بغير واسطة أقرب ممن هو بواسطة، كال بنت مع ابن الابن، والأم مع الجد^(٦)، ومن هو بواسطة أقرب ممن هو بواسطة، ك بنت بنت مع ابن ابن ابن، ذكره في التذكرة، وهو بناء على دخول أولاد

(١) هذا ذكره ابن الأعرابي وثعلب والجوهري، وقال القتيبي: هم القبيلة؛ لقول أبي بكر: نحن عتره الرسول ﷺ. قلنا: مجاز في غير الذرية. (بستان). تمام حجة القتيبي: ولم يكن أبو بكر يدعي بحضرة القوم جميعاً ما لا يعرفونه. قلنا: قد فسر ﷺ العتره بالذرية في الحديث المشهور، وهو قوله ﷺ: ((وعترتي أهل بيتي.. إلخ))، فلعل الرواية عن أبي بكر مغمورة، والله أعلم. (أفاده سيدنا العلامة عبدالله بن حسن بن حسن الأكوغ). واسم القتيبي عبدالله بن مسلم. واسم ثعلب أحمد بن يحيى الشيباني. (حاشية من خط مصنف البستان وترجمان معني).

(٢) القتيبي. (بحر).

(٣) الاعتبار بقرب الدرج، فلا وجه لتقديم من ينتسب بنسبين.

(٤) إلى هنا مثال الاشتراك في الإرث.

(٥) هذا مثال الأبعد يسقط الأقرب.

(٦) سواء كان أبها أو أب الأب. (قررو).

الإناث. وكبنت أخ مع ابن ابن أخ. والأب والأم سواء، والأخت لأب والأخت لأم سواء، والعم والخال سواء، ومرتبة الأبوة والبنوة سواء، قال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: وهم^(١) ولو بعدوا في الدرج أقوى من مرتبة الأخوة والعمومة، فابن الابن وإن نزل أقوى من الأخ والعم، وكذلك الجد ولو علا، وقال ابن الخليل^(٢)، وهو مفهوم كلام المؤيد بالله: بل يعتبر قرب الدرج فيهم الكل، فمن كان أقرب درجة فهو أولى مطلقاً^(٣). وقواه الفقيه يوسف. فبين الواقف وبين الأخ درجة، وهو الأب، وبينه وبين العم والعمة درجتان، وهما الأب والجد، وكذلك الخال والخالدة. وأما الجد والأخ فقال في حواشي الإفادة وأحد قولي الشافعي وأبو يوسف ومحمد: إنهما سواء^(٤)، وأحد قولي الشافعي: إن الأخ أقرب. وعلى قول الفقيهين يحيى البحيح وحسن الذي مر: الجد أقوى ولو بعد.

مسألة: من وقف على الأستر من أولاده أو من قرابته أو من أهل بلده فالأستر هو الأعدل، والأعدل هو الأورع^(٥)، فمن كان أكثر ورعاً فهو أولى به، وإن استوتوا كلهم أو بعضهم في الورع اشترك فيه المستوتون ولو كان بعضهم أكثر عبادة أو علماً.

(١) يعني: الأبوة والبنوة.

(٢) قال عليه السلام: الأولى كلام علي خليل؛ لوجهين ذكرهما عليه السلام في شرحه. (شرح أزهار). أحدهما: أن المفهوم من لفظ القرب ما ذكر، الثاني: أنه الأقرب إلى الموضوع لأهل المذهب. (غيث). لأن عبارتهم: أقربهم إليه درجاً.

(٣) سواء كان وارثاً أو غير وارث.

(٤) هذا أحد احتمالين في الانتصار، واختاره عليه السلام، لاستوائهما في الوسطة، وعلى هذه العلة يقدم الجد على ابن الأخ؛ لأنه أقرب منه. ويحتمل أن الأخ أقدم؛ لقوة تعصبيه، فعلى هذا يقدم ابن الأخ على الجد. (بستان بلفظه).

(٥) لا من يكثر الصلاة والصيام؛ لأن الإنسان قد يكثرهما وهو مخل بكثير من الواجبات. (بستان).

فرع: والورع هو فعل الواجبات واجتناب المقبحات^(١)، هذا هو الورع الشرعي. قال الفقيه محمد بن سليمان: فلو استووا فيه لكن بعضهم أكثر تركاً للشبه والمكروهات^(٢) كان أولى به.

فرع: وإذا وقف على أورع الناس اعتبر أورع أهل بلده^(٣)، ذكره في الكافي^(٤). وقال الفقيه يوسف^{قوي}: إنه يعتبر الأورع ممن يعرفه الواقف والمتولي بعده من الناس.

فرع: والورع على أربع مراتب:

الأولى: ورع المسلمين، وهو مجانبة ما يوجب الفسق^(٥) من فعل أو ترك.

الثانية: ورع المؤمنين، وهو الخروج من كل شبهة.

الثالثة: ورع الصالحين، وهو ترك ما لا بأس به حذراً مما به البأس^(٦).

الرابعة، وهي أعلاها: ورع الصديقين، وهو ترك المباحات^(٧). وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم:

((سيد الأعمال الورع))، قال في الانتصار: أراد به ورع المؤمنين. وقال صلى الله عليه وآله وسلم:

((لو صليتم حتى تكونوا كالحنايا^(٨)، وصمتم حتى تكونوا كالأوتار، وتوفيتم

(١) في (ب، ج، د): المحظورات.

(٢) في (ب، ج، د): أو للمكروهات.

(٣) قوي إن عرف قصده، وإلا فالمختار قول الفقيه يوسف. (قرر).

(٤) وقيل: يبطل هذا الوقف؛ لتعذر معرفته في عموم الناس. والأول أقرب. (بستان بلفظه).

(٥) ظاهره ولو كان مجروح العدالة، وقال شيخنا: بل مقبول الشهادة، وهو الذي تقدم قريباً، وهو أولى. (مفتي).

(٦) يدخل فيه ترك المكروهات. (مفتي) (قرر).

(٧) قال صاحب الأثمار: وفي هذا القسم نظر؛ إذ تلزم منه البدعة؛ لأن تارك المباحات على الإطلاق كالأكل والشرب ونحوهما مبتدع كما وردت به السنة.

(٨) صوابه: الحنائير بالراء والياء، ذكره في الضياء. وفي النهاية من حديث عمر ما أخرجه النسائي: ((لو صليتم حتى تكونوا كالحنايا)) هي جمع حنية أو حني، وهما القوس، فعيل =

بين الركان والمقام - ما نفعكم ذلك إلا بالورع)) والمراد به ورع المسلمين^(١)، وهو اجتناب الكبائر. وقد ورد في الحديث أنه ينبغي للإنسان أن يحاسب نفسه كما يحاسب شريكه، فيعلم من أين مطعمه وملبوسه، وأعلى الحساب أن يحاسب نفسه على كل شيء أراد أن يفعله، وأذناه أن يحاسبها في كل يوم مرة، هذا أدنى محاسبة الصالحين^(٢).

مسألة: من وقف على المسلمين أو على مسلمي بلد لا يحصون صح الوقف^(٣)؛ لأن الإسلام وجه قرينة كالفقر، وهو الإسلام الشرعي، أي: الإيذان^(٤). وقال أبو حنيفة: لا يصح^(٥)، كما لو وقف على الناس أو على أمة

بمعنى مفعول؛ لأنها محنية، أي: معطوفة. ومن حديث عائشة: حنت لها قوسها، أي: وترت؛ لأنها إذا وترتها عطفتها. ومعناه في الواجب.

(١) هكذا في الانتصار، قال في منهاج الوالد العلامة محمد بن حمزة بن مظفر: ومن ورع أمير المؤمنين عليه السلام أنه أقسم بالله العظيم لو تبذل له الأقاليم السبعة وما عليها على أن يسلب ذرة قشرة شعيرة ما فعله. (بستان).

(٢) قال في الغيث: وللصالحين في ذلك وظائف، أبلغها من يحاسب نفسه عقيب الفعل، ثم من يحاسب في كل ساعة، ثم من يحاسب عقيب كل صلاة، ثم من يحاسب عند أن يأخذ في مضجعه. (غيث).

(٣) قوي، ويكون للفقراء. بل في الجنس ولو عبداً. و(قرر)^[١].

(*) ويصرف في الفقراء وفي الجنس. (قرر).

(٤) مع قصد الإيذان، فإن لم يكن له قصد أو قصد خلاف ذلك كإخراج الكفار فقط فكالوقف على الأمة. (سحولي).

(٥) وقواه المتوكل على الله، واختاره الشامي والهيل والذماري.

(*) وقال بعض مشائخنا: لا يصح كالوقف على الناس وأمة محمد، وفيه نظر. (مقصد حسن). وجه النظر: أن المراد بأئمة التابع له؛ فحيث لا يصح الوقف.

[١] هذه الحاشية من المطبوع.

محمد ﷺ (١).

مسألة: من وقف على الضيف لإطعامهم فالأقرب أنه يصح (٢)؛ لأنه قرابة.

مسألة: وحيث يكون الموقوف عليهم ينحصرون -نحو فقراء بلد أو علمائها أو عبادها أو فقهاؤها (٣) أو غزاتها- تجب التسوية بينهم الكل (٤)، وحيث يكونون لا ينحصرون يوضع في الجنس منهم ولو في واحد كما في الزكاة. وعلى أحد قولي المؤيد بالله: يوضع في أقل الجمع، وله فيه قولان: قول: اثنان، وقول: ثلاثة.

مسألة: من وقف على الأغنياء أو التجار أو المغنين أو الفساق ونحوهم (٥) لم يصح (٦) إلا إذا هم معينون حتى تكون القرابة فيهم مقدرة بانقراضهم أو توبتهم. قال الإمام المهدي: فلو وقف على فاسق أو كافر لكونه فاسقاً أو كافراً لم يصح؛ لأنه عاص به.

مسألة: من وقف على أهل بلد محصورين صح الوقف واشترك فيه الكل ممن يستوطنه من المؤمنين والفساق، قال الفقيه يوسف: وفاقاً، وقال الفقيه حسن: بل على قول المؤيد بالله، لا على قول الهدوية فلا يدخل فيه الفساق كما إذا وقف

(١) لأن أمته كل من بعث إليه، فيدخل الكفار. وقيل: من صدقه؛ فعلى هذا يصح وقفه.
(*) لم يصح.

(٢) ويكون لإطعام الضيف، ويعمل فيه بالعرف.

(٣) من يسمى فقيهاً عرفاً. (قرر).

(٤) وتدخل المرأة في الأول، لا في الغزاة ولو غزت، ذكر معنى ذلك في الكواكب. (قرر).

[التقرير غير منقطوط في (د)، ومنقطوط في (ج)].

(٥) كالبغايا وأهل الكبائر والمعاصي.

(٦) ويبقى ملكاً للواقف. (قرر).

على الفقراء. ولعل الأول أولى^(١). ويدخل فيه الذميون^(٢) والعبيد أيضاً. قلنا: ويستوي فيه الصغير والكبير والفقير والغني والذكر والأنثى^(٣)، ومن مات منهم أو انتقل فنصيبه للباقيين، ومن حدث فيهم بالولادة أو الاستيطان دخل فيه، وكذا في الوصية بالمنافع، لا بالأعيان فتكون للموجودين حال موت الموصي، ومن مات فنصيبه لورثته في الأعيان.

فرع: فإن كان أهل البلد لا ينحصرون، وفيهم من فيه القربة ومن لا قربة فيه - صح على من فيه القربة لا على غيرهم عند الهدوية، وعند المؤيد بالله: لا يصح^(٤). وهكذا في الوصية عندهم جميعاً على الخلاف، وكلامهم هذا فيها يدل على أنها تفتقر إلى القربة.

مسألة: إذا وقف على الفقراء عموماً أو نحوهم ممن فيه القربة لم يدخل فيه

(١) وهو الصحيح؛ لأنهم معينون والقربة فيهم مقدرة، وإنما يخالفون في عموم الوقف.
 (٢) تنبيه: قال أصحاب الشافعي: الوقف على أهل الذمة يجوز، قال أبو طالب: وكذلك يجب على أصل الهادي عليه السلام أن يكون كذلك؛ لأنه يجوز الوصية لهم، والوجه فيه أن القربة متضمنة فيهم؛ وذلك لأن الله تعالى مدح من أطعم الأسارى بقوله: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان]، هكذا تخريج أبي طالب، قيل: وفيه نظر؛ لأن الوقف من شرطه القربة، والوصية تصح بالمباح وليس من شرطها القربة، بل من شرطها أن لا يكون معصية، وقد ذكر المنصور بالله ذلك وقال: الوصية لهم تصح والوقف لا يصح، قال المنصور بالله: وقد أوصت صفية زوج النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأخيها اليهودي بثلاثين ألفاً، وأجازها المسلمون، وكانت من الثلث. (غيث).

(٣) والخثني. (قررو).

(٤) قد تقدم عن المؤيد بالله الصحة في مسألة من وقف على مصرفين في الوجه الثاني فينظر. لعله يحمل هذا على غير المعين وفيما مر على المعين. وهو صريح البيان هنا حيث قال: فإن كان أهل البلد لا ينحصرون.

(*) وعليه الأزهار بقوله: ولا يصح مع ذكر المصرف إلا منحصراً.

فساقهم عند الهدوية كما في الزكاة، خلاف المؤيد بالله^(١)، إلا فيمن يضر المسلمين كالبغاة وقطاع الطرق فلا يدخلون فيه وفاقاً. وهكذا^(٢) في النذور المطلقة وما يجب في محظورات الإحرام. وأما بنو هاشم فقال المنصور بالله والأمير الحسين: يدخلون في الوقف^(٣) والنذر والوصية وفي المظالم، وقال الحقيني: لا يدخلون في ذلك كله، وقال المؤيد بالله: يدخلون في الوقف والمظالم، لا في النذر والوصية^(٤).

مسألة: من وقف على العلوية^(٥) كان لأولاد علي عليه السلام سوى أولاد الحسين^(٦) [ذكره أبو مضر^(٧)].

مسألة: من وقف موضعين على مصرف واحد لم يجز أن يصرف من غلات

(١) يعني: فيدخل فيه الفساق، هكذا في التذكرة وغيرها، وقال في الانتصار والبحر: لا يدخل الفاسق عند المؤيد بالله في الوقف على الفقراء؛ لأن من شرطه القرابة، بخلاف الزكاة فلم تفصل الآية وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أمرت أن آخذها من أغنيائكم وأردها في فقرائكم)). (بستان).

(٢) أي: لا يدخل من يضر المسلمين كالبغاة.

(٣) ما لم يكن الوقف عن حق لا يحل لهم. (قرر).

(٤) لأنها واجبان؛ فالنذر بالإيجاب، والوصية بالإيضاء، فأشبهها الزكاة. (شرح بهران).

(٥) في (ج، د): على فقراء العلوية.

(٦) لأن العلوية إذا أطلقوا في العرف فهم أولاد العباس بن علي^[١] عليه السلام وسائر أولاد علي عليه السلام،

وأما أولاد الحسين فهم أولاد النبي صلى الله عليه وآله وسلم. (بستان). وفي الزهور: قيل: ذكر أبو مضر أن

عرفهم بالعلوي الفاطمي، قال الفقيه محمد بن يحيى: وعرفنا أولاد العباس بن علي عليه السلام

فقط، وإلا فاللفظ لأولاد علي عليه السلام الجميع. (بلفظه).

(٧) ما بين المعقوفين في (ب).

[١] وأولاد محمد بن علي وعمر بن علي، ولم يعقب من أولاد أمير المؤمنين علي عليه السلام إلا هؤلاء وإلا الحسين عليه السلام، والباقون لم يعقبوا، ذكره أبو طالب في الإفادة.

أحدهما إلى الثاني إلا إذا كان الواقف لهما واحداً^(١).

مسألة: وإذا كان الوقف على الفقراء فمن ادعى أنه فقير قبل قوله - كما في الزكاة^(٢) - مع التباس حاله؛ لأن الأصل هو الفقر^(٣). وكذا حيث الوقف على فقراء بلد معين فمن ادعى من أهله أنه فقير قبل قوله. وإن كان الوقف على أهل بلد أو على أغنيائهم وهم منحصرون فمن ادعى أنه منهم فعليه البيئنة^(٤) إذا التبس حاله.

مسألة: وإذا كان الوقف على فقراء بلد معين أو نحوهم دخل فيه من كان منهم مستوطناً لذلك البلد في وقت حصاد الزرع^(٥) أو إدراك الثمر إن كان الموقوف أرضاً أو شجراً، وإن كان غيرهما فحال حصول منفعته. ويعتبر في كل ثمرة بوقتها. ويستوي فيهم الذكر والأنثى^(٦) والكبير والصغير والحر والعبد^(٧).

(١) بلفظ واحد، نص عليه في الكواكب في مسألة المنارة. (قررو).

(٢) قال المفتي: وقد يفرق بينه وبين الزكاة؛ لأنه في الزكاة لا يجب الصرف إليه فقبل قوله، بخلاف ما هنا فهو يدعي استحقاق الصرف والمقاسمة، فأشبهه مدعي الفقر ليستحق النفقة على قريبه الموسر، فالقياس هنا أن لا يقبل قوله مع اللبس إلا البيئنة. قال الشامي: يستقيم إذا كان على فقراء منحصرين، لا إذا كان على الفقراء جملة فهو كالزكاة فتأمل، والكتاب بخلافه. (شامي).

(٣) وعلى هذا فإذا ادعى الشفيح اليسار فعليه البيئنة والقول للمشتري، وكذا من ادعى اليسار ليأخذ ما بيع لقضاء دينه^[١] فعليه البيئنة باليسار. (شامي). وقد ذكره في الصعيتري، والله أعلم.

(٤) وذلك لأنه يدعي أنه من أهل البلد أو من الأغنياء والأصل عدم ذلك. (بستان).

(٥) المراد وقت ظهوره.

(٦) والختنى.

(٧) ويكون لسيدته. (قررو).

[١] لعله فيما بيع لقضاء دين مورثه، وأما ما بيع لقضاء دينه فهو لا يصح منه نقض البيع سواء كان موسراً أم لا.

والمسلم والذمي.

فرع: وإذا لم يوجد فيه فقير كان وقفاً انقطع مصرفه كما مر^(١)، قال الفقيهان علي ويوسف: وسواء عدم الفقراء فيه بعد وجودهم أو كانوا معدومين من حالة الوقف؛ لأنه لم يرد فقراء معينين، بل من فقراء أهل ذلك البلد، فمتى وجد الفقير فيه عند حصول الثمرة ونحوها صرفت إليه، ومتى عدم كان وقفاً انقطع مصرفه^(٢).

فرع: وكذا فيمن وقف على أولاده عموماً وليس له ولد، فمتى ولد له ولد دخل فيه، ومهما لم يكن له ولد فهو وقف انقطع مصرفه. ويعتبر الوجود والعدم حال حصول الثمرة أو الغلة^(٣) أو نحوهما، قال الفقيه يوسف: ولا ينتظر بها حصول من يحصل من بعد.

مسألة: فإن وقف على الفقراء في هذا البلد دخل فيه من وجد فيه منهم حال حصول الثمرة ونحوها، سواء كان مستوطناً أو مقيماً أو مجتازاً^(٤)، فإن لم يوجد فيه منهم أحد حال حصول الثمرة ونحوها صرف في فقراء سائر البلاد^(٥) ولم

(١) يعني من الخلاف بين الهدوية والمؤيد بالله.

(٢) فيعود للواقف أو وارثه.

(٣) قد تقدم في المسألة السابعة من الشرط الخامس كلام الصعيتري معلق عليها أنهم يشاركون من يحدث من يوم العلوق قبل ظهور العلة، ولم يشترط حال حصول الثمرة أو الغلة، فينظر في الإطلاق هنا. (إفادة سيدنا العلامة ع).

(٤) وذلك لأن المقصود هاهنا الفقراء لا البلد. (بستان).

(٥) لعل هذا على أصل المؤيد بالله، وأما على أصل الهدوية فكوقف انقطع مصرفه. (مفتي). لعل كلام الكتاب أولى؛ لأنه جعل البلد كيفية للصرف. اهـ ويشهد له الأزهار في قوله: ولا يبطل المصرف بزواله. وأما إذا كان البلد مقصوداً فكوقف انقطع مصرفه عند الهدوية. (قرن).

(*) وفيه سؤال، وهو أن يقال: لم قلت هنا: تصرف إلى سائر فقراء البلدان ولم تقولوا: تحفظ

ينتظر بها من يوجد فيه من بعد إلا أن يجري به العرف، كما يستعمل في كثير من الوصايا التي تكون للفقراء في عرف أهل زماننا حيث تكون الوصية بالثمرة ونحوها. فأما حيث أوصى بعين لفقراء بلد معين أو لفقراء قرابته ولم يكن فيهم فقير حال موته فإنها تبطل الوصية عند المؤيد بالله^(١)، وهو القوي^(٢)، وعند الهدوية تصح وتكون لسائر الفقراء.

مسألة: وإذا وقف على الفقراء عموماً وعين موضعاً يصرف فيه إليهم فإنه يتعين^(٣)، ذكره المؤيد بالله. قال المنصور بالله وابن الخليل^(٤): المراد به إذا

حتى يوجد فقير، وقتلم في المسجد إذا خرب: حفظت غلاته حتى يعمر؟ وأجيب بأن عدم الفقير بمنزلة خراب عرصة المسجد واجتياحها أو مصيرها نهراً، فعلى هذا يكون كوقف انقطع مصرفه، وعلى قول المؤيد بالله للمصالح، والأولى أن يكون للفقراء؛ لثلا يبطل غرض الواقف، وعلى قول الهادي يعود للواقف أو وارثه. ولفظ حاشية عن الدواري: إن قيل: فلم لا تحفظ الغلة إلى أن يوجد في أهل القرية فقير كما قتلتم في غلات المسجد إذا خرب: إنها تحفظ إلى أن يعمر ولم تقولوا: تصرف إلى غيره؟ قلنا: المسجد معين، والوقف على المعين لا يعدل به إلى غيره ما دامت العين أو ترجى، ولا كذلك هاهنا، فإنه لم يقف على معين، وإنما وقف على أهل صفة لم توجد، فنزل عدم الصفة منزلة انقطاع المصرف، فافترقا. (ديباج).

(١) وقواه المتوكل على الله.

(٢) وذلك لأنه تملك عين فلا يصح لمعدوم، وعند الهدوية يصح هنا؛ لأن الفقراء لهم جنس، لا في الأولاد المعدومين كما تقدم. (بستان بلفظه). قد تقدم فيما لو أوصى بأرض لأولاده ولم يحدث له ولد حتى مات أن الوصية تبطل؛ لأن العبرة بعدمهم حال صحة الوصية، وهو موت الموصي، فالفرق أن الفقراء لهم جنس فتصرف فيهم. (أم).

(٣) وإن لم يكن فيه قرابة. (قرن).

(*) ما لم يكن عن واجب.

(٤) قوي حثيث ومفتي وهبل.

كان فيه قربة، كالطعم في مسجد معين^(١) أو نحوه حتى يحصل به اجتماع المسلمين للذكر ونحوه، فأما إذا لم يكن فيه قربة فإنه لا يتعين. فإن جعل الغلة وصية تصرف فيمن يأتي^(٢) إلى الفريض^(٣) أو إلى المسجد لم يجز صرفها في غيره^(٤).

فرع: فأما الوصية والإباحة إذا عين موضعها الذي تصرف فيه فإنه يتعين مطلقاً^(٥)، إلا إذا كان ذلك عن حق واجب فإنه لا يتعين مطلقاً^(٦)، وكذا في

(١) «معين» سقطت من (أ).

(٢) وهكذا في الوصايا التي يوصى بها للطعم في المساجد أو مواضع مخصوصة فهذا لا حق للمسجد فيها، وإنما عين لإطعام من يأوي إليه من الغرباء على حسب العادة، فإن انقطع من يصل إليه عند حصول الثمرة كان كوقف انقطع مصرفه^[١]، قيل: إلا إذا كانت العادة جارية بحفظ الحب إذا كان يحصل الظن بحصول الواصلين بعده. (كواكب). وفي الصعيتري والنجري أنه ينقل إلى موضع آخر حتى يعود فيرد إليه، وقد ذكره في الزهور، قال: كما ذكر علي خليل إذا وقف على فقراء هذا البلد ولم يوجد كان كوقف انقطع مصرفه، ويأتي الخلاف، وقد تقدم أنه يفرق بين الوقف على المسجد والوقف على غيره، وجعل المسجد كيفية للصرف، وقد تقدم تحقيق ذلك. (شرح فتح بلفظه) وهذا هو المقرر. (قرئ).

(٣) حائط العنب أو نحوه.

(*) هي الطريق، وهي مواضع البساتين ونحوها يجعلونها لمن يتناول من الثمار ونحوها. (٤) يعني: حيث هي لا عن واجب؛ لأن للإنسان أن يتحكم في ماله. والفرع الذي بعد هذه مثلها إلا أن فيه مزيد فائدة، وسيأتي لهذا كله مزيد بيان في آخر النذور. (بستان).

(٥) وقواه حثيث والمفتي والهبل.

(*) سواء كان فيه قربة أم لا.

(٦) وسيأتي في الأزهار في الوصايا أنه يجب امتثال ما ذكره أو عرف من قصده ما لم يكن محظوراً. وفي شرح قوله: «وفي المكان تفصيل وخلاف» ما يؤيد كلام البيان من التقوية على المسألة.

[١] وفي البيان: يصرف في فقراء سائر البلدان.

الوقف إذا كانت غلته عن حق واجب.

فرع: فلو وقف أرضاً على فقير معين وجعل له غلاتها عما عليه من الزكاة أو نحوها فإنه يجوز^(١) وضع الغلة في ذلك الفقير أو في غيره من الفقراء^(٢)، ومتى استغنى فلا يجوز وضعها فيه.

مسألة: ومن وقف على الفقراء أو أوصى لهم دخل فيه من كان فقيراً من آباءه وأبنائه، وأما هو حيث هو فقير فعلى الخلاف في المخاطب هل يدخل في خطاب نفسه أم لا، فعلى أحد قولي المؤيد بالله والقاسم: لا يدخل فيه^(٣)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي طالب: يدخل فيه^(٤).

فرع: فأما ما وقفه لله أو في سبيله^(٥) فإنه يعم الفقراء ومن فيه مصلحة ولو غنياً ونفسه^(٦) وبني هاشم.

مسألة: من وقف على جيرانه^(٧) أو أوصى لهم فهم المجاورون لداره

(١) في (ج، د): يجوز له.

(٢) إذا كان الواقف فقط. (قررد).

(٣) إلا لعرف. (قررد).

(٤) وهو مقتضى ما ذكره في أصول الفقه عن المحققين. إلا لقريظة تخرج المخاطب من خطاب نفسه، والقريظة المخرجة له هنا ذكره للفقراء، فإنه حين ذكرهم دل ذلك على أنه يريد من عداه؛ ولهذا إذا لم يذكر الفقراء بل قال: لله تعالى مثلاً فإنه يصرفه في الفقراء ويكون من جملتهم. (قررد). وهذا في الغلات، بخلاف المناهل وتسييل الطرق فيدخل.

(٥) في (ب، د): أو سبله لله.

(٦) في (ب): أو نفسه أو بني هاشم.

(٧) قال في نزهة القلوب: «الجار ذي القربى» أي: ذي القرابة، «والجار الجنب» أي: الغريب، «والصاحب بالجنب» أي: الرفيق في السفر، «وابن السبيل» الضيف. (من خط مصنف البستان).

على حسب العرف^(١)، وقال أبو يوسف ومحمد: الذين يجمعهم مسجد، وقال الشافعي: إلى أربعين داراً من كل جانب. لكن حيث قال: «على جيرانى هؤلاء»، يتعينون ولو انتقلوا عن الجيرة^(٢)، وحيث قال: على جيرانه مطلقاً لا يتعينون، بل يعتبر من كان جاراً له في كل ثمرة عند حصولها، ومن انتقل عن الجيرة^(٣) خرج عن الوقف^(٤). قال في الشفاء: وإن قال: «على أقرب جيرانه» كان على أقربهم باباً. يعني: إلى بابه، ولعله إذا جرى العرف بخلافه عمل به.

مسألة: من وقف على موالیه دخل فيه المعتقون له ومعتقوهم وإن علوا، وأما المولى الأدنى—وهو عتيقه وعتيق عتيقه وإن نزلوا—ففيهم قولان للشافعي، رجع الإمام يحيى دخولهم^(٥).

مسألة: من وقف شيئاً في سبيل الله كان على المجاهدين بغير أجره^(٦). ومن وقف في سبيل الثواب كان على قرابته^(٧)؛ لأن الثواب فيهم أكثر. ومن وقف في

(١) وذلك لما روت عائشة أنها سألت رسول الله ﷺ فقالت: إن لي جارتين فلأي أيهما أهدي؟ فقال: ((إلى أقربهما منك باباً)). ولقوله ﷺ: ((إذا اجتمع الداعيان فأجب أقربهما باباً، فإن استويا فأقربهما جواراً)). وحجة الشافعي ما روت عائشة أنه سئل ﷺ عن الجوار فقال: ((أربعون داراً)). (بستان بلفظه).

(٢) ويورث عنهم. (هبل) (قررد).

(٣) وإذا كان المنتقل الواقف ينظر؟ ولعله يقال: لا عبرة بانتقاله كما لو مات.

(٤) ومن دخل فيها دخل فيه أيضاً. (قررد).

(٥) واختاره في البحر.

(*) المختار عدم دخولهم إلا لعرف أو قصد. (سماح هبل). وقيل: يشترك.

(٦) وقيل: يعم جميع القرب. وهو ظاهر الأزهار في قوله: ومن جعل ماله في سبيل الله صرف ثلثه في القرب. (شامي). وكذلك الوقف. وفي البستان: وذلك لأن السهم المفروض في سبيل الله من الصدقات يصرف فيهم، وكذلك الوقف في سبيل الله. (بستان).

(٧) إلا لعرف. فيكون قرابته وغيرهم على سواء. (سماح سيدنا علي بن أحمد رحمته الله) (قررد).

سبيل الخير كان على أنواع القرب كلها.

مسألة: ومن وقف على العلماء كان على المجتهدين، إلا أن يعرف من قصده أو من طريق العرف أن المراد أهل العلم دخلوا. ومن وقف على الفقهاء كان على أهل الفقه^(١)، إلا أن يجري العرف بأن غيرهم من أهل القراءة يسمون فقهاء دخلوا الكل^(٢).

مسألة: من وقف شيئاً على أن له الخيار فيه صح الوقف وبطل الخيار.

مسألة: من أوصى بأن يوقف عنه شيء بعد موته فإنه يصح^(٣) ولو كان شيئاً معيناً من ماله، فإن وقفه هو بعد موته بيوم أو أكثر فلعله يكون على الخلاف كما في العتق^(٤)؛ يصح على قول الهدوية^(٥) والمؤيد بالله، خلاف المنصور بالله وأبي حنيفة والتفريعات^(٦).

مسألة: وإن علقه بمشيئة الله تعالى صح، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة والشافعي. قلنا: إلا أن يكون عدم الوقف أقرب إلى الله تعالى لم يصح، نحو أن يكون عليه دين^(٧) أو هو مضطر إلى النكاح^(٨) ولا يجد سوى هذا الذي وقفه.

(١) يعني: أهل الفروع. والنحاة أهل الإعراب. واللغويون أهل اللغة. والمتأدبون أهل النحو واللغة. (بستان).

(٢) وهو العرف الآن.

(٣) عندنا والشافعي، خلاف أبي حنيفة، ذكره في الشرح. (بيان بلفظه من الوصايا من المسألة السادسة قبيل كتاب السير).

(٤) في الفرع الأول من بعد قوله: فصل في التدبير.

(٥) الذي يأتي على المختار عدم الصحة إلا ما خرج مخرج الوصية مطلقاً. (قررو). يعني: من غير تقييد بوقت؛ إذ لا يتخلل ملك الورثة.

(٦) إذا لم يقصد الوصية.

(٧) وهو مطالب به. (زهور، وشرح أزهار) (قررو).

(٨) كأن يخشى الوقوع في المحذور، قاله في الزهور. (قررو).

وهكذا لو قال: إلا أن يشاء الله تعالى.

مسألة: من وقف شيئاً على شخص بشرط أن يكون في بلد معين صح ذلك؛ لأنه لا يملك منه إلا منافعه، والمنافع يدخلها التوقيت، فكأنه جعلها له مهما كان في ذلك البلد، وإذا خرج عنه كان وقفاً انقطع مصرفه^(١)، ومتى عاد إليه عند ثمرة أخرى استحقتها^(٢)، ثم كذلك.

مسألة: ويصح استثناء المنافع والغلات في الوقف لنفسه أو لغيره مطلقاً^(٣) أو مؤقتاً بمعلوم أو مجهول، أو جعلها عن حق واجب عليه، خلاف أحد قولي المؤيد بالله في الكل. قال الفقيه حسن: وهذا حيث بين مصرف الوقف ثم استثنى الغلة أو بعضها، فأما إذا قال: وقفت هذا لتكون منافعه عما علي من الزكاة فإنه يصح وفاقاً.

فرع: وإذا وقف شيئاً على مسجد أو نحوه واستثنى غلاته لنفسه فمتى مات هل تورث عنه أو ترجع للمسجد؟ الأقرب أنها تورث^(٤).

(١) وعليه الأزهاري بقوله: أو شرطه.

(٢) ما لم يقصد الاستمرار. (قرر).

(٣) قلت: أما حيث يتأبد استثناء الغلة فيبطل الوقف؛ إذ من شرطه صحة انتفاع المصرف به مع بقاء عينه، بدليل منعهم وقف ما منافعه للغير. (بحر). وظاهر كلام أهل المذهب صحة هذه المسألة، ولا نسلم عدم انتفاع المصرف، ويمكن الفرق بينها وبين ما لو وقف ما منافعه للغير أنه هنا وقف الرقبة وهي نافعة، والغلة باقية حال وقفه، وإنما خرجت بالاستثناء لمصرف آخر، فكان ذلك كله ثابتاً بالوقف، بخلاف ما تقدم فالغلة مخرجة من قبله، مع أنه قد نظر عدم صحة وقف ما منافعه للغير في تعليق اللمع والزهور. (وابل). ينظر في ذلك؛ إذ العلة أن منافع العين الموقوفة لغير الموقوف عليه على سبيل الاستمرار، وهي حاصلة هنا.

(٤) إلا أن يقول أو ينوي: مدة حياته فلا تورث، بل ترجع بعد موته للمسجد أو علي من وقفه عليه. (قرر).

مسألة: ومن وقف حيواناً على رجل معين ليركب عليه لا غير لم يستحق شيئاً من سائر منافعه^(١)، بل تكون للفقراء^(٢).

مسألة: من وقف شيئاً عما عليه من حق الله وعين الحق فإنه يجزيه^(٣) ويسقط عنه بقدر قيمته^(٤)، خلاف المهدي والإمام يحيى^(٥) فقالوا: لا يصح، بل يباع لقضاء ما عليه. قلنا: ولا تسقط الغلات^(٦) التي تحصل من بعد عنه شيئاً إن سكت عنها؛ لأنها قد دخلت في الرقبة، وإن جعل الرقبة والغلة عما عليه لم تسقط الرقبة عنه إلا بقدر قيمتها مسلوقة المنافع، ثم الغلات من بعد كلما خرج منها شيء إلى مستحقها أسقط عنه بقدره، وما لم يخرج منها إلى مستحقه لم يسقط عنه شيئاً، ولا يحتاج إلى نية^(٧) عند إخراجها، بل نية الواقف كافية. قال الفقيه

(١) وهذا مثل قوله في الأزهار: إلا ما قصره الواقف على منفعة معينة.

(*) كالصوف والولد واللبن، بل تكون لمن خصه الواقف. (بحر معني).

(*) هذا كلام الإمام يحيى عليه السلام، إلا أنه ذكر أن سائر المنافع تكون لمن اختاره الواقف، ولم يذكر أنها تكون للفقراء. (بستان بلفظه).

(٢) وله تعيين مصرفها من بعد. (قررو).

(٣) قال في بيان حثيث: ولو على نفسه أو أصله أو فصله أو غني أو فاسق أو كافر، هكذا بخطه في هامش بيانه. (قررو).

(٤) بمنافعه. (قررو).

(٥) وقد أفتى بقولهما سبعون مجتهداً؛ لأنه وقف وهو مطالب بإخراجها على الفور.

(٦) الأزهار: قيل: ولا تسقط ما أسقطت.

(٧) وقوله في الأزهار: إلا عن حق فيؤجرها منه ثم يقبض الأجرة.. إلخ يقضي باشتراط النية. (قررو). وقواه المتوكل على الله عليه السلام، وقرره الشامي. وظاهر ما يأتي أنها قد أجزت النية من المالك، وهو الأولى. لأن كلام الأزهار مع الاستثناء، وأما هنا فقد دخلت بنية الوقف. ويؤيد هذا ما تقدم في الزكاة في المسألة الثامنة من قبل فصل الفطرة في قوله: مسألة: من مات وله مال وعليه زكاة أو نحوها.. إلخ.

علي: وكذا إذا أعتق رقبة عما عليه من المظالم فإنه يصح ويسقط عنه بقدر قيمتها عند الهادي والمؤيد بالله. وكذا في الوارث إذا وقف أو أعتق من تركة الميت^(١) عما على الميت.

فرع: ومن وقف أو أعتق عما عليه من الزكاة فعلى قول زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله: لا يجزيه^(٢)، وعلى قول الهادي: يجزيه من سهم السبيل؛ لأن ذلك من جملة المصالح. وكذا إذا عمر مسجداً أو حفر بئراً مسبلاً^(٣) عما عليه من المظالم أو من الزكاة على قول الهادي، وله صورتان: إحداهما: أن يعمل ذلك في ملكه أو يشتريه ثم يجعله كذلك عما عليه. والثانية: أن يأمر الأجراء بالعمل وينوي^(٤) أجرتهم عما عليه حتى لا تصير ديناً عليه^(٥)، وينوي عند أن يعطيهم^(٦) أنها عما عليه من حق الله تعالى.

فرع: وهذا كله حيث يجوز الإخراج إلى غير الإمام، فأما حيث يجب إلى الإمام فلا يجزيه ذلك.

فحصل من هذا أن الهادي يميز وقف الرقبة واستثناء الغلة عما عليه من الزكاة ومن المظالم ونحوها، والمؤيد بالله يميز وقف الرقبة عن المظالم ونحوها لا عن الزكوات، وله قولان في استثناء الغلة من الوقف هل كان عن حق أو غيره

(١) حيث أوصى له أو له ولاية.

(*) حيث لا وصي. (قررو).

(٢) لاعتبار التملك في المصرف فيها. (بستان بلفظه).

(٣) يعني: سبله أو حفره بنية تسبيله.

(٤) عند أمرهم. (قررو).

(٥) إذ لو صارت ديناً عليه لم تجزئه عن حق الله تعالى.

(٦) قال في البرهان: ولا بد من نيتين. (قررو).

أو لنفسه أو لغيره. ويتفقون في الكفارات^(١) أنها لا تسقط بالوقف، بل بالغلات^(٢)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله كما مر.

مسألة: ومن وقف أرضه عما عليه من المظالم وسكت عن غلاتها ثم قال من بعد: «يدفع إلى ابنة من غلاتها ما يحتاجه» صح ذلك، ذكره المؤيد بالله^(٣)، فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه مبني على أن الابن فقير، فهو مستحق مثل غيره من الفقراء، وقال ابن الخليل وأبو مضر: بل يؤخذ للمؤيد بالله من هذا جواز نقل مصرف الوقف للواقف إلى حيث شاء، وهو قول الأمير الحسين، وبه قال المنصور بالله، لكنه قال: ومتى مات الواقف عادت الغلة من بعد إلى المصرف الأول. والظاهر من كلام المؤيد بالله في الزيادات عدم جواز ذلك. ويتفقون في غير الواقف أن ليس له نقل مصرف الوقف، ويتفقون حيث الغلة عن حق واجب أن له نقلها؛ لأنها باقية على ملكه^(٤)، وله أن يتنفع بها ويخرج غيرها عما عليه، كما إذا عزل شيئاً من زرعه ليخرجه عن عشره، وكذا المتولي من بعده له نقل الغلة^(٥).

(١) وكذا النذر. (قررو). ولعل الوجه أن المصالح ليست من مصرفها، وقد جعل الوقف عن الحق كالصرف عن الحق في مصلحة؛ ولهذا اشترطت في صحته شروط الصرف في المصلحة. (حاشية سحولي).

(٢) يعني: فيسقط عنه بقدر ما يخرج في المستقبل، خلاف أحد قولي المؤيد بالله؛ لأنه لا يصح عنده الاستثناء. (بستان).

(٣) الظاهر أن هذا مثل قوله في الأزهار: وله بعد أن يعين مصرفها. قال في الغيث: وهذه المسألة مأخوذة من قول المؤيد بالله: لو قال رجل.. إلخ.

(٤) ولعله حيث استثنى الغلة، وأما حيث تبعت الرقبة فليس له أن يتنفع بها وقد جعلها عما عليه من الزكاة، فليس له ذلك. (هبل).

(٥) يعني: التي هي عن حق واجب فللمتولي نقلها. (بستان). والمذهب خلافه.

فرع: وأما حاجة الابن التي ذكر أنه يعطى فهي ما يحتاج إليه للنفقة والكسوة على حسب العادة، قال الفقيه محمد بن سليمان: لنفسه فقط، وقال الفقيه حسن: بل له ولن يتعلق به^(١) حسب العادة.

مسألة: من وقف شيئاً على زيد ثم وقفه ثانياً على غيره، وحكم حاكم بصحة الوقف الآخر، ثم حكم حاكم بصحة الأول - فإنه يكون الحكم الأول أولى؛ لأنه قد وافق قول قائل^(٢).

مسألة: وإذا جعل الواقف للمتولي على الوقف شيئاً^(٣) من غلاته معلوماً أو مجهولاً صح ذلك كما لغيره^(٤)، لكن إن جعله له أجره على التصرف كانت

(١) كخادمه وزوجته وطفله والديه الزميين؛ للعرف. (تذكرة لفظاً).

(٢) يعني: قول أبي حنيفة كما مر، وقول الناصر ومالك أيضاً، وقول من يقول: إن للمالك نقل مصرف الوقف. (بستان).

(٣) تنبيه: قال في تعليق الإفادة: وإذا وقف رجل أرضاً على أن يمسكها فلان يتصرف فيها لنفسه ويخرج في كل سنة قفيزين من غلتها جاز ذلك، فكأنه جعل الفضل له؛ لأن للشرط مسرحاً في الوقف، فإذا شرط ذلك فكأنه استثنى ما فوق القفيزين من الغلة لنفسه، وإذا استثنى لنفسه صح الاستثناء، فكذلك إذا جعل لغيره. قال: وذكر في الزيادات أنه لو وقف أرضاً وجعلها في يد المتولي، وأجاز له أن يأخذ لنفسه شيئاً من غلتها جاز. قلنا: هذا واضح، لكنه ينظر هل جعل ما زاد على القفيزين أجره للمتولي استحق المتولي الأكثر من أجره المثل أو الزائد على القفيزين، أو غير أجره لم يستحق إلا الزائد على القفيزين قليلاً كان أم كثيراً، ولا يضم من سنة إلى سنة أخرى، بل إذا لم يحصل إلا قدر القفيزين لم يستحق شيئاً. ويأخذ من كل ثمرة حصتها إن زرع في السنة مرتين، وإذا أجزت بالدرهم اشترى قفيزين وما زاد فله، وهذه المسألة قد دخلت في عموم قولنا في الأزهار: واستثناء غلتها لما شاء. (غيث بلفظه).

(٤) أي: كما يصح أن يجعله لغير المتولي فكذا يصح له، فإذا جعل له أن يأكل منه أو يأخذ ما أحب صح ذلك. (بستان).

إجارة فاسدة؛ فيستحق الأكثر من أجرة مثله أو القدر الذي شرطه له من الغلة^(١)، ويكون أجيراً مشتركاً إذا قبل ذلك.

مسألة: ومن وقف غلة أرضه أو منفعتها وأراد به وقف رقبته فإنه يصح، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: من وقف داره على النساء صح^(٢)، ذكره المؤيد بالله، قال الفقيه يمين البحيح: لأن ضعفهن وجه قربة، بخلاف ما لو وقف على الرجال مطلقاً فلا يصح. قلنا: ثم لا يسكنها رجل، قال الفقيه يمين البحيح: إلا أن يكون تبعاً لامرأة تسكنها كخادمها أو ولدها أو زوجها جاز، إلا أن يعرف من قصد الواقف انفراد النساء فيها لم يجز لرجل قط إلا بإجارة^(٣)، وتكون الأجرة للنساء^(٤).

مسألة: من وقف أشجاراً أو كروماً في أرضه لم تدخل الأرض في الوقف، بل يكون للأشجار فيها حق البقاء^(٥)، وكذا في الشجر التي امتد الكرم عليها^(٦)،

(١) قال الصعيتري: لأن ما زاد على أجرة المثل كالموصى له به.

(*) وليس كما تقدم في العامل؛ لأنه تقدم فيه أنه يعطى الأقل، وقد ذكره في الأثر، وهنا هو يستحقه من جهة الصرف إليه والوصية له بذلك، ذكره في الصعيتري في مسألة القفيزين. اهـ قد اختير فيما تقدم كلام البيان أنه يستحق أجرة المثل مطلقاً.

(٢) ولا تدخل الفاسقة، كما لو وقف على الفقراء. (قررو).

(٣) في (ب): إلا بأجرة.

(٤) ومن سكنها منهن سكنها بإذن المتولي؛ لأن الولاية إليه. (غيث).

(٥) ومتى زال الشجر الموقوف لم يكن له إعادة غيرها؛ لأنه قد انقطع حقها من الأرض. (قررو).

(*) ظاهر هذا أنها تبقى ولو لم يقل: بحقوقها، وقد قالوا فيما بيع أو استثنى: إذا لم يذكر حقه قطع، فينظر في الفرق؟ ولعل الفرق أنه لا يمكن الانتفاع بالشجر الموقوف ويصح وقفه إلا بالبقاء، بخلاف ما بيع أو استثنى، فينظر. (شامي).

(٦) يعني: فإن الشجر لا يدخل في الوقف، بل يكون فيها حق له. قال الفقيهان علي ويمين

ويكون لمالك الشجر أن يقطعها^(١) ويبدلها بما يقوم مقامها للكرم، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: ولا يصح الوقف على دار أو أرض مملوكة لأدمي^(٢)، ويصح على ما كان لله من مسجد أو منهل أو خانكة أو وقف، وسواء كان الوقف الأول على آدمي أو على غيره، فيصرف غلات الوقف الثاني في مصالح الأول، وما فضل منها فقال المؤيد بالله: إنه يصرف في مصرف الأول^(٣)، وخالفه القاضي زيد^(٤).
فرع: وما يحتاج إليه الوقف لصلاحه وإقامته وما يحتاج إليه من البذر فهو من غلاته ومقدم على مصرفه مطلقاً^(٥)، وإن لم يمكن إصلاحه إلا ببيع بعضه لإصلاح بعض جاز، ذكره المؤيد بالله^(٦). قال الفقيه علي: والمراد حيث يكون

البحيخ: ويؤخذ للمؤيد بالله من تجويزه لقطع الشجر جواز نقل الحق من موضع إلى موضع على وجه لا يضر إذا كان الناقل له مالك الموضع، وقال الفقيه حسن: لا يجوز. (بستان لفظاً).

(١) قال الفقيه حسن: ليس له ذلك، بل تبقى ولا تقطع، وإذا زالت لم يكن له أن يعوض غيرها؛ لأن الحق لها مهما بقيت؛ لأنه قد انقطع حقها من الأرض. (غيث) (قررو).
(*) المذهب خلافه، فلا تبدل ولا تقطع. (قررو).
(٢) وذلك لأنه لا قرابة في ذلك. وقوله: «أو وقف» وذلك لأن القرابة متعلقة به؛ فلهذا صح كالوقف الأول. (بستان بلفظه). ي
(*) لا موقوفة. (قررو).

(٣) فإن قيل: هل يجوز عمارة الثاني بغلة الأول أم لا؟ فالجواب أنه لا يجوز؛ لأنه يبطل غرض الواقف.

(*) وعليه الأزهاري بقوله: وتصرف غلة الوقف.. إلخ.

(٤) يعني فقال: لا تصرف إلا في صلاحه وصالح الأول. (بستان بلفظه).

(٥) يعني: ولو استغرق الغلة. وإنما قدم إصلاحه ليتمكن الانتفاع به. (بستان).

(٦) قوله: «ذكره المؤيد بالله» هكذا ذكره فيمن وقف حانوتين ثم خربت إحداها ولم تمكن

الواقف له واحداً^(١)، والمصرف أيضاً واحداً. ولو كانا أرضين أو دارين فيصلح كل واحدة من غلتها، فإن لم يكن فمن غلة الأخرى، فإن لم تكن فمن رقبتهما^(٢).

فرع: فلو قال: «وقفت على هذا المسجد» فبان خانكة أو العكس صح الوقف عليه^(٣). أو قال: «على هذا الهاشمي» فبان غيره فإنه يصح، إلا حيث قال: «وقفت على هذا على أنه كذا» وبان خلافه فإنه لا يصح^(٤).

مسألة: من وقف أرضاً فيها زرع لم يدخل، فإن قصد دخوله كان إباحة للموقوف عليه. وإن كان فيها شجر دخل، لا الثمر الذي عليه كذلك^(٥). فإن كان الشجر لا يثمر، بل تقطع أغصانه - كالحناء ونحوه والقضب ونحوه - لم تدخل أغصانه الحاصلة فيه، بل ما يحدث من بعد يكون ملكاً للموقوف عليه كالثمر.

مسألة: من اشترى أرضاً أو اتبها أو أحيها أو قطع شجراً ليقفها أو ليجعلها مسجداً أو للمسجد صارت لذلك عند أبي طالب وأحد قولي المؤيد

عمارتها إلا يبيع الأخرى أنه يجوز إذا لم يكن ثمة غلة تعمر منها. (بستان بلفظه).

(١) في صفقة واحدة. (قررو).

(٢) يؤخذ من هذا أن المسجدين إذا كان الواقف لهما واحداً^[١] جاز إصلاح أحدهما بالآخر؛ لأن الواقف والمصرف واحد، مع تعذر إصلاحه من غلاته. (حثير) (قررو). يقال:

المسجد يخالف غيره من سائر الأوقاف فلا ينقل.

(٣) وذلك لأن القرية فيه حاصلة، والإشارة أقوى من العبارة. (بستان).

(*) لا لو انكشف أنه دار مملوكة فيبطل عندنا. (قررو).

(*) حيث في المشار إليه قرية، وإلا لم يصح.

(٤) لأجل الشرط.

(٥) يعني: فلا يدخل، إلا أن يقصد دخوله كان إباحة. (بستان بلفظه).

[١] في صفقة واحدة. (قررو).

بالله والشافعي، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والمنصور بالله حتى يلفظ به. وهكذا فيمن عمر في ملكه بنية المسجد أو قنطرة أو سقاية. قال الفقيه يحيى البحيح: وهذا حكم الباطن، وأما في الظاهر فقد صار لذلك إلا أن يلفظ بأنه ملك له^(١)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: المراد بقولهم: «يصير لذلك» إذا اشتراه أو عمله بنية ذلك، وحيث قالوا: «لا يصير له» المراد به إذا اشتراه أو عمله بنية أنه يجعله لذلك. ولعل هذا هو الأصح^(٢).

مسألة: من وضع شيئاً يملكه في مسجد أو نحوه لمصلحة المسجد فإن بين عند وضعه فيه أنه للمسجد ملكاً أو وقفاً صار كذلك، وإن بين أنه عارية فعارية، وإن لم يبين شيئاً رجع إلى العادة، فما كان يوضع فيه لا للرد صار له^(٣)، نحو أن ينصب عليه باباً، أو يجعل في سقفه جذعاً، أو يفرش فيه حصيراً، أو يعلق فيه سلسلة أو حبلاً، أو يعمل قنطرة أو جسراً^(٤)، أو يصب دهناً في سراجها، ويكون ذلك ملكاً له أو وقفاً^(٥) فيما يصح وقفه على حسب ما نواه. وما

(١) أو تكون عادته أن يعمر ما هو على صفة المسجد ليبيعه. (زهور).

(٢) ويكون تليقاً بين القولين.

(٣) وذلك لأن العرف المطرد في العادة أن من وضع هذه الأشياء في المساجد فإنما يريد بها خروجها عن ملكه. (بستان بلفظه).

(*) الإمام يحيى: فأما استهلاك بني شيبه لأخلاق كسوة الكعبة فلا وجه له في الشرع؛ إذ هي كبسط المسجد ونحوها. قلت: الأقرب أن كسوة الكعبة غير مسبلة؛ إذ لم يقصده الكاسي؛ لمعرفته استهلاكها بعد الحول مستمراً، بخلاف البسط ونحوها. فأما وضع السراج ونحوه مما ينقل في العادة بعد وضعه فليس تسيلاً اتفاقاً. (بحر بلفظه).

(٤) قال في الضياء والصحاح: القنطرة والجسر شيء واحد، وهو ما يعبر عليه. ويجوز في الجسر فتح الجسيم وكسرها. وقيل: القنطرة: المحمولة على الماء، والجسر على غير الماء.

(٥) مع النية للوقف، وإلا كان ملكاً للمسجد. (قرر).

(*) فيما عدا الدهن.

كان يوضع فيه للرد والاسترجاع كالسلم والقنديل والسراج والكوز ونحوه فهو عارية.

مسألة: وإذا خلت بلد المسجد أو خربت فلا يصلي فيه أحد لم يتغير حكمه، ولا يجوز هدمه، ولا تحويل غلاته^(١) وغلات أوقافه إلى غيره إلا على قول من أجاز نقل المصالح من بعضها إلى بعض عند الاستغناء^(٢)، وهو الإمام يحيى والإمام علي بن محمد، وهو مخرج للسيدتين تخرجاً قوياً^(٣)، ولعل ما ذكره في اللمع من حفظ الغلات حيث يكون المسجد محتاجاً إليها. وهذا في غلات ما وقف على المسجد أو اشتري من غلاته أو التبس حاله، فأما ما وقف لتطعم غلاته في المسجد أو ليتنفع به فيه فإنه يكون وفقاً انقطع مصرفه إذا لم يوجد من ينتفع به فيه^(٤). وقال في الوافي والقاسم^(٥) والإمام يحيى: يجوز نقل المسجد من موضعه إلى موضع آخر^(٦) إذا كان فيه مصلحة^(٧). وهو يدل على أنهم يميزون

(١) وعليه الأزهاري بقوله: ولا تحول آتاه.. إلخ.

(٢) لا حاجة إلى ذكر الاستغناء.

(٣) من قولها: إنه يجوز بناء المسجد في حق عام بإذن الإمام. (بستان).

(٤) والمختار لا يبطل؛ لأن المصرف باق، وعليه الأزهاري بقوله: ولا يبطل المصرف بزواله^[١]. اهـ وقواه المتوكل على الله ﷺ.

(٥) وقواه الإمام شرف الدين.

(٦) يعني: بأن يباع ويشترى موضع آخر ويسبل مسجداً.

(٧) وذلك كما نقل الصحابة المسجد [الذي كان في الكوفة] إلى جنب بيت المال عند خوفهم عليه. قال ﷺ: ويجوز صرف فضلات أموال المساجد في جهتين: إحداهما: الجهاد، فلإمام أخذها يستعين بها؛ لأن ذلك من مصالح الدين، بل أعلاها وأولاها. وثانيتها: إلى العلماء والمتعلمين وإحياء التدريس؛ لأنها موضوعة للمصالح، وأقوى المصالح هاتان الجهتان. قال المهدي ﷺ: وهذا بناء على جواز نقل أموال المصالح إذا فضلت. (بستان).

[١] فينقل إلى غيره، وهو الذي ذكره في الصعيتري وشرح الفتح.

نقل المصالح من مصلحة إلى أخرى.

مسألة: وتكره كتابة الأشعار والأمثال في جدار المسجد^(١)، وكذا تعليق أوراق الحج^(٢) فيه^(٣)، وهي باقية على ملك مالكها.

مسألة: إذا خرب المسجد وبقي قراره وترجى إعادته^(٤) أو الصلاة فيه فحكمه باق^(٥)، ويجب حفظ غلاته وأمواله، إلا ما خشي فساده^(٦) فيباع أو يقرض من وفي أو في رهن، فإن لم يمكن شيء من ذلك وخشي تلفه فإنه يتصدق به أو يصرف في مصلحة، كمال الغير إذا بلغ ذلك الحال. وإن خرب^(٧) بحيث لا ترجى إعادته ولا الصلاة فيه صار وقفاً انقطع مصرفه، وكذلك أوقافه على الخلاف الذي تقدم، وتصير أملاكه للمصالح وفاقاً، ويجوز بيعه^(٨) للمصالح

(١) وذلك لأنه لا مصلحة في ذلك ولا حاجة إليه، وكذا تعليق أوراق الحجج لما ذكرناه، ولاشتغال المصلي بالنظر إليها لما فيها من النقوش، وقد كره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصلاة في كساء له كان ملوناً بالأصباغ وعليه. والأوراق باقية على ملك الأجير أو المستأجر إن أعطاه الأجير إياها فعلقها، فيؤذن المالك في صرفها في مصالح المسجد إن علم، فإن جهل فليبت المال. (بستان بلفظه).

(٢) في (ب): الحجج.

(٣) وإذا أخذها أخذ برئ بردها إلى المسجد. (معيار).

(٤) وظاهر الأزهار في قوله: «ولا تحول آلاته وأوقافه بمصيره في قفر ما بقي قراره» عدم اشتراط الرجاء. (تهامي) (قرود).

(٥) هذا على كلام أهل المذهب، وقال الثوري: يجوز بيعه ويعمر بثمنه مسجد آخر في العمران؛ لبطلان منفعته، كفرس شاخ. قلنا: الصلاة ممكنة فيه فافتراقاً. (بستان).

(٦) هذا شرط لبيع الوقف، وأما بيع ملك المسجد فالمصلحة كافية وإن لم يخش عليه الفساد.

(٧) حتى [حيث (نخ)] ذهب قراره. (قرود).

(٨) أي: المسجد.

على قول المؤيد بالله. قال الفقيه علي: وحكمه باق فلا يدخله الجنب^(١) حتى يباع^(٢).

فرع: فأما الدار أو الحانوت الوقف إذا خربت ولم يمكن إصلاحها من غلاتها ولا بيع بعضها فإنها تباع؛ لأنه بطل الانتفاع بها في المقصود، ويكون ثمنها للموقوف^{قوي} عليه^(٣) أو ورثته، فإن عدموا أو لم يعرفوا فللواقف أو ورثته، وإن لم يلفقراء. وعند المؤيد بالله أنها تكون للمصالح مطلقاً. وهذا بخلاف المسجد إذا خرب^(٤)؛ لأن المقصود به الصلاة، وهي ممكنة.

فرع: وهكذا في الأرض الموقوفة إذا خربت أو صلبت بحيث لا يرجى صلاحها ولو ببعضها فإنه يجوز بيعها كذلك.

فرع: وإذا صرف المتولي غلات المسجد إلى غيره بعد خرابه واليأس من إعادته ثم إنه أمكن إعادته ففي وجوب الضمان عليه احتمالان^(٥)، رجح الفقيه

(١) لعله حيث بقي شيء من الموقوف، أو بناء على أن التخوم ملك. (إملاء مفتي).

(٢) للمصالح على قول المؤيد بالله، وللواقف أو وارثه على قول الهدوية.

(٣) وفي الأزهار: وما بطل نفعه في المقصود بيع لإعاضته. وقرره السيد أحمد الشامي. (قرر).

(٤) وسيأتي^[١] في بيع بعضه لإصلاح بعض أنه يجوز.

(٥) الاحتمالان لأبي مضر، أحدهما: لا يضمن ما صرف؛ لأنه فعل ما يجب عليه. والثاني: يضمن، كالوصي إذا أنفق على الأيتام ثم تبين على الميت دين يحيط بهاله، فإنه يضمن ما أنفق عليهم. (بستان). وهو يمكن الفرق بأن يقال: هو غير متعد في الابتداء ولكن عرض التعذر من بعد، وفي مسألة الوصي هو متعد لكن جهل^[٢]. وقد يقال: أما إذا صرف لخشية الفساد فلا شيء عليه كما قالوا في اللقطة، وأما إذا صرف لليأس ثم عاد المسجد أو القرية فإن حكمه حكم الوصي يلزمه الضمان وكاللقطة.

[١] في قوله: فرع: وإذا عرض ما منع إعادته.. إلخ. في الفرع الثالث بعد هذا.

[٢] في الفرق نظر؛ لأنه تبين أن اليأس لا حقيقة له، والمسألان سواء، والحكم واحد.

يحيى البحيح الوجوب^(١).

مسألة: ومن أراد نقض المسجد لإعادة أكبر منه للحاجة إليه فإنه يجوز إذا غلب بظنه أنه يمكنه إعادته، فإن كان الإنفاق على ذلك من غير مال المسجد فلا بد أن يكون له في ذلك مصلحة^(٢)، نحو أن يكون يؤدي إلى كثرة المصلين فيه وأهل الذكر. قال المؤيد بالله والمنصور بالله: وليس لمتولي المسجد أن يمنعه من ذلك^(٣)، وقال ابن الخليل والفقهاء: لا يجوز ذلك إلا بولاية. ويتفقون أنه إذا كان الإنفاق عليه من مال المسجد أنه لا يجوز إلا بولاية. قال الشيخ عطية: وهكذا في الوقف إذا أراد أحد من المسلمين أن يزيد فيه وكان على المسلمين أو على الفقراء.

فرع: وإذا عرض ما منع من إعادته لم يضمن الناقض على الأصح^(٤)، وإن أمكن إعادة أدون منه قدرأ أو صفة وجب. وكذا فيما خرب بغير عناية^(٥).

(١) قواه الهبل، كما لو صرف اللقطة ثم وجد المالك.

(٢) وفي الكواكب: إذا كان من غير مال المسجد جاز مطلقاً وإن لم يكن فيه مصلحة. اهـ وظاهر الأزهار خلافه. (قررو).

(٣) يعني: حيث الإنفاق من مال الناقض أو من بيت المال أو من المسلمين^[١]، فإن منعه أبطل الحاكم ولايته. وهكذا في البحر والانتصار أنه يجوز ذلك لكل أحد كما لكل أحد الابتداء، والقول الثاني كما ترى. (بستان بلفظه).

(٤) هذا ذكره الفقيهان محمد بن سليمان وحسن. وقيل: إنه يضمن، كما إذا أنفق الوصي مال الميت على أولاده الصغار ثم ظهر عليه دين فإنه يضمن. وهو يمكن الفرق بأنه هنا غير متعد في ابتداء الأمر لكن عرض التعذر من بعد، وفي مسألة الوصي هو متعد لكن جهل. فلو كان التعذر لإعساره ثم أيسر من بعد لزمته الإعادة. (كواكب).

(٥) يعني: فلا يمنع من إعادته.

[١] ولا يعتبر أخذ الولاية هنا. (قررو).

ويجوز بيع بعضه لإصلاح بعض^(١) حيث لم يمكن إلا بذلك.
فرع: وإذا أعيد المسجد أوسع من الأول فقال أبو طالب: يجوز أن يصرف في
 الزيادة من غلات الأول^(٢)، وقال الأستاذ: لا يجوز^(٣).

مسألة: وإذا خلت بلد المسجد وخشي على أبوابه أو فراشه أن يؤخذ فقال
 المنصور بالله: إنها تترك، وإذا أخذت أعيد بدلها، يعني: من مال المسجد، وقال
 الإمام يحيى: إنها ترفع عنه^(٤) وتصرف في غيره^(٥)؛ لأن بقاءها إضاعة مال فإن
 تركها المتولي حتى أخذت ضمنها^(٦).

مسألة: من كان له ولاية جاز له غسل فراش المسجد^(٧) إذا كان فيه صلاح
 وترغيب لمن يحضره، كسائر ما يفعل فيه من المرغبات للحضور، وأما بغير ولاية
 فلا يجوز إلا إذا علم بنجاسة فيه أو غلب ظنه بها على قول المؤيد بالله^(٨).

(١) وظاهر هذا وإن لم يكن في صفقة واحدة. وفي بعض الحواشي: حيث المسبل واحد في
 صفقة واحدة.

(٢) إلا للقصر. (شرح فتح) (قررو). لأنه يصح القصر في الوقف والوصية.

(*) وعليه الأزهار: ويشرك اللحيق في المنافع.

(٣) قلنا: كسائر مصالح المسجد، كبيت الخلاء ونحوه. (بستان بلفظه).

(٤) ولعله يؤخذ من قصة الخضر عليه السلام في مسألة السفينة. قلت: ولعله يقال: ذلك رعاية لحق
 الآدمي [في] [١] الذي يخشى عطبه.

(٥) المذهب أنه يجب حفظها حتى يذهب قرار المسجد، فإن خشي فسادها باعها وحفظ
 ثمنها، وبعد أن يذهب قراره يكون الحكم ما تقدم. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث
رحمته الله).

(٦) للمصالح على قول المؤيد بالله، وللواقف ووارثه على قول الهدوية.

(٧) يعني: من غير نجاسة فيه. (بستان بلفظه).

(٨) وأما على قول الهدوية فلا بد من العلم.

وتحريمه، ذكره الفقيه علي، وقال الفقيه حسن: لا يجوز إلا بولاية إذا أمكنه أخذها^(١).

مسألة: ومن نجس فراش المسجد^(٢) فعليه غسله بنفسه^(٣) أو بغيره؛ لأنه إزالة منكر، بخلاف من نجس ثياب غيره فلا يلزمه إلا ما نقص من قيمتها^(٤). ويلزمه ما نقص من قيمة الفراش بالتنجيس والغسل^(٥) إذا كان منه تعد في سبب ذلك أو كان بفعله، نحو أن ينام في المسجد لغير عذر، وإن كان غير متعد

(١) إلا لمفسدة كثوران فتنة أو حصول تهمة فيتولاه بنفسه. (قررد).

(٢) ولو غير مكلف. (قررد).

(٣) فإن علم أن مذهب المتولي طهارة النجاسة لم يجب إعلامه، فالعبرة حينئذ بمذهب المتولي وبمذهب أهل جهته. (قررد). ويغسله هو، ويلزمه أرش النقص والأجرة على المقرر. (قررد).

(*) ولا بد من الولاية. (قررد).

(*) لا بد من الولاية. من المتولي، فإن لم يأذن لم يغسله إلا أن يترأخى المتولي. (شرح أزهار). بأن يحشى أن يصلي فيه مصل أو تلبس أو يدخل وقت الصلاة. (قررد). فلو كان المتولي غائباً وخشي تعدي النجاسة أو تلبس قبل حضور المتولي وجب عليه غسله، وتسقط عنه الأجرة، ويلزمه أرش النقص. (قررد).

(٤) ينظر في الفرق بين فراش المسجد وثوب الغير حيث لزمته الأجرة في فراش المسجد لا في ثوب الغير. في بعض الحواشي: في فراش المسجد فساد يجب إصلاحه، بخلاف ثوب الغير فجنائية يجب أرشها، وهو ما نقص بالتنجيس وبالغسل لأجله، ولعله كاف في الفرق. (شامي).

(٥) ويكون أرش التنجيس وأرش نقص الغسل للمسجد، وأجرة الغسل حيث الغاسل المنجس أو غيره بغير إذن كالمظلمة. (حاشية سحولي) (قررد). ويكون المسجد أخص بها. (قررد).

(*) فيضمن ما نقص من قيمته متنجساً وغير متنجس ومغسولاً وغير مغسول؛ لأن ذلك جنائتان. (تهامي).

—نحو أن ينام فيه لعذر— فإن بال فيه ضمن؛ لأنه بفعله^(١)، وإن كان بغير فعله كالاحتلام^(٢) والرعاف ففي وجوب الضمان عليه تردد^(٣)، رجح الفقيه يوسف عدمه^(٤).

مسألة: من أتلف شيئاً من فراش المسجد أو أبوابه أو أخشابه أو كتبه أو غيرها: فإن كان ذلك ملكاً للمسجد—نحو أن يكون مشترى له من غلات أو قافه أو أملاكه أو موصى له به أو مندوراً به عليه— ضمن قيمته، ودفعتها إلى المتولي ليصرفها في مصالح المسجد، وليس له أن يصرّفها هو بنفسه في المسجد إلا إذا له ولاية، ولا يجزئه أن يقف شيئاً على المسجد بدلاً عن ذلك إلا مع الولاية^(٥) والمصلحة للمسجد، وكذا إذا وضع في المسجد عوضاً عن القيمة من فراش أو مصحف أو نحوه. وإن كان ذلك وقفاً على المسجد فهو مخير بين أن يدفع قيمته إلى المتولي ليصرفها في مصالح المسجد وبين أن يقف^(٦) شيئاً قيمته تساوي قيمة الذي أتلف على المسجد^(٧) بدلاً عما عليه من القيمة^(٨)، ولا يحتاج

(١) وجناية النائم مضمونة وإن سقط الإثم. (برهان).

(٢) والبول في حال النوم كالاحتلام.

(٣) يحتمل أنه لا يضمن، كمن استعار ثوباً وتنجس عليه من غير تفريط منه، ورجحه الفقيه يوسف، ويحتمل أنه يضمن؛ لأنه إنما أبيع له الوقوف والنوم دون التنجيس. (بستان).

(٤) وفي الغيث: يضمن، واضطراره لا يبطل ضمانه. وهو الذي في الأزهار.

(٥) على قول أبي مضر.

(*) المختار أنه لا يصير وقفاً إلا على قول أبي طالب.

(٦) لأنه صار في يده كالمظلمة، فيقف ما شاء على ذلك المصرف، فكأنه وقف ملكاً.

(٧) ولا يحتاج في ذلك إلى ولاية. (كواكب).

(٨) فإن قلت: إذا كان الموقوف عليه يستحق القيمة على المتلف فهلا تعين ذلك ولم يصح منه أن يشتري به شيئاً يقفه على الصرف؛ لأنه إذا فعل ذلك فلم يدفع القيمة، وهو يستحقه. قلت: لم نقل: إن الموقوف عليه يستحق القيمة، بل قلنا: إذا أراد المتلف صرف القيمة

فيه إلى إذن واقف الأول^(١)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله. وعلى قول المؤيد بالله تكون القيمة للمصالح، لكن وضعها في ذلك المسجد أحوط؛ لأنه من المصالح. **مسألة:** وإذا أبدل باب المسجد أو شيء من أخشابه بأجود منه وبقي الأول لا حاجة للمسجد فيه جاز بيعه له، قال الفقيه يحيى البحيح: ولو كان وقفاً^(٢)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: إذا كان ملكاً، لا إن كان وقفاً إلا أن يحشى تلفه.

فرع: وما التبس الحال فيه هل هو وقف على المسجد أو ملك له فقال الفقيه محمد بن يحيى: **الظاهر** أنه ملك، وقال الفقيه علي: **الظاهر** أنه وقف^(٣).

مسألة: يجوز إيقاد النار في المسجد لشدة البرد إذا كان فيه ترغيب للحضور ولو سود بياضه^(٤) وصباعه إذا كان الأكثر^(٥) لا يحضرون إلا بذلك، وإن تطاير

فالموقوف عليه أحق بها من غيره، فأشبه ميراث ذوي الأرحام وما يأخذه من أعتق قبل أن يحاز مال مورثه إلى بيت المال. وإذا أراد المتلف أن يشتري به شيئاً يقفه عليه أجزأ؛ لأنه قد أوفاه ما يستحقه؛ لأنه إنما يستحق منافع تلك العين شيئاً فشيئاً لا عينه، وقد حصل له ذلك وبرئت ذمة المتلف؛ لأنه قد عوض رقبة إلى ملك الله تعالى عوضاً عن تلك الرقبة، وصير إلى الموقوف عليه ما يستحقه من المنافع. (غيث بلفظه).

(١) مذهب عن التهامي والمفتي.

(٢) لأنه قد انتهى إلى حال لا ينتفع به في الوجه المقصود؛ إذ لو لم ينته إلى هذه الحالة لم ينقل، فالخلاف في الحقيقة مرتفع. (غيث بالمعنى). وقيل: بل يكون الاستغناء عنه كبطلان المقصود. (من خط المفتي).

(*) قال القاضي عبدالله الدوراني: وهكذا كل شيء وقف عليه ووقع الاستغناء عنه فيحتمل جواز بيعه كما ذكره الفقيه يحيى البحيح. (قررو).

(٣) قوي؛ لأنه الأغلب. (مفتي). لندور اكتساب الأول.

(٤) قال **عليه السلام**: فلو أمكن الإيقاد بالفحم دون الحطب فهو أولى؛ إذ لا ضرر فيه. (بستان).

(٥) بل ولو واحداً. (مفتي).

شيء من شررها فأحرق في فراش المسجد أو في غيره لم يضمه الموقد^(١) إذا فعل المعتاد؛ لأنه غير متعدد بالسبب، ذكر ذلك في شمس الشريعة^(٢).

مسألة: وما اشتراه المتولي للمسجد من غلة أو قافه فقال أبو طالب: يصير وقفاً، وقال أبو مضر: لا يصير وقفاً إلا أن يقفه المتولي^(٣)، وقال ابن الخليل: لا يصير وقفاً ولو وقفه^(٤)؛ لأنه غير مالك له. هو القوي.

مسألة: وما وقف على المسجد عموماً أو نذر به عليه أو أوصي به له أو لمصالحه أو لمنفعته أو لحياته أو لعمارته فإنه يصرف في مصالحه كلها، وهي ما يرغب في الحضور للطاعات، إلا أن يريد بالعمارة عمارة الجدران والسقوف صرف فيها. وما عين من ذلك لمنفعة مخصوصة^(٥) تعين لها ولم يصرف في غيرها، قال المنصور بالله والفقهاء محمد بن سليمان: إلا أن يفضل عنها ويستغنى عنه صرف في غيرها^(٦).

فروع: ومن جملة مصالح المسجد ما يرغب أهل القراءة والتدريس من الإنفاق عليهم والفرش لهم والتسريح في منازلهم، واتخاذ البئر والبركة^(٧)

(١) حيث لم يعلم، أو علم ولم يتمكن من دفع الحريق. (مفتي).
(٢) ولعل المراد حيث تطايرت النار بغير نفخه لها، فإن كان به ضمن؛ لأنه مباشر. (كواكب).
وإن فعل المعتاد. ومثله عن سيدنا عامر. يقال: أما إذا فعل المعتاد فلا ضمان؛ إذ لا يحصل المقصود إلا بذلك، وقد أذن له الشرع، كمن أفضى زوجته بالمعتاد.

(٣) قوي، واختاره صاحب الأثرار، وقواه الشامي.

(٤) وعليه الأزهاري بقوله: ولا يصير وقفاً.

(*) بل ملكاً للمسجد يجوز بيعه له للحاجة. (غيث) (قررو).

(٥) فإن التبس على أي وجه وقف على المسجد فالظاهر أنه وقف مطلق على المسجد فيجوز في جميع مصالحه. (زهور).

(٦) قوي، وصرح به في الأثرار.

(٧) بكسر الباء وسكون الراء. (ديوان).

والمطاهر والمشاعل^(١) والدلاء وبيت الخلاء إذا كانت منفعته أكثر من أذيته وغير ذلك مما يرغب في الحضور. فأما كسوة الجدران فهي محظورة^(٢) في المساجد وغيرها؛ لقوله ﷺ: ((لا تستروا الجدران بالثياب^(٣)))، قلنا: إلا كسوة الكعبة فهي قديمة وقد قررها الشرع، فيتعهدها الإمام من بيت المال^(٤).

فروع: ومن جملة مصالح المسجد تخصيصه بغير زينة، وقضاضه وتطيبه^(٥)، واتخاذ منارة للأذان إذا لم يكن فيها مضرة بالمسلمين، قال المؤيد بالله: وإذا خربت المنارة جاز صرف آلتها في المسجد إذا كانت من جملته، قال الفقيه محمد بن سليمان: يعني: إذا عمرت من ماله، وقال الفقيه علي: يعني إذا كان العامر لهما واحداً. والأقرب أن مراده إذا كانت فيه فهي من جملته، لا إن كانت خارجة عنه، إلا أن تعمر من ماله فهي له.

فروع: ولا يعتبر إذن المتولي في الانتفاع المعتاد بالمشاعل والفراش ونحوها مما هو غير ممنوع، بل فيما هو ممنوع.

(١) الدلاء، وهي الآنية من الجلود.

(٢) وفي بعض الحواشي: إن قصد التجمل جاز، ما لم يقصد المفاخرة.

(٣) وقد ورد النهي في ذلك بقوله ﷺ: ((إن الله لم يأمركم فيما رزقكم أن تكسوا به اللبن والحجارة)). (غيث).

(٤) لأن ذلك تعظيم، وفي الحديث عنه ﷺ: ((إذا كان يوم القيامة جيء بالكعبة تزف كما تزف العروس، تشهد لمن طافها وعظمها)) وتعظيمها بالكسوة من زمن الجاهلية، وكسيت أولاً بالحصير ثم بالثياب الصفر، ثم من أيام الخلفاء إلى الآن بالديباج الأسود المفضض. (غيث). وقد قررها الشرع فصارت من أعظم المصالح وأقواها، فإذا كسيت بمظلمة ملتبسة لم يجوز نزعها؛ لأنها صارت في مصرفها. وعلى الإمام معاهدتها بالكسوة؛ لقوله ﷺ: ((إن الله عظيمك وشرfk، ولكن حرمة المؤمن أعظم عند الله منك)). (بستان).

(٥) ساعنا فيه بالنون وبالباء بنقطة من أسفلها، فبالنون المراد تقويتها بالطين، وبالباء الطيب؛ لعادة المسلمين بذلك، وعمدتهم فيه حديث النخامة كما مر في شروط المسجد. (بستان لفظاً).

فروع: وما كان معيناً للطعم في المسجد فإنه يعمل فيه بالعرف والعادة فيمن يطعم^(١) وفي قدر ما يطعم وصفته ومكانه، وفي كونه يطعم إباحة أو تملكياً.

مسألة: ومن أبيح له الوقوف في المسجد من معتكف أو قارئ أو منتظر لصلاة أو مستمع قراءة أو مضطر إليه جاز له الأكل^(٢) فيه وعلى سراحه، ومن لم يجز له الوقوف فيه لم يجز له الأكل فيه. ولا يجوز فيه فعل ما هو مباح^(٣) إلا أن يكون تبعاً لطاعة، ومن جملته النوم فيه وقراءة الأشعار والروايات وعلم الطب والهندسة^(٤)، وكذا علم اللغة والعربية إذا قصد معرفتهما فقط^(٥).

(١) هل الفقراء أو الضيف مطلقاً، وفي قدر ما يطعم هل قليل أم كثير، عونة أو عونتين أو أكثر. وفي صفته هل يسلم إليهم الحب أو طعام مصنوع، وهل بإدام أم لا. وفي مكانه هل داخل المسجد أو على بابه أو في منزله. وفي كونه يطعم إباحة أو تملكياً، فإن كان إباحة فلا يجوز له أن يطعم منه غيره، وإن كان تملكياً جاز، وقد قال الفقيه محمد بن يحيى: يجوز لمن أعطي شيئاً من ذلك أن يطعمه غيره، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا يجوز، وقال الفقيه يوسف: يعتبر بالعرف. وبني عليه في الكتاب، والله در صاحب الكتاب في هذه العبارة، فلقد انطوى هذا الكلام القليل على معنى جليل. (بستان بلفظه).

(٢) قال الإمام يحيى: وله نصب المائدة والسفرة حذراً من تلوث المسجد بفتات العيش. (هامش بحر من الاعتكاف).

(٣) وتلزمه الأجرة للبهه إذا كان له قسط من الأجرة، وسواء اشتغل حال وقوفه بشيء أم لا. (دواري) (قررو).

(٤) قلت: وفيه نظر، أما علم الطب فإنه مما ندب الشرع إلى تعلمه لحفظ الصحة، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((تداووا؛ فما أنزل الله من داء إلا وله دواء إلا السام والهرم)) والأمر باستعمال الدواء أمر بمعرفته؛ لأنه لا يمكن استعماله إلا بعد معرفته، فإذا كان الأمر به شرعياً لم يكن من المباح، بل من المندوب إن لم يكن واجباً. وأما الهندسة والحساب فإذا أريد بمعرفتهما ما تعود مصلحته على المسلمين كقسمة الموارث ومساحة الأرض جاز أيضاً. (غيث).

(*) علم النجوم. وقيل: علم المساحة.

(٥) لا ليستعين بها على معرفة كتاب الله تعالى وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فيجوز؛ لأنه قربة.

(*) لا فرق بين القصد وغيره؛ لأنه ثمرتها وموصل إلى ذلك. (قررو). ولفظ شرح الأزهار: وإن كان قصده الاقتصار على معرفتها فهذا محل النظر، يحتمل أن يجوز؛ لأن ذلك آلة للقرآن. (بلفظه).

مسألة: ومن ابتدأ التسريح من سقاء المسجد لما لا يجوز فيه ضمنه، لا إذا كان المسرح غيره فلا يضمن ويأثم^(١). وإن وضع المتولي السقاء ثم أعلق النار غيره ضمن المعلق، فلو كان الواضع له غير المتولي وأعلق النار غيره فهما ضامنان^(٢)، والقرار على المعلق للنار^(٣).

فرع: وإذا خرج المصلون وأهل الطاعة من المسجد وجب إطفاء سراج^(٤)؛ لأن في بقاءه إضاعة ماله، ذكره المؤيد بالله^(٥) وقال المنصور بالله: لا يجب؛ لأن في بقاءه تعظيماً للمسجد. وكذا يأتي الخلاف في التسريح في مسجد لا يصلى فيه إذا كان من ماله.

مسألة: من وقف أو نذر أو أوصى للمسجد ولم يعين مسجداً فقال المؤيد بالله: يصرف إلى أي المساجد شاء، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: إلى المسجد المشهور في بلده^(٦)، ثم الذي يعتاد الصلاة فيه، وإن لم يكن فإلى أيها شاء.

(١) لفعله ما لا يجوز في المسجد.

(٢) وأما ضمان الفتيلة فعلى المعلق اتفاقاً. فإن التيس أيهما المتقدم فنصفان، فإن التيس المتقدم بعد أن علم فلا شيء؛ لأن الأصل براءة الذمة. (شامي) (قررو).

(٣) وذلك لأنه المستهلك له حيث أعلق بعد صب السقاء. (بستان). وإلا فعلى الصاب.

(٤) ويتعين على الآخر إن لم يحضر المتولي. (بستان) و(قررو). وإن لم يفعل أثم ولا ضمان عليه. (قررو).

(*) ولا يضمن السقاء إن لم يطفئ السراج؛ لأن المتولي لا يضمن إلا ما قبض. وغيره بالأولى.

(٥) وقال أبو مضر: إن كان [وهو ظاهر الأزهار فيما تقدم] من ملكه أطفئ، وإن كان من نذر أو وصية للتسقية ترك ولو إلى الصباح؛ للعرف بذلك. قلنا: إضاعة مال، وقد نهي عنه؛ فلا يجوز مطلقاً. (بستان بلفظه). وقوى المؤلف قول أبي مضر.

(٦) وعليه الأزهار في النذر: والمسجد للمشهور.

فصل: [في تقسيم الولاية]

والولايات على ضربين: أصلية ومستفادة، فالأصلية^(١) ولاية الإمام والأب والجد والواقف والوارث والقاضي من جهة الصلاحية والمحتسب من جهة الصلاحية. وأما المستفادة فهي ولاية الوصي والقاضي من جهة الإمام أو النصب على قول المؤيد بالله، والمحتسب على قوله أيضاً، والمتولي من جهة الإمام أو الحاكم أو الواقف. **فرع:** والمحتسب هو حاكم وزيادة، وهو من يقوم بما يقوم به الإمام غير الأربعة المختصة بالإمام، وهي: الحدود، والجمعات، والغزو، وأخذ الواجبات قهراً، ذكره المنصور بالله، وقال القاضي جعفر والأستاذ وابن شروين^(٢): إن له أخذها قهراً. ويعتبر فيه أن يكون يصلح للقضاء ولو لم يكن مجتهداً^(٣)، ولا يجب أن يكون فاطمياً. ولا يصح محتسبان^(٤) في بلد واحد. وليس له أخذ أموال الناس قهراً لإظهار الدين، بل للدفع عنهم، ولا يقاتل على الأمر بالمعروف، بل على إزالة المنكر. وتبطل ولايته بقيام الإمام^(٥)، ذكر ذلك المنصور بالله. قال الإمام يحيى: ويعتبر فيه العقل الوافر والورع الكامل وجودة الرأي والتدبير.

مسألة: وأهل الولايات ونحوها^(٦) يختلفون، فمنهم من تعتبر فيه حقيقة

(١) الأصلية: هي التي لا تستفاد من جهة أحد، وإنما تثبت من جهة الله تعالى. والمستفادة: هي الحاصلة من جهة الغير. واعلم أن الولاية هي حصول المكلف على صفة لولاها لم يكن له الفعل. (بستان). الذي يظهر - والله أعلم - أن الحصول سبب الولاية وأنها أمر مرتب عليه. (سماح شامي).

(٢) بفتح الشين وسكون الراء وكسر الواو، هكذا وجدته في الحدائق من خط القاضي عبدالله بن مفتاح، وروي بكسر الشين.

(٣) بناء على أنه لا يشترط في الحاكم الاجتهاد، وسيأتي في القضاء أنه شرط.

(٤) وظاهر الأزهار أنه يصح في قوله: ولا يصح إمامان.

(٥) ظاهره ولو في غير بلد ولايته.

(٦) يعني: الشاهد وإمام الصلاة وأمير السرايا.

العدالة^(١)، وهو الإمام والحاكم والمحتسب والشاهد. ومنهم من يكفي فيه ظاهر الإسلام، وهو إمام الصلاة^(٢) والكفء في النكاح، فلا يجب البحث عن حالها وإن اختلف حكمهما في الفسق الخفي، فهو يمنع الصلاة لا الكفاءة. ومنهم من تعتبر فيه الأمانة فقط، وهو المصدق^(٣) وأمراء السرايا والأب والجد على الأصح^(٤)، وكذا الواقف على الأصح، وكذا الوارث^(٥). ومنهم من هو مختلف فيه، وهو الوصي والمتولي على المساجد والأوقاف والأيتام ونحو ذلك، فعند الهادي والشافعي وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب: أنها تعتبر فيهم العدالة وتبطل ولايتهم بفسقهم، وعلى أخير قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة وأحد قولي أبي طالب وأحد قولي المنصور بالله: أنها تعتبر فيهم الأمانة فقط، فتبطل ولايتهم وغيرهم بالخيانة، لكن قال فقهاء المؤيد بالله: فيما خان فيه فقط، وقال الفقيه حسن: بل في الكل^(٦).

مسألة: وإذا بطلت الولاية بالفسق أو الخيانة ثم تاب فمنهم من لا تعود ولايته إلا بتجديدها بعد الاختبار^(٧) أيضاً، وهو القاضي المنسوب. ومنهم من

(١) يعني: الاختبار أو تواتر عدالته.

(٢) والمؤذن والمقيم. (قررو).

(٣) عند من جعله ولياً، والأظهر أنه وكيل. (بيان من الزكاة).

(٤) المختار اعتبار العدالة في الأب والجد والواقف. (قررو).

(*) الأزهار خلافه.

(٥) يعني: فله قضاء الدين واقتضائه ولو فاسقاً إذا كان أميناً. (برهان). وفي الفتح: لا بد أن يكون فيه صفة الوصي.

(٦) لأن من خان في شيء لا يؤمن أن يخون في الباقي. قال الإمام المهدي عليه السلام: والخيانة هي التعدي في القدر الذي لا يتسامح به في المال. (برهان).

(*) على أصلهم. وكذا على أصلنا في كل ولي خان. (قررو).

(٧) سنة. (وابل) (قررو).

تعود ولايته بالتوبة، وهو الأب والجد والواقف والوارث ولو قد حكم حاكم بعزله، خلاف أبي مضر. ومنهم من يفصل فيه، وهو الإمام، فإن كان فسقه خفياً^(١) عادت ولايته بالتوبة؛ لأجل الضرورة والحاجة إليه، وإن كان فسقه جهرًا فكذا أيضاً إذا كان على سبيل الهفوة^(٢)، وليس هو يدل على فسق منه متقدم، وإن كان خلاف ذلك^(٣) لم تعد ولايته إلا بعد التوبة والاختبار وتجديد الدعوة^(٤). ومنهم من هو مختلف فيه، وهو الوصي إذا فسق بعد أن كان مؤمناً ثم تاب، فللسيدين قولان هل تعود ولايته بالتوبة أم لا، إلا إذا كان الحاكم قد عزله^(٥) بعد المرافعة إليه لم تعد بالتوبة.

مسألة: ومن بانث منه الخيانة فيما له عليه ولاية وجب منعه على الإمام والحاكم والمسلمين^(٦) إذا غلب بالظن خيانتته^(٧).

(١) لا فرق. (قررو).

(٢) كالزنا والقتل.

(٣) كشرب الخمر والسرقة.

(٤) ظاهر الأزهار أنها تعود ولايته بمجرد التوبة، من غير فرق بين فسق وفسق. (قررو).

(*) لا يحتاج إلى تجديد دعوة.

(*) المختار عدم هذا التفصيل، وهو أنها تعود بالتوبة سواء كان الفسق سرًا أو جهرًا. (قررو).

(٥) المذهب أنه ينعزل مطلقاً ولا تعود إلا بتجديد تولية واختبار سنة. (مفتي).

(٦) قوله: «والمسلمين» وذلك لأن الولاية إنما هي مشروعة مع العدالة وتحري الإنصاف، لا مع

الخيانة والإتلاف، وقد قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢٠]، وقال ﷺ:

((حرمة مال المسلم كحرمة دمه)). (بستان لفظاً).

(*) [وعلى الإمام أو المسلمين عزل الأب مع ظهور الخيانة؛ إذ حرمة مال المسلم كدمه].

قلت: والخيانة المبطللة هي التعدي فيما لا يتسامح بمثله وإن لم يبلغ نصاب القطع، وتعود

ولايته بمجرد التوبة على الأصح كالإمام. (بحر).

(٧) إلا أنه لا يرافع من آحاد الناس إلا إذا تيقن المرافع الخيانة، ومع الظن يحتاج المرافع له

مسألة: وإذا أذن الإمام أو الحاكم أو الواقف أو الخمسة لمن ولوه أن يولي غيره مثله جاز، ثم إذا مات بعد أن ولي غيره لم تبطل ولاية الثاني؛ لأن الأصل باق، وهو المولي الأول. وإن لم يأذنوا له بذلك فعلى أحد قولي المؤيد بالله والقاضي زيد: ليس له أن يولي غيره^(١)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر: له ذلك. ولفق الفقيه يحيى البحيح بين القولين بأن له أن يولي في دون ما ولي فيه، وليس له أن ينصب مثله، كما أن القاضي ليس له أن ينصب قاضياً، وله أن يولي غيره.

فرع: وإذا مات القاضي^(٢) وقد ولي غيره فهو كما إذا مات الإمام وقد نصب قاضياً أو ولي متولياً، فعند أبي طالب تبطل ولايته، وعند المؤيد بالله لا تبطل^(٣).

مسألة: ومع عدم من له الولاية^(٤) يجوز^(٥) لمن صلح^(٦) لشيء مما يحتاج إلى

إلى الولاية. (سيدنا علي عليه السلام).

(*) في (د): على الظن.

(*) بالقرائن لا بالتهمة.

(١) وذلك لأنه وكيل، وليس للوكيل أن يوكل إلا أن يفوض. وحجة الآخرين: أنه ولي فيجوز. (بستان).

(٢) لعله يريد الذي من جهة الصلاحية.

(٣) وعليه عموم كلام الأزهاري في قوله: لا العكس، وإذا حمل الفرع على أن القاضي من جهة الصلاحية أو الخمسة فالمذهب قول أبي طالب، وإلا فقول المؤيد بالله. (سماح شامي) (قررد).

(٤) غالباً؛ احتراز من تضيق الحادثة بحيث يخشى فوت المقصود فإنه لا يعتبر عدم الإمام، بل يجوز حينئذ مع وجوده. (شرح أثمار).

(٥) وإذا جاز وجب.

(٦) وحد الصلاح أن لو كان ثمة إمام لولاه ذلك. (قررد).

(*) ولو مع وجود من هو أصلح. (حاشية سحولي) (قررد).

الولاية أن يفعله عند القاسم والهادي والناصر وأكثر العترة، ولا حكم للنصب، فحيث يكون ثم واحد فقط يتعين عليه، وحيث هم أكثر يكون فرض كفاية. وعند المؤيد بالله^(١) والحنفية والشافعية وأكثر المعتزلة لا بد من النصب إذا أمكن، فينصب خمسة سادساً^(٢) عند أكثرهم، وقال البلخي: ينصب ثلاثة رابعاً^(٣)، وقال أبو علي: ينصب واحد واحداً. قلنا: ويعتبر في المنصب أن يكون يصلح لما نصب له، وفي الناصبين له أن يكونوا أهل فضل ودين ومعرفة بالواجب من الأصول^(٤) والفروع ولو لم يصلحوا للقضاء^(٥).

فرع: فلو نصب أربعة خامساً لينصب سادساً صح عند أكثرهم، خلاف أبي مضر؛ لأنه يشترط اجتماع الخمسة عند النصب، وقال الفقيه محمد بن سليمان^(٦): لا يشترط إلا فيما كان يحتاج إلى المشاورة في الرأي، فيجب الاجتماع. قلنا: وما كان مضيقاً لا يمكن النصب^(٧) فيه لم يجب وفاقاً.

(١) ولا يقال: إن قول المؤيد بالله عليه السلام يقتضي بأنه يقول بإمامة المشائخ؛ لأنه لو قال: العقد طريق إلى الإمامة فالخلل وقع في نفس المختار. (بستان بلفظه).

(٢) قال في شرح الرازي: اجتمع ستة: أبو بكر وعمر وعثمان وأبو عبيدة بن الجراح وسالم مولى أبي حذيفة وبشير بن سعد وعقدوا لأبي بكر في سقيفة بني ساعدة، وقال أبو مضر: هم أبو عبيدة وعبدالرحمن بن عوف وأسيد بن حضير وبشير بن سعد وسالم مولى أبي حذيفة. وفي نسخة من شرح أبي مضر زاد مع هؤلاء عمر، فجعلهم ستة. (حاشية بستان من خط مصنفه وزهور).

(٣) كما في صلاة الجمعة.

(٤) العبرة بالقضية المنصوب لها؛ فإن كانت مما يحتاج فيه إلى العلم اشترط ذلك، وإن كانت مما لا يحتاج فيه إلى العلم لم يشترط.

(٥) خلاف المنتخب.

(٦) قوي على أصلهم.

(٧) كتكفين الميت إذا تعذر النصب، بأن يموت في السفر وليس معه إلا رفيقه.

فرع: وليس للمنصوب من الخمسة أن يعزل نفسه إلا في وجه من نصبه أو مثلهم؛ لأن كل خمسة اجتمعوا صلحوا للنصب وللعزل. وهم^(١) عزله في غير وجهه ولو لغير عذر، وقال أبو مضر والإمام يحيى: ليس لهم عزله إلا لعذر^(٢). وإذا شرطوا عليه شرطاً لم يصح؛ لأنه لا يصح منهم فعل ذلك فكذا شرطه، بخلاف الإمام والقاضي والواقف فيصح شرطهم على من ولوه كما يصح فعلهم له^ك وهم عزله متى شاءوا^(٣)، ولا يعزل نفسه إلا في وجه من ولاه.

مسألة: وللإمام أن يأخذ البلاد قهراً، وعلى أهلها طاعته. وأما توليته حيث لا ينفذ أمره فقال أبو طالب: لا تصح^(٤)، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: بل تصح.

مسألة^(٥): وإذا تصرف ورثة الواقف بعده في الوقف فمع ظنهم أن الولاية

(١) أي: الخمسة الناصبين أو مثلهم.

(٢) قوي على أصلهم.

(٣) لكنه لا يصح إلا لعذر، ويأثمون إذا كان لغير عذر ويصح. وظاهر الأزهار ولو لغير عذر وينعزل، وإذا أقر الإمام أنه عزله جرأة بطلت ولايته وولاية القاضي. (مقرر).

(٤) حجته أن النبي ﷺ لم يكن يأمر بالحد في غير بلد سلطانه، كمكة قبل الفتح وغيرها من البلدان. وحجة الآخرين أن له أخذ النواحي بالقهر، فكذا تجري فيها أحكامه؛ إذ ليس على يده سوى يد الله سبحانه، قالوا: ولم يترك ﷺ الأمر في مكة وغيرها لعدم الولاية، بل لعدم القدرة. قال عليه السلام: وكلا المذهبين لا غبار عليه، خلا أن ما قال المؤيد بالله أقوى؛ لأن استيلاء الظلمة على البلدان لا يكون مبطلاً لولاية الإمام. (بستان بلفظه).

(٥) المختار في هذه المسألة أن ورثة الواقف كسائر المسلمين، فإن تصرفوا في ذلك وهم يصلحون لذلك فتصرفهم صحيح، وإلا فلا، ولعل صاحب الكتاب بنى التفصيل على أصل من يعتبر النصب، والمذهب خلافه. اهـ المقرر في هذه المسألة أن الورثة إذا كانوا يصلحون ولا متولي من جهة الواقف ولا إمام ولا حاكم ولا موقوفاً عليه معيناً— أن

لهم لا يضمنون إن كانوا يصلحون^(١) لذلك ولم يكن ثم إمام ولا حاكم ولا متول من الواقف، وإلا ضمنوا، ومع علمهم بعدم الولاية لهم يضمنون^(٢) هم والذي أعطوه إذا أعطوه عين الواجب، كثمار الأشجار، إلا حيث كان الموقوف عليه معيناً فقد أعطوه حقه، وإن كان الذي أخرجوه قيمة الثمار أو كراء الأرض أو نحوها فقال الفقيه حسن: إنه يجزيهم إذا وضعوه في مستحقه هل كان معيناً أو غير معين؛ لأن الولاية فيما قد صار ديناً عليهم إلیهم عند الهدوية^(٣)، وعلى

تصرفهم صحيح، سواء علموا أن الولاية إلیهم أم جهلوا، وسواء صرفوا العين أم القيمة، منهم أو من غيرهم، فإن كان ثم من هو أولى منهم ضمنوا^[١]، ولا تأثير للجهل في سقوط الضمان عنهم. (من خط سيدنا علي بن أحمد).

(١) وذلك لأن الجاهل كالمجتهد، ذكره في الزوائد وأبو مضر، ومثله في الانتصار والبحر في هذه الصورة. (بستان بلفظه). قلت: إن هذه الصورة من باب الصلاحية ولا جهل معتبر.

(٢) فيما وقفه قبل موته على غيرهم فلا ولاية لهم فيه، فأما من أضاف الوقف إلى بعد موته ولم يجعل له وصياً ولا متولياً فولايته إلى ورثته، ذكره في الزهور، كما في قضاء ديونه واقتضائها فإن الولاية إلیهم. (برهان). وقد تقدم مثله في البيان في مسألة: وولاية كل وقف إلى واقفه.. إلخ، وعليه ما لفظه: وقيل: الأولى أن الورثة لا يكون لهم ولاية إلا فيما أوصى به الميت أن يوقف بعد موته فقط. (هبل) وقرره الشامي.

(*) على قول أهل النصب.

(٣) مبني على الضمان، والمذهب خلافه.

(*) وعليه الأزهار بقوله: ومن استعمله لا بإذن واليه فغاصب غالباً، فعليه الأجرة وإليه صرفها.

(*) قد تقدم في البيان في مسألة من أتلف شيئاً من أملاك المسجد أنه يدفع القيمة إلى المتولي ليصرفها، وليس له أن يصرفها هو بنفسه، وقيمة الثمار قيمة ملك فما الفرق؟ وأما الكراء فمستقيم فيه كما أفهمه الأزهار بقوله: وإليه صرفها. (سيدنا حسن عليه السلام).

(*) في الكراء. (قرن).

قول الناصر وأحد قولي المؤيد بالله: إنها إلى الواقف^(١) أو من ولاه، فإن لم يكن فإلى الإمام، فلا يجزئهم الإخراج. وقال الفقيه علي: إن الولاية فيه إلى الواقف أو من ولاه وفاقاً، ومع عدمهما الخلاف.

مسألة: والمتولي إذا خشي فساد ما معه من الغلات أو كساده^(٢) فإنه يبيعه بما لا يخشى عليه الفساد، وإن أقرضه بأجود منه لم يجز عند الهدوية^(٣)، وجاز عند المؤيد بالله؛ لأنه يقول: لا ربا في حقوق الله تعالى. وإن أقرضه بمثله فمع عدم المصلحة لا يجوز، ومع حصول المصلحة - وهي حال الخوف عليه من الدود أو البلل أو نحوه^(٤) - قال الفقيه علي: لا يجوز؛ لأنه قرض جر منفعة، وقال أبو مضر: بل يجوز؛ لأنه لا ربا فيه بزيادة قدر ولا صفة. ويكره له أن يستقرضها لنفسه؛ لأجل التهمة^(٥).

مسألة: والأرض الموقوفة إن زرعها أو غرسها الموقوف عليه عند عدم الواقف ومن ولاه أو بإذنهما جاز؛ لأنه حقه^(٦)، وإن زرعها أو غرسها غيره ممن له ولاية فإن كان البذر أو الغرس من غلة الوقف أو اشتراه له أو استقرضه له ولو من نفسه صح، وإن كان منه فالزرع والثمر له، وعليه أجره الأرض يضعها في الموقوف عليه، فلو أخرج عنها بعض الزرع أو الثمر بقدرها جاز. وإن زرعها لنفسه بنية أجره معلومة صح عند الناصر والمنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله؛

[١] إلا الكراء فولاية صرفه إليهم. (قرير).

(١) في قيمة الثمار ونحوها. (قرير).

(٢) لرخص أو غيره، وهو عدم التفاق.

(٣) لأنه ربا.

(٤) كراء المدفن.

(٥) وهذه التهمة لا تقتضي التحريم. (مفتي) (قرير).

(٦) إذا كانت غلاتها غير مستثناة، بل هي للموقوف عليه. (برهان) (قرير).

لصحة^(١) المعاطاة، وعلى قول الهدوية يجوز ولا يصح ذلك^(٢)، بل تلزمه أجره المثل.
فرع: فإن كان الواقف جعل غلة الوقف عما عليه من حق الله تعالى فهي باقية على ملكه، فإذا زرع المتولي الأرض أو غرسها لنفسه لزمه أجرتها للواقف يخرجها عما عليه^(٣)، وإن أخرج بعض الزرع أو الثمر عوضاً عن الأجرة جاز مع الولاية والمصلحة. فلو زرع أو غرس بنية أنه للواقف فإن كان بنية العوض صح وكان الزرع والشجر للواقف^(٤)، وإن كان تبرعاً بغير عوض فقال الفقيه يجبي البحيح: لا يجزي عما على الواقف؛ لأن ذلك تبرع بحق الله^(٥)، وقال الفقيه حسن: بل يجزي عنه؛ لأنه تبرع له، فيملكه ثم يخرج عنه^(٦).

مسألة: وما تلف من الزرع في يد الزارع^(٧) قبل مصيره إلى المتولي ضمنه ضمان الأجير المشترك^(٨)، وما تلف منه في يد المتولي لم يضمنه، إلا أن يفرط في

(١) الأزهار: «ومعاملة نفسه بلا عقد» يشهد له. يقال: سياق الأزهار في الجواز لا في الصحة فافهم.

(٢) يعني: لا يلزم.

(٣) قال في البرهان: ويحتاج إلى أن ينوي أن ما يخرج من زرعها أو ثمارها عما عليه من الكراء للواقف، ويصرفه في مصرفه ولو في نفسه، وإن لم ينو كان الكراء باقياً عليه للواقف، والحق الذي على الواقف باق على الواقف. (بستان بلفظه).

(٤) وعليه زكاته، وللذي زرع أو غرس أجرته وعوض زرعه أو غرسه يأخذه من الزرع أو الثمر أو يبرئ الميت منه. (برهان) (قرئ).

(٥) فإن فعل كان الزرع له وعليه أجره الأرض. (قرئ).

(٦) واختاره [وقواه (نخ)] المتوكل على الله ﷻ والسلامي والمفتي والشامي.

(٧) والبذر من الواقف. (قرئ).

(٨) يعني: إلا من الغالب الذي لا يمكنه دفعه، وهذا إذا كان عمله بأجرة، وإلا فلا ضمان إلا إذا جنى. (بستان) (قرئ).

(*) إذا كان أجيراً.

حفظه^(١) أو يكون يتصرف بأجرة فيكون أجيراً^(٢) [مشاركاً^(٣)].

فروع: إذا أخذ المتولي أجرة الأرض من الزارع نقداً فهو الواجب، وإن أخذها من الزرع أو الثمر جاز بشرط التراضي والمصلحة معاً، فإن لم يمكن إلا منه جاز مع التراضي^(٤).

مسألة: وإذا كانت غلة الأرض الموقوفة على الفقراء غير مستثناة عن حق واجب خير المتولي بين أن يدفع الأرض إلى فقير يزرعها لنفسه بغير أجرة أو بأجرة ثم يبرئه منها^(٥)، أو يقبضها ثم يدفعها إليه أو إلى غيره، أو يؤجرها من غني ثم يقبض أجرتها ويصرفها في مستحقها. وإن كانت غلتها مستثناة عن حق واجب فإن دفعها إلى فقير يزرعها بغير أجرة لم يجزئ عن الحق الواجب^(٦)؛ لأن إخراج المنفعة لا يجزي، خلاف أبي مضر في المظالم^(٧)، وإن دفعها إليه يزرعها بأجرة ثم قبضها ودفعها إليه أو إلى غيره جاز وفاقاً، وإن لم يقبض الأجرة منه بل أبرأه منها فقال الفقهاء محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى ويحيى البحيح: لا يجزئ

(١) وذلك لأن التفريط عدوان يوجب الضمان، ولا ضمان عليه فيما تلف قبل وصوله إلى يده؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((على اليد ما أخذت)) وهذا لم يأخذ. (بستان).

(٢) مع القبض. (قرئ).

(٣) ما بين المعقوفين من (د).

(٤) قد اختير في المزارعة ما جرى به العرف. (من خط ع).

(*) العرف أن أجرة الأرض من الزرع الخارج من تلك الأرض، ولو دفع الزارع من النقد لم يقبل منه، ولا يصح من المتولي قبضه إلا لمصلحة. (سيدنا علي رضي الله عنه).

(٥) وكأنه اعتبر أن النفع قد حصل للفقير هنا بالإبراء، وإلا فليس بصرف. (شامي).

(*) الإبراء لا يصح إلا بعد القبض من المتولي.

(٦) وعليه أجرة المثل. (نجري) (قرئ).

(٧) فتجزئ المنفعة عن المظالم عنده.

عن الحق الواجب مطلقاً^(١)، كما إذا أبرأ الفقير من دين بنية الحق الواجب، وقال أبو مضر وابن الخليل: يجزي على قول الهادي مطلقاً، وعلى قول المؤيد بالله في المظالم لا في الزكوات.

فرع: وكذا إذا مات ميت وعليه شيء من الزكوات أو المظالم وله دين على فقير فأبرأه الوصي أو الإمام أو الحاكم من الدين بنية الحق الذي على الميت فإنه لا يصح، إلا أن يأمره بقبضه من نفسه للميت ثم يصرفه في نفسه أو في غيره صح. وأما إذا أبرأ الإمام من عليه حق واجب لكونه مستحقاً له ففي الزكوات لا يصح^(٢)، وفي المظالم ونحوها يصح على أحد قولي المؤيد بالله وابن الخليل والفقهاء يحیی البحيح، ولا يصح على أحد قولي المؤيد بالله والفقهاء محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى^(٣).

مسألة: إذا التبس مصرف الوقف أو الوصية عمل بغالب ظنه^(٤) إن حصل له، وإن لم عمل بما فعله المتقدمون الثقات فيه إذا كان عملهم بالظن، وإن كان بالعلم قدمه على ظنه، وإن لم يحصل له شيء من ذلك فإن التبس بين مصارف محصورة قسمت الغلة بينها بالسواء، وإن كان التباسه مطلقاً^(٥) صارت الغلة

(١) سواء كانت الغلة عن زكاة أو مظلمة.

(٢) لعله حيث كان زكاة نفسه، وإن كان زكاة غيره وقد استهلكها فأبرأه الإمام فإنه يصح البراء. (شرح فتح).

(٣) قال القاضي عبدالله الدواري: والأجود صحة ذلك في المظالم وسائر بيوت الأموال، دون الزكوات والأعشار. ومثله للسيد صارم الدين في هامش هدايته. قال القاضي عبدالله الدواري: وقد أبرأ الإمام يحيى والإمام علي بن محمد عليهما السلام بمشاهدتي من عليه شيء من ذلك. وقد ذكر معناه في شرح الفتح.

(٤) وذلك لأن الأحكام الشرعية مبنية على العلم اليقين إذا كان ممكناً، وإن كانت طريقه منسدة وجب العدول إلى غلبان الظنون. (بستان بلفظه).

(٥) يعني: بين مصارف غير منحصرة.

لبيت المال^(١)، وكذا الرقبة في غير الوقف^(٢)، لا فيه.

مسألة: ولكل متول أن ينفق على ما تولى عليه^(٣) من مال نفسه ليأخذ عوضه، كما يستقرض له من غيره. قال المنصور بالله^(٤): وله أن يخلط ما حصل معه من الغلات بجنسها من ماله مع معرفة قدرها إذا رأى في ذلك صلاحاً للمصرف^(٥).

مسألة: رقبة الوقف لله تعالى مؤبدة لا يصح فيها بيع ولا هبة ولا صدقة ولا رهن ولا نذر ولا عتق ولا كتابة ولا تدبير ولا وصية، فلو وقف نصف عبده ثم أعتق النصف الثاني لم يسر العتق إلى الوقف^(٦)، بل يتبعض، ذكره الأمير الحسين. قال الفقيه يوسف: فلو بلغ الوقف إلى حال لا يتتبع به في المقصود به

(١) وقيل: يقسم في الجنس.

(*) بل يصرف في الجنس.

(٢) كالوصايا وأموال المساجد.

(*) عبارة الكواكب أجلى، ولفظها: وكذلك الرقبة إذا لم يعرف كونها وقفاً، وإن عرف أنها وقف بقيت وقفاً. (بلفظها).

(٣) من يتيم أو مسجد أو وقف.

(٤) وذكر في مهذه ما لفظه: ولا يجوز للإمام ونائبه خلط الصدقات والأخماس والمظالم والخراج والجزية إلا لضرورة، لا الزكاة فلا تخلط بحال.

(٥) وهكذا ذكره في موضع من الانتصار أن للولي أن يخلط طعام اليتيم بطعام نفسه إذا كان ذلك أصلح لليتيم من الانفراد.

(٦) وأجيب بأنها حقان لا مزية لأحدهما على الآخر، فالوقف حق لله تعالى، والعتق حق لله، فحينئذ يسري. (إملاء مولانا المؤيد بالله محمد بن القاسم عليه السلام).

(*) وذلك لأن العتق لا يصح إلا من مالك، والرقبة لله، ولأن بالوقف قد صارت المنافع للموقوف عليه، فلا يجوز إبطاها بالوقف. (بستان).

ثم بيع لم يسر العتق إليه^(١)؛ لأن السراية إنما تكون وقت العتق لا بعده. وقال السيد الهادي بن يحيى: إن العتق يسري ^{قوي} إلى الوقف مطلقاً. ولعله أولى؛ لأن العتق يسري إلى ملك الأدمي، فكذا إلى ملك الله تعالى.

مسألة: ومنافع الوقف ملك للموقوف عليه، يصح منه فيها الإجارة^(٢) والنذر والوصية والإقرار والإباحة وقضاء الدين منها وجعلها مهراً على ما تقدم في النكاح^(٣).

مسألة: ولا يصح رجوع الواقف عن وقفه مطلقاً^(٤). وقال أبو حنيفة: له الرجوع ما لم يحكم به حاكم. وقال مالك: له الرجوع ما لم يخرج عن يده.

مسألة: وليس للواقف ولا للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة^(٥)، فإن فعل حد مع العلم، لا مع الجهل^(٦) فيثبت نسب ولدها، ولا تكون أم ولد، ولا يجب مهر^(٧) إذا كان الواطئ الموقوف عليه؛ لأنه المالك لمنافعها، فإن كان هو الواقف

(١) بل يسري. (بحر معني). وكذا في الغيث. وهي ترد في مسائل المعاياة ويقال: أين عتق يسري بعد مدة طويلة؟ (غيث).

(*) وقيل: بل يسري بعد البيع على المختار، خلاف ما قاله الفقيه يوسف، دليله قبله. (٢) لكنه على ما تقدم، فحيث ينتقل منه إلى من بعده بالإرث لا يبطل ما فعله بموته، وحيث ينتقل بالوقف يبطل جميع ذلك. (بستان بلفظه).

(٣) من الخلاف.

(٤) سواء أخرجه عن يده أم لا، حكم به حاكم أم لا. (بستان).

(٥) لأنه لا ملك لها فيها، لأن الرقبة لله تعالى. (بستان).

(٦) للشبهة الحاصلة؛ لأن من العلماء من قال: يملكها الواقف، ومنهم من قال: الموقوف عليه. (بستان).

(*) وكذا الواقف؛ لأن له شبهة الولاية. اهـ بل شبهة ملك؛ لأنها تعود إليه في حال انقراض المصرف، لا شبهة الولاية، وإلا لزم في ولي الصغير ونحوه. (شكايزي).

(٧) بل قد لزم وسقط. (عامر) (قرر).

لزمه مهرها للموقوف عليه، ويجب أرش ما نقص من قيمتها بذلك كالجناية عليها، ويكون الأرش للموقوف عليه أو ورثته إن كان الواطئ أو الجاني الواقف أو غيره، وإن كان هو الموقوف عليه فللواقف^(١) أو ورثته. وعلى قول المؤيد بالله إنه للمصالح مطلقاً.

فرع: وولدها حر حيث ثبت نسبه، وتجب قيمته يوم ادعاه^(٢). وحيث لم يثبت نسبه^(٣) فهو كأمه وقف، وقال الإمام يحيى وأحد قولي الشافعي: بل ملك للموقوف عليه. وكذا فيما ولدته عن زنا أو تزويج، وكذا في أولاد البهائم^(٤) الموقوفة، وأما أصوافها فقال في البحر: تكون وقفاً، وقال الإمام يحيى: بل ملك للموقوف عليه. وأما سمونها وألبانها فملك له.

فرع: وحيث تجب قيمة الولد أو أرش جناية على الوقف أو قيمته حيث أتلف تكون للمصالح عند المؤيد بالله، وعند الهدوية للموقوف عليه أو ورثته: إما دفعها إليه وإلا اشترى بها شيئاً ووقفه عليه، إلا حيث يكون الضمان عليه أو على ورثته بعده فإنه يجب للواقف أو ورثته كما إذا انقطع مصرف الوقف^(٥). ولعله يؤخذ من هذا أن

(١) أما المهر فلا يلزم الموقوف عليه، وأما الأرش فللواقف كما ذكره في الكتاب. وقيل: لا شيء؛ لأنه لو كان من الغير كان له.

(٢) هذا مثل قول الأمير الحسين، والقياس يوم الوضع كما في الأزهار في النكاح.

(٣) وهو حيث لم يدعه.

(٤) قيل: إلا في ذكر الغنم فملك للموقوف عليه^[١]، ذكره الفقيه علي. وكذا البيض^[٢]

كالأغصان التي تقطع فإنه يجوز الانتفاع بها.

(٥) والمختار أنه لا شيء؛ لأنها لو لزمتم الغير كانت له. ومثله في الغيث، وهو ظاهر الأزهار. ولفظ

الغيث: ولا تجب قيمة الولد؛ لأنها لو وجبت على الغير كان هو المستحق لها على الصحيح.

[١] ولفظ حاشية: قال الفقيه علي: وكذا ذكور الغنم فإنه يقصد بها الانتفاع، فهي كالشمر، وقيل: إذا كان هن صوف صح وقفهن. (قرر).

[٢] فلو حضنت الدجاجة الموقوفة بيضها فصار فراخاً كانت وقفاً، وإن حضنت بيض غيرها لم يصر وقفاً. (قرر).

من أتلف شيئاً رقبته لشخص ومنفعته لشخص فعلى قول الهدوية تكون قيمته لمالك المنفعة^(١)، وعلى قول المؤيد بالله لمالك الرقبة^(٢)، والله أعلم.

مسألة: ويجوز تزويج الأمة الموقوفة من الواقف^(٣) أو الموقوف عليه أو الغير، ومهرها للموقوف عليه.

مسألة: وما نبت من ثمار الأشجار الموقوفة فهو ملك للموقوف عليه، إلا حيث بذره يتسامح به فهو لمالك الموضع الذي نبت فيه. وما نبت من أغصانها أو من عروقتها فهو وقف مثلها، إلا أن يباع بعد قلعه ملكه المشتري^(٤). وما قطع من أغصانها ثم غرس في غير أرضها فهو وقف أيضاً^(٥)، لكنه يجوز بيعه؛ لأنه لا يستحق البقاء.

(١) وفي الكواكب عن الهدوية: أنها تكون لمالك الرقبة^[١]؛ ذكره في الوصايا. والفرق أن المنافع هنا تورث عن الموقوف عليه، بخلاف الوصايا فلا تورث. ومثل هذا الفرق في البيان في الوصايا. ولفظ الأزهار: ولذي الرقبة الأصلية.. إلخ.

(*) بالنذر أو بالاستثناء، لا بالصيغة فلمالك الرقبة. (بيان حثيث وخطه).

(٢) وهو مثل ما ذكره في بيع العبد واستثناء منفعته، وذهب عليه في المسألة (١٤) من فصل: ويجوز البيع من الكفار. وهو الذي يناسب كلام الأزهار في الوصايا.

(٣) قال عليه السلام: ووليها الإمام أو الحاكم من جهته بإذن الموقوف عليه؛ لأن رقبته لله تعالى، قال: ويحتمل أنه الموقوف عليه؛ لأن منافع البضع ملك له. وقال المنصور بالله: إنه الواقف؛ لأن ولاية الوقف إليه. وقال في البيان: الإمام أو الحاكم. وقال الفقيه حسن: الواقف بإذن الموقوف عليه. (بستان).

(٤) لأنه قد انتهى إلى حد لا يتنفع به في الوجه المقصود. (غيث).

(٥) إذا لم يفسد.

(*) إلا أن يفسد الغصن الذي غرس ونبت منه غصن آخر كان ملكاً للغارس؛ لأنه قد استهلكه. (كواكب).

(*) حيث كانت لا تقطع في العادة، وإلا فكالثمر. (قرود). كأغصان الحناء والتوت والأثل ونحوهن فإنها لا تكون وقفاً. (شرح أثمار).

[١] وكذا في البيع مع الاستثناء للمنفعة، وكذا في النذر على المختار. (قرود).

مسألة: وإذا بيع الوقف فله أحكام ثلاثة:

الأول: أنه يلزم البائع استفاؤه بما أمكنه^(١) ولو أكثر^(٢) ما لم يضر به^(٣) كما في قضاء الدين، ويلزمه رد الثمن للمشتري؛ لأنه لا يملك المبيع. فإن لم يمكنه استرجاع المبيع لزمه قيمته يوم باعه^(٤)، وتلزمه أجرته إلى يوم حصل الإياس من رجوعه^(٥)، وتكون الأجرة للموقوف عليه أو ورثته، إلا أن يكون هو أو وارثه البائع فلا تجب^(٦). وتكون القيمة للموقوف عليه أو وارثه، إلا حيث هو البائع فتكون للواقف^(٧) أو ورثته عند الهدوية، وعند المؤيد بالله أنها للمصالح، وعلى القولين معاً يكون مخيراً بين دفع القيمة وبين أن يقف^(٨) عنها شيئاً بقدرها، وهو

(١) بما لا يحجف. (قررو).

(٢) قال عليه السلام: ولو بلغ مبلغاً عظيماً؛ لأن فعله معصية، فيجب الاجتهاد في الخلاص منها. (بستان).

(٣) وهو الإجحاف. (قررو).

(٤) القياس قيمته يوم اليأس من الاسترجاع أو يوم الإتلاف. (غيث). لعله حيث لم يتقدمه غضب، فإن تقدمه فقيمه يوم الغضب حيث لم يزد زيادة مضمونة، فإن زاد كان كما سيأتي إن شاء الله تعالى. (قررو).

(٥) إذا دفعت في ذلك الوقت، وإلا لزمته الأجرة إلى يوم دفع القيمة.

(*) أو وقت التلف إن تلف من غير إياس. (قررو).

(٦) حيث لم ينتفع به المشتري، وإلا وجبت عليه سواء كان البائع عالماً بتحريم البيع أم جاهلاً؛ لأنه وإن علم فإباحته للمنافع في مقابلة عوض [وهو الثمن] وقد بطل. (شرح أزهار). (قررو).

(٧) المختار لا شيء عليه؛ لأنها لو لزمتم الغير كانت له. وهو ظاهر الأزهار.

(٨) فإن مات الموقوف عليه ووارثه ثم أتلفه الواقف هل يضمه للمصالح؟ الظاهر من المذهب ذلك. (هبل). وقيل: لا يلزمه شيء؛ لأنها لو لزمتم الغير كانت له.

أحوط^(١)، وقال أبو جعفر وأحد قولي أبي طالب: إنه يجب أن يشتري بها شيئاً، ويصير وقفاً بنفس الشراء. وإذا أعتق عنها^(٢) أو عمر مسجداً أو بئراً أو نحوه من المصالح أجزاء حيث القيمة للمصالح، والفقراء من جملة المصالح، والولاية في ذلك إلى البائع على الخلاف الذي مر^(٣).

الحكم الثاني: أنه يلزم المشتري رده إلى الواقف أو من ولاه عليه، إلا أن يكون هو البائع له فقد بطلت ولايته^(٤)، فيرده إلى الحاكم^(٥) أو من ولاه، وتلزمه أجرته أو ثماره إن كانت لغير البائع، ويرجع بها على البائع إن لم ينتفع به^(٦) ولا علم بأنه وقف. وإن كان البائع له هو الموقوف عليه أو وارثه بعده فإن لم ينتفع به المشتري فلا أجره عليه، وإن انتفع به لزمته الأجرة^(٧)، إلا على قول المنصور بالله وابن الخليل والزوائد والفقهاء محمد بن سليمان: إن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها^(٨) فلا أجره عليه، كما ذكروه في البيع الباطل. قلنا: وإن

(١) وذلك لثلاث بيطل غرض الواقف، ولأجل خلاف المؤيد بالله أن القيمة للمصالح. (بستان).

(٢) على قول المؤيد بالله: إن القيمة للمصالح، وأما على قول الهدوية فهي للموقوف عليه أو ورثته إذا كان البائع غيرهم. (كواكب).

(٣) يعني: خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله: إن الولاية إلى الواقف أو من ولاه، وإن لم يُلَى الإمام أو الحاكم، قلنا: هذا دين عليه، فولايته إليه. (بستان بلفظه).

(٤) يعني: إلا أن يتوب ويصلح فإنها تعود ولايته؛ لأن ولاية الواقف أصلية. (بستان بلفظه).

(٥) هذا حيث الموقوف عليه غير معين أو غير آدمي، وإلا كان أولى كما تقدم.

(٦) ما لم يضمن له ضمان الدرك. (قررو). فيرجع وإن انتفع.

(٧) يعني: وسواء كان البائع عالماً بالتحريم أو جاهلاً؛ لأنه ولو علم فهو إباحة في مقابلة عوض - وهو الثمن - وقد بطل. (بستان بلفظه).

(٨) المذهب أنها تبطل ببطلان عوضها. (قررو).

تلف في يده قبل رده لزمته قيمته يفعل فيها كما مر^(١).

الحكم الثالث: في حكم بيعه، فإن كان قد حكم حاكم بصحة الوقف فهو باطل^(٢)، وإن لم فكذا حيث البائع له غير الواقف وورثته، وإن كان هو الواقف أو ورثته^(٣) فمع علمه هو والمشتري^(٤) بتحريمه فهو باطل أيضاً^(٥)، ومع جهلها باطل أيضاً، ذكره ابن الخليل والفقهاء محمد بن سليمان ويحيى البحيح، وقال السيد يحيى وأبو مضر: بل فاسد؛ لأن فيه الخلاف كالمدبر^(٦)؛ فيملكه المشتري بقبضه، ولا تلزمه أجرته، ولا يفسخ إلا بالتراضي أو الحكم، وإذا باعه المشتري صح بيعه وبطل الوقف.

فرع: وإذا وقف البائع غيره بدلاً عنه ثم أمكنه استرجاعه لزمه، ويكونان وقفاً معاً^(٧)، ويكون ثواب الثاني بعد عود الأول لواقفه، وأما قبل عوده فقال أبو مضر: لواقف الأول؛ لأنه بدل عنه، وقال الفقيه حسن: بل لواقفه أيضاً؛ لأنه وقفه عن واجب عليه^(٨). وإن كان دفع القيمة إلى الموقوف عليه أو ورثته رجع

(١) يعني: في البائع، فالحكم واحد. (بستان).

(٢) وذلك لأن الحكم قد قطع الخلاف، فالبيع بعده باطل. (بستان).

(٣) وكذا في الزهور، قال بعض المشائخ: ولعله على قول المؤيد بالله: إن للوارث ولاية.

(٤) أو أحدهما. (عامر).

(٥) يعني: وفيه من الأحكام ما تقدم في البيع الباطل. (بستان).

(٦) بيع المدبر باطل على المختار.

(٧) إلا أن يقف الثاني بشرط أن لا يوجد الأول كما ذكره في المعيار. ومعناه في الصعيتري.

(*) إلا أن يكون وقفه مشروطاً بعدم عود الأول عاد ملكاً إن رجع، وفيه نظر. (تذكرة معنى).

(*) فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين الهدى الواجب إذا ضل فإنه لا يكون الثاني هدياً بعود

الأول؟ الجواب: أن الوقف استهلاك كالعتق بخلاف الهدى. (كواكب معنى).

(٨) قال الوالد: ويحتمل أن يقال: أما ثواب الوقف نفسه فلووقفه؛ لأنه فعله عن واجب عليه

امتثالاً لما يجب، وأما ثواب ما يحدث من غلاته فيكون للواقف الأول؛ لأنها تخرج بدلاً

بها عليه بعد رد الأول.

مسألة: وتكره^(١) إجارة الوقف ثلاث سنين فما فوقها إلا أن يكون وقفه مشهوراً لا يلتبس أو كان يحدد الإشهاد عليه^(٢) أنه مؤجر في كل ثلاث سنين، ومع الكراهة تصح الإجارة حيث المؤجر له هو المالك لمنافعه^(٣)، وإن كان هو المتولي فلا يجوز إلا لمصلحة لم تحصل إلا بذلك^(٤). فإن كانت مدة الإجارة طويلة بحيث يغلب بالظن أنه لا يعود بل يلتبس بالملك لم تصح الإجارة وكان غصباً يجب رده عليهما معاً^(٥) مطلقاً.

مسألة: إذا ترك المتولي الأرض الموقوفة عن الزراعة منه ومن غيره وأصلبها

عن فوائد الأول. (بستان).

(١) كراهة حظر مع اللبس.

(٢) يقال: قد انعقدت على وجه فاسد لطول المدة. (مفتي). لعله حيث عزموا على ذلك من أول الأمر [١].

(*) هذا حيث كانت يؤجرونها بالنقد وكانت تؤخذ خفية، وأما إذا كانت على حصة من الغلة فلا يحتاج إلى إشهاد؛ لأن المقاسمة في كل سنة كافية. (سماح شامي) (قررو).

(*) أو كانت الأجرة من الغلة. (قررو).

(٣) هذا ذكره الفقيه يوسف، والصحيح أنه لا فرق بين المتولي والموقوف عليه في أنه لا يصح مع خشية اللبس ولو لمصلحة. (مفتي) (قررو).

(*) وذلك لأنه لما ملك المنفعة صحت منه الإجارة، كما له أن يأخذ المنفعة لنفسه، وأما المتولي فلا يجوز له أن يؤجر مدة طويلة إلا لمصلحة للموقوف عليه تفوت مع قصر المدة ولا يلتبس بالملك. (بستان).

(٤) وذلك كالعنب وقصب السكر ونحو ذلك.

(٥) يعني: المؤجر والمستأجر، فيجب رد أصله ومنفعته. وأراد بقوله: «مطلقاً» ولو لم تحصل المصلحة إلا بذلك؛ لأنها قد عارضتها مفسدة. (بستان بلفظه).

[١] ولفظ حاشية: لعل ذلك مع عدم العزم، وأما مع العزم على ذلك من أول الأمر فهي صحيحة. (قررو).

مع إمكان زراعتها صار غاصباً لها ولزمتها أجرتها، ذكره الفقيه حسن^(١).

مسألة: وإذا انتهى الوقف إلى حد لا ينتفع به في الوجه الذي قصد به الواقف^(٢) - كالجهد في الفرس، والحمل على الدابة ونحوها، واللبن في البقرة، والحرث في الثور، والسكنى في الدار، والزرع في الأرض، حيث لم يمكن إصلاحه من غلاته ولا بيعه بعضه - فإنه يجوز بيعه، خلاف الشافعي، ويكون ثمنه على الخلاف^(٣) في قيمته إذا أتلفه متلف.

مسألة: ويصح أن يقف الشيء الواحد جماعة واحد بعد واحد ولو عن مظالم عليهم، وذلك حيث التبس الوقف بملك بفعل فاعل؛ فقد استهلكه الخالط وملكه، أو بغير فعل فاعل؛ فيصير الكل لبيت المال، ثم يصرفه الإمام أو الحاكم إلى مستحقه فيملكه، ثم يقفه المالك ثم يختلط بملك كذلك، ثم يصرف إلى من يملكه ثم يقفه.

(١) والذي سيأتي في الوصايا في البيان أنه إذا كان يمنع من زراعتها فهو غاصب^[١]، وإن لم يمنع بل تركها ولا عذر فهو عاص ولا يضمن^[٢]، قيل: وتبطل ولايته؛ لأنه خيانة. قال المفتي: ولعله أولى. وقيل: لا تبطل.

(٢) وقد تقدم في كتاب البيع^[٣] جواز بيعه في أربع حالات... إلخ.

(٣) يعني: بين الهدوية والمؤيد بالله كما مر تفصيله. قال المنصور بالله: إذا كان الوقف جملاً فانكسر وذبح فإن شاء الموقوف عليه أكل لحمه وإن شاء باعه، وإذا أمكنه أن يشتري بثمنه شيئاً يوقف ولو عنراً فهو أحب إلينا. (بستان بلفظه).

(*) الأزهار: بيع لإعاضته. (قرور). ولفظ الصعيتري: قال في شرح الإبانة: يصير المشتري بدلاً عنه وفقاً بمجرد الشراء. وفي الزيادات: لا بد من تجديد وقف آخر. (بلفظه).

[١] مع القبض، وتلزمه الأجرة.

[٢] لأنه لم يتلف عيناً ولا منفعة.

[٣] قبل مسألة بيع الثمار بسبع مسائل.

مسألة: أرض في يد قوم أقرروا أنها وقف على الفقراء ثم قالوا: «على فقرائنا» فعليهم البينة بذلك^(١)، فإن أقرروا أنها وقف ثم قالوا: «على فقرائنا» قبل قولهم.

(١) لأن المصرف قد ثبت بإقرارهم، وهذه دعوى بعد إقرار. فأما في الصورة الثانية فهو بيان

للمصرف فقط. (بستان).

(*) وظاهر اللمع خلافه، وكذا سائر التعاليق.

باب الوديعه

قد يكون الاستيداع واجباً، وهو عند خشية تلف مال الغير إن لم يستودعه، فيجب على قول أبي مضر^(١)، ويندب على قول السيدين^(٢)، كما في أخذ اللقطة. وقد يكون محظوراً، وهو حيث يخشى من نفسه الخيانة^(٣) أو عدم الحفظ. وقد يكون مستحباً، وهو ما عدا ذلك؛ لأن فيه معاونة على البر.

مسألة: وحكم الوديعه يثبت بقبضها، وهو بالنقل على قول الهدوية^(٤)، أو ثبوت اليد على قول المؤيد بالله مع قبول الوديع، وقال في شرح الإبانة: إذا لم ينقلها الوديع لم يلزمه حفظها ولو أذن لمالكها بوضعها في حانوته ونحوه. قال الفقيه يوسف^(٥): وإن جرت العادة بأن التخليه مع قبول الوديع تكفي كفت وفاقاً، وإن لم يقبل بل سكت لم تكف^(٦). قال الإمام يحيى: ويصح إيداع

(١) قوي إذا خشي تلف مالها بتلفها من باب سد الرمق.

(٢) إلا الحاكم فيجب عليه؛ لأنه يجب عليه حفظ أموال الغيب. اهـ يستقيم في الغيب لا هنا؛ إذ المالك حاضر، فالظاهر عدم الوجوب. (سماح سيدنا حسن بن أحمد الشيباني رحمته الله) (قرر)، وقرر عليه سيدنا حسن، وأمر بقشط التذهيب على الكلام الأول. (من خط سيدنا علي).

(٣) هذا يأتي على كلام المذاكرين في النكاح، ويرد عليه سؤال الإمام المهدي عليه السلام. اهـ ليس هذا كما تقدم في النكاح؛ لأن الذي تقدم عن الإمام المهدي عليه السلام أنه لا حكم لما يخشاه من غيره، وهو عصيان الزوجه، وهنا يخشى من نفسه، فلا يأتي ما ذكر. (سماح شيخ).
(*) كالجارية الحسناء.

(*) قد يقال: المحظور هو توطين نفسه على الخيانة لا نفس الاستيداع.

(٤) ذكره الفقيه يحيى البحيح، فمفهوم هذا أنه لا يصح إيداع ما لا ينقل على قول الهدوية. (كواكب).

(٥) في (د): قال الفقيه حسن.

(٦) وأما ما جرت به العادة من ترك ثيابه في المسجد عند آخر وسكت الآخر ففيه احتمالان،

الأراضي^(١) كالمنقولات.

مسألة: ولا يصح الإيداع من الصبي غير المأذون والمجنون، بل يضمن القابض، إلا إذا خشي تلف ما معها جاز أخذه ليحفظه^(٢). وكذا إذا أودع صبي شيئاً مع صبي فهو ضامن له^(٣) حتى يرده إلى ولي المودع، ذكره أبو طالب.

مسألة: ولا يصح استيداع الصبي والمجنون^(٤) إلا أن يكونا مميزين مأذوناً لهما بالاستيداع وكان فيه مصلحة^(٥) لهما، وأما العبد المأذون فيصح منه

صحح المؤلف أيده الله تعالى أنه لا يكون إيداعاً، والذي جرى به العرف أنه إذا كان غير مصل ولم ينهه أنه يكون إيداعاً^[١]. (شرح فتح). ولعل مراده صلاة الفرض. (حاشية سحولي لفظاً). لا فرق. قال فيه: لأن المصلي لا يتكلم، فظاهره لا فرق بين الفرض والنفل.

(*) إلا أن يجري عرف^{قريباً} كفى حيث لا مانع له من الكلام.

(١) ولا بد فيها من القبض؛ ليصح حفظها. (بستان).

(*) بشرط القبض. (قررو).

(٢) وإذا تلف قبل رده إلى الولي فلا ضمان عليه؛ لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل. (بستان بلفظه).

(*) وهل يقبل قوله في ذلك؟ الظاهر^[٢] أنه يقبل؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته كما ذكره في اللقطة^[٣].

(٣) وذلك لأنه حكم لتسليط المودع هنا. (بستان).

(٤) وذلك لأنها ليسا أهلاً لحفظ أموالهما، فأولى وأحرى مال غيرهما، إلا مع التمييز والإذن والمصلحة، وذلك نحو أن يوصفا بالأمانة أو غير ذلك من المصالح. (بستان بلفظه).

(٥) والمصلحة هي تعلم حفظ المال والتصرف. (برهان).

[١] بل لا بد من القبول. (قررو).

[٢] وقيل: العبرة بالظاهر، فإن التمس فلعل الأصل عدم الخشية.

[٣] وسيأتي في البيان في الغصب احتمالان في مسألة من اشترى شيئاً مغصوباً.. إلخ. وقيل: يفرق بينهما بأنه هنا يشبه ما لو أخذه من مضية، فيكون القول قوله. (قررو).

الاستيداع والإيداع، لا المحجور إلا الإيداع لما هو في يده برضا سيده^(١).
مسألة: والوديعة أمانة [بالإجماع^(٢)]، لا تضمن إلا بتفريط في الحفظ،
ويجب حفظها كما يحفظ ماله في المكان والشخص، فإذا دفعها إلى من يحفظ ماله
معه جاز، قال في الكافي والحفيظ: ولو منعه المودع من الدفع إليه^(٣).

مسألة: وحيث لم يعين له المودع موضعاً يحفظها فيه فإنه يحفظها حيث يليق
بها في العادة، وقال أبو حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله والوافي: بل في حرز يقطع
السارق منه ولو كان لا يليق بها. قلنا: والجيب والكم حرز على حسب
العادة^(٤) لا على سبيل الاستمرار. وحيث عين له المودع مكاناً يحفظها فيه فإن
وضعها فيه لم يضمن، قال الفقيه يحيى البحيح: إلا أن يكون غير حرز
ضمن^(٥)، وقال الفقيه حسن: لا فرق، وإن وضعها في غيره فإن كان مثله أو
أحرز منه جاز، وإن كان أدنى^(٦) في الحرز ضمن^(٧). وقال أبو حنيفة والوافي:
إن خالف من بيت إلى بيت في دار واحدة جاز، وإن خالف من دار إلى دار
ضمن^(٨).

(١) ولكن على من يردده المودع؟ يحتمل أن يردده إليه؛ لأن من كان أهلاً للإيداع كان أهلاً
للرد، قال عليه السلام: وهو المختار.. إلخ. (بستان بلفظه).

(٢) ما بين المعقوفين حاشية في (ج، د).

(٣) لأن يده يده، كما لو قال: ضعها في زاوية، فله وضعها في غيرها. (ديباج معنى).

(٤) وذلك في حال السير إلى البيت أو السوق ونحو ذلك. (بستان بلفظه).

(٥) حجة الفقيه يحيى البحيح أنه بالقبض قد لزمه الحفظ. وحجة الفقيه حسن: أنه كأنه قد
أمره بإباحتها، وخرجه للمؤيد بالله. (بستان بلفظه).

(*) قال النجري: وهو ظاهر الكتاب.

(٦) في (أ): أدون منه.

(٧) العبرة بما هو حرز لها مطلقاً مع التعيين ومع عدمه. (هاجري، وذماري، وهبل) (قرر).

(٨) لا فرق. (قرر).

مسألة: وإذا أمره بوضعها في بيت فوضعها في صندوق^(١) لم يضمن^(٢)، وكذا في العكس إلا من الفأرة^(٣) ونحوها. وإن أمره بعدم الإقفال عليها فأقفل أو أمره بقفل واحد فقط فأقفل باثنين لم يضمن، خلاف مالك والإمام يحيى^(٤). وإن أمره أن لا يدخل عليه غيره إلى المنزل الذي هي فيه فأدخل غيره لم يضمن إلا أن يكون تلفها بسبب ذلك الدخول^(٥)، ولعله يقال: إنه غير متعد في السبب فلا يضمن^(٦).

مسألة: وإذا وضعها في غير حرز كان متعدياً، فإن تلفت ضمنها، وإن سلمت ثم حفظها وزال التعدي عادت أمانة^(٧)؛ فإذا تلفت لم يضمنها إن صادقه المالك أنها تلفت بعد زوال التعدي أو بين الوديع بذلك. وكذا إذا سافر

(١) في منزل. (قررو).

(٢) وذلك لأن الصندوق حرز والمنزل حرز، إلا من الفأرة فالصندوق حرز منها، ونحوها أبو شطيف. (بستان بلفظه).

(٣) حيث لم يكن حرزاً لها. (قررو).

(٤) حجبتنا أنه زاد خيراً في الحفظ. وحجتهم أنه أوهم السارق وأغراه. قلنا: محسن، وما على المحسنين من سبيل. (بستان بلفظه).

(٥) قال عليه السلام: وذلك بأن يسرقها أحدهم أو يدل عليها من يسرقها؛ لأن تلفها قد حصل من الوجه الذي نهى عنه. (بستان بلفظه).

(٦) حيث جرى عرف بالدخول، وإلا ضمن. (مفتي) (قررو).

(٧) فإن قلت: ما الفرق بين العارية والوديعة حتى صححتم في العارية أنه إذا زال التعدي لم تعد أمانة، وصححتم في الوديعة أنه إذا زال التعدي في الحفظ صارت أمانة؟ قلت: الفرق بينها أن المستعير لم يؤذن له بإمسакها إلا وقت انتفاعه على الوجه المأذون له فيه، فإذا تعدى فقد ارتفع الإذن بالإمساک بتعديه، فلم تعد يده أمانة، بخلاف الوديعة فهو مأذون بإمساکها حتى تطلب، فإذا زال التعدي فذلك الإذن باق. (غيث).

(*) الأزهار: ومتى زال التعدي في الحفظ صارت أمانة.

بها وسلمت ثم تلفت من بعد لم يضمن، خلاف الشافعي في الكل.

مسألة: وإن تعدى فيها بالانتفاع بها أو بإخراجها إلى غيره عارية أو وديعة^(١) لا لعذر^(٢) أو رهناً أو نحوه ثم زال التعدي فقال المؤيد بالله والشافعي: لا تعود أمانة^(٣)، وقال أبو حنيفة وأحد قولي أبي طالب: تعود أمانة^(٤)، وقال أبو العباس وأحد قولي أبي طالب: تعود أمانة حيث أخرجها إلى غيره ثم ردها، لا حيث انتفع بها ثم ترك. قال في البحر: وإن استعان بغيره في حملها في الطريق لم يضمن؛ لأن العادة جارية بذلك^(٥).

مسألة: وإذا ردها مع من جرت عادته بالرد معه لم يضمن، وكذا لو ردها إلى من جرت عادة المالك بحفظ ماله معه.

مسألة: وإذا أودع صبي غير مأذون شيئاً مع غيره ثم رده إليه لم يبرأ، إلا ما جرت العادة أنه يحفظه، كثوبه ونعله ونحوهما.

مسألة: وإذا سقط الوديع فوقع على الوديعة ضمنها^(٦)، وإن سقطت^(٧) من يده فقال في التفريعات: يضمنها، قال أبو مضر: يعني إذا سار بها خلاف السير المعتاد.

(١) ظاهر الأزهار خلافه. (قررو).

(٢) ولا إذن ولا تفويض. (قررو).

(٣) قوي في غير الإيداع، وهو ظاهر الأزهار. ويدل عليه هذا الفرع الآتي في قوله: فرع: وحيث أودعها لغير عذر... إلخ.

(٤) في الإيداع. (قررو).

(٥) ولعله حيث كان المستعان به أميناً. (قررو).

(٦) سواء سقط باختياره أو بغير اختياره، وسواء سار المعتاد أم لا؛ لأنه مباشر. (قررو).

(٧) فإن انقطعت العلاقة لم يضمن ما لم يعلم أو يظن باختلافها وتمكن من دفع المخوف.

(من خط حثيث) (قررو).

مسألة: وعليه تعهد الوديعه بنشر اللحاف وطيبها بنفسه أو بغيره ولو بأجرة، ويرجع بها على المالك إذا نوى الرجوع؛ وذلك لثلا يأكلها الدود، فإن لم يفعل ضممنها^(١). وإذا خشي تلف الحب بالبلل أو الواقز مع غيبة المالك فعليه بيعه^(٢) أو سلفه من^(٣) وفي إن أمكن، وإن تعذر تصدق به ولا شيء عليه^(٤)، فإن تركه حتى تلف ضممنه لمالكه^(٥).

مسألة: ولا يجوز له السفر بها خلاف الناصر وأبي حنيفة^(٦) إلا أن يكون

(١) مع العلم بأنها تحتاج إلى التعهد. (قرر).

(٢) وذلك لأن له ولاية على الحفظ، وهذا منه. (بستان بلفظه).

(٣) ولا تعلق به الحقوق في المطالبة والقضاء والقبض ونحوها، بل إلى المالك، كذا في بيان حثيث وخطه، وهذا ظاهر حيث حضر المالك، فإن لم يوجد فلعلها تعلق به، ولا تورث عنه. (قرر).

(٤) فإن تعذر التصدق انتفع به ولا شيء عليه. (من بيان حثيث) (قرر).

(٥) وتلزمه قيمة للمالك وقيمة للفقراء إذا ترك ذلك كله. وفي حاشية: لا شيء للفقراء؛ لأن مالها معروف وليست مظلمة.

(*) قال شيخنا: القياس للفقراء كما يأتي، لا للمالك؛ لأنه غير غاصب، وهذا حيث لم يتمكن من البيع، فإن تمكن من البيع ولم يبيع حتى تعذر ثم تمكن بعد ذلك من التصدق ولم يتصدق حتى تلف ضمن للمالك وللفقراء^[١]، فإن لم يجد صرفها في نفسه ولا شيء عليه. (قرر)^[٢].

(*) حيث تمكن، وإلا فلا. (قرر).

(٦) قوله: «خلاف الناصر وأبي حنيفة» يعني فيجوز له السفر بها كماله. قلنا: المسافر وما معه على خطر في الهلاك إلا ما وقى الله فسلم، فهو من غير ضرورة جنائية، ولأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أراد الهجرة وعنده ودائع دفعها إلى أم أيمن وأمر علياً عَلَيْهِ السَّلَام بردها إلى أهلها. (بستان بلفظه).

[١] بل للمالك فقط، وقواه المتوكل على الله عَلَيْهِ السَّلَام، وقرره إبراهيم حثيث، ولا شيء للفقراء؛ لأن مالها معروف.
[٢] وقيل: إن قوله: فإن تركه.. إلخ عائد على إمكان بيعه أو سلفه فيستقيم الكلام. (مفتي). فلا نظر على ما سبق في الهدى.

مفوضاً في حفظها أو خاف عليها ولم يجد أميناً يودعها عنده ومالكها غائب^(١).
مسألة: وليس له أن يودعها مع غيره إلا أن يأذن له المودع ولو كان وصياً أو نحوه، وإلا أن يخاف عليها ولم يجد مالکها، فأما لغير عذر فلا يجوز ولو أودع ماله معها ولو مع الحاكم^(٢). وإذا ناكه المالك في العذر فعليه البيّنة به^(٣) إلا ما كان ظاهراً. وإذا كان هناك حاكم عند العذر فقال الفقيه يحیی البحيح: إنه مخير بين الدفع إليه أو إلى غيره^(٤)، وقيل: بل يدفعها إليه؛ لأنه كالمالك، فإن أودعها مع غيره ضمن.

فرع: وحيث أودعها لغير عذر فهما غاصبان، وإن ردها الثاني إلى الأول برئ^(٥)، لا إن دفع قيمتها بعد تلفها إليه^(٦)، وللمالك طلب أيهما شاء بضمانها، وقرار الضمان على الثاني إن علم أو جنى، وإن لم فعلى الأول. وقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا يطلب الثاني، ولا يرجع الأول على الثاني بما ضمن ولو علم إلا أن يجني.

مسألة: ومن أودع ماله مع صبي فإن كان مأذوناً له به^(٧) وله فيه مصلحة

(١) عن الناحية، وهي البريد، كذا في بيان حثيث.

(*) أو كانت عادته السفر بالودائع فله ذلك. (قرر).

(٢) لعله حيث لم يقصد به الرد مع غيبة المالك.

(٣) وعن المفتي: القول قوله؛ لأنه أمين، ولا يعرف إلا من جهته.

(٤) وهكذا في التذكرة وأحد احتمالين في الانتصار؛ لأن المقصود الأمانة. والثاني اختاره في

البحر للمذهب، وأشار إليه في اللمع: أنه يدفعها إلى الحاكم؛ قال عليه السلام: لأن أمانة الحاكم

مقطوع بها، وأمانة الأمين مجتهد فيها، فكما لا يجوز العمل على القياس مع وجود النص

لا يجوز إعطاء الأمين مع الحاكم. (بستان).

(٥) لأنها تعود أمانة. (قرر).

(٦) لأنه مأذون بإمساك العين دون القيمة.

(٧) أو إذناً عاماً. (قرر).

صح، وإن لم فقد سلطه عليه فلا يضمنه ولو أتلفه، خلاف الوافي وأحد قولي الشافعي. قلنا: إلا فيما لا يستباح بالإباحة، نحو أن يكون لغيره أو كان حيواناً فجنى عليه الصبي^(١) فإنه يضمن.

مسألة: وإذا كانت الوديعة حيواناً فعلفه وسقيه على مالكة^(٢)، فإن غاب^(٣) أو تمرد^(٤) لزم الوديع ذلك، ويرجع به إذا نواه، قال الفقيه علي: مطلقاً^(٥) ولو لم يمتنع المالك، وكذا في المستعير^(٦) والملتقط^(٧)، وقال الفقيه حسن: إنه على التفصيل والخلاف الذي في الشريك. فلو لم يفعل الوديع حتى تلف الحيوان ضمنه، خلاف أبي حنيفة.

وأما مع حضور المالك وتمكنه وعدم تمرده^(٨) فقال في الكافي: لا يضمن الوديع، وقال في البحر: يضمن، إلا إذا قال له المالك: «لا تعلفه» فتركه حتى مات أثم ولم يضمن^(٩)، كما لو أمره بإحراق ماله ففعل أثم ولم يضمن، بخلاف

(١) بغير الذبح. (قررو).

(٢) وليس له أن ينفق من مال المالك - إذ لا ولاية له عليه - إلا بأمر الحاكم، وقد ذكر معناه في المقصد الحسن. (قررو).

(٣) قال الفقيه يحيى حميد: المراد عند حاجة الحيوان، لا أن المراد غائب غيبة يصح فيها الحكم.

(٤) لعله حيث لم تمكن التخلية إليه. (قررو).

(٥) حاضراً أو غائباً.

(٦) أما في المستعير فالعرف بخلاف ذلك، وهو أن مؤنة الحيوان المستعار على المستعير.

(٧) أما الملتقط فيرجع مطلقاً ولو كان صاحبها حاضراً. (قررو).

(٨) يقال: وأي تمرد أعظم من إهمالها حتى تلفت؟ (شامي).

(٩) الصحيح الضمان مع بقاء الإيداع. (هبل). ولفظ حاشية: المختار الضمان، وهو أحد

احتمالين في الانتصار، إلا أن يخل بينه وبين مالكة حتى تلف فلا ضمان.

ما لو قال: «اقتل بقرتي» فقتلها^(١) فإنه يضمن، لكن ينظر في الفرق بين المال والحيوان مع كونه لا يجوز في الكل، ولعل الفرق كون الحيوان له حرمة، فصار ممنوعاً فيه من وجهين: كونه إتلاف مال، وكونه هتك حرمة.

فروع: وحيث يرجع بالعلف إذا اختلفا في قدره فالقول قول الوديع في قدر^(٢) المعتاد^(٣)، وإن اختلفا في قدر مدته فعليه البينة، ذكره في البحر.

مسألة: وليس له أن يستقرض الوديعة ولا شيئاً منها^(٤)، خلاف مالك^(٥). وله نقلها، لا فتحها^(٦)، فإن فتحها من غير نية أخذ لم يضمنها^(٧)، خلاف الشافعي، وإن نوى أخذها أو شيئاً منها ولم ينقل لم يضمن، خلاف أحد قولي المؤيد بالله^(٨)، وكذا لو نوى عدم ردها. وإن نقلها مع نية الأخذ فإن نوى أخذها الكل صار ضامناً لها^(٩)، فلو تركها وعزم على ترك الأخذ منها جاء الخلاف

(١) يعني: على غير الوجه المشروع.

(٢) في (ج): في القدر.

(٣) لأنه أمين، فأما في قدر المدة فالأصل براءة الذمة إلا ما قامت عليه بينة. (بستان بلفظه).

(٤) إلا أن يعرف رضا مالكها بالاستهلاك جاز الإقدام. (قرر).

(٥) حجته: أن ذمة الوديع أحفظ حذراً من الطوارئ. وحجتنا: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يحل مال

امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بستان).

(٦) إلا للتعهد.

(٧) ما لم تتلف بسبب ذلك الفتح. (مفتي) (قرر). لأنه متعدد. وفي بعض الحواشي: ولو تلفت.

(٨) قوله: «خلاف أحد قولي المؤيد بالله» ومثله عن ابن سريج، حججتنا: أن أفعال القلوب لا تأثير لها في الضمان، كما لو نوى غصب مال فلان أو قتله. وحجتهم: كما يضمن اللقطة إذا نوى أنه يملكها. قلنا: وكذا لو نوى عدم ردها؛ لما مر، قال في الانتصار: ويحتمل أن يضمن؛ لأنه صار ممسكاً لها على نفسه، والمختار الأول. (بستان بلفظه).

(٩) يعني: فمتى تلفت ضمنها؛ لأنه قد تعدى فيها.

المتقدم؛ فعلى قول أبي حنيفة وأحد قولي أبي طالب: تعود أمانة، وعلى قول المؤيد بالله والشافعي وأحد قولي أبي طالب: لا تعود أمانة. وإن نوى أخذ بعضها فقط فإن لم ينقل إلا هو ضمنه فقط، وإن نقلها الكل لم يضمن إلا ما نوى أخذه^(١)، وقال أصحاب الشافعي: يضمنها الكل^(٢). قلنا: وإذا أخذ بعضها ثم رده بعينه جاء الخلاف الأول هل يعود أمانة أم لا^(٣)، وإن رد بدله فإن لم يتميز عن باقيها ضمنها الكل^(٤)، وإن تميز لم يضمن باقيها، بل ما أخذ فقط.

مسألة: وإذا غصبت الوديعة فللوديعة المطالبة بها، لا بقيمتها بعد تلفها^(٥)، ذكره المؤيد بالله، وقال القاضي زيد: بل له طلب قيمتها. فأما المرتهن والملتقط فلها المطالبة بالعين وبالقيمة^(٦).

(١) هذا الذي يختاره المشائخ.

(٢) وقواه المفتي، وهو ظاهر الأزهار.

(٣) المذهب لا يعود.

(٤) وذلك لأنه خلطها على وجه لا يمكنه ردها بعينها؛ فلهذا ضمنها، فإن خلطها بمال مالكةا فوجهان، أصحهما لا يضمن؛ لأن الجميع له. والثاني: يضمن؛ لأن المالك لم يرض بالخلط. (بستان بلفظه).

(*) إذا تلفت. (كواكب). ولا يوجب الملك إذا كان مثلياً متفقاً. (عامر) (قرر).

(*) إن استهلك. (مفتي).

(*) سواء كانت مثلية أو قيمية؛ لأنه متعدد بالخلط؛ إذ هو جنانية.

(*) وذلك لأن الذي رده هو ملك له، فيكون قد خلط باقي الوديعة بملكه، فيضمنه إذا تلف. (كواكب).

(٥) لأنه مأذون بإمسك العين فقط.

(*) وعليه مفهوم الأزهار في اللقطة في قوله: ومطالبة الغاصب بالقيمة.

(٦) قال الفقيه يحيى البحيح: والفرق بينهما وبين الوديعة أنه مأذون له بإمسك العين لا القيمة.

مسألة: إذا قال المودع للوديع: «إن جئتك إلى وقت كذا وإلا تصدقت بها» ثم مضى ذلك الوقت وتصدق بها لم يضمن، إلا أن يتبين^(١) أنه قد كان مات المودع ضمن هو والفقير^(٢)، والقرار على الفقير^(٣)، إلا إن كان قال: «تصدق بها ولو مت» كانت وصية من الثلث إذا بان أنه تصدق بها بعد الموت^(٤)، ويضمن الزائد على الثلث إن علم به، لا إن جهل^(٥)؛ لأن الموصي غار له. وإن كان جعلها وصية فقط -نحو أن يقول: تصدق بها بعد وقت كذا إن مت- فإنه يضمن إلا أن يتبين^(٦) أنه تصدق بها بعد موته^(٧).

مسألة: إذا ترك الوديع رد الوديعة خوفاً من ظالم على نفسه^(٨) أو ماله فبقيت معه حتى تلفت لم يضمنها، قال قاضي القضاة: وكذا لو امتنع من تسليمها لمالكها لما عرف أن الظالم يأخذها على مالكها إن سلمها إليه أو أنه ينفقها في معصية^(٩).

(١) بعلم أو ظن. (فتح معنى) (قررو).

(٢) وذلك لأنها وكالة، والوكالة تبطل بالموت، فإن التبس الحال هل تصدق بها قبل موته أو بعده فلا ضمان؛ لأن الأصل الحياة وبراءة الذمة. (بستان).

(٣) إن جنى أو علم. (قررو).

(٤) أو في المرض المخوف. (قررو).

(٥) ولم يقصر في البحث. (بيان من الحج) (قررو).

(٦) في (ب، ج): يبين.

(٧) يعني: فلا ضمان، فلو التبس الحال فيحتمل أن لا يضمن؛ لأن الأصل براءة الذمة، ويحتمل أن يضمن؛ لأن الأصل الحياة، وهو الأظهر. (بستان).

(*) وكانت تخرج من ثلث تركته، وإلا جاء الكلام الأول.

(٨) ولو ضرراً؛ لأن الرد ترك واجب، وهي تبيحه الضرورة.

(٩) المختار الضمان في الصورتين جميعاً. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام). وبنى في

الهداية على خلاف قول قاضي القضاة.

فرع: وإن أكره الظالم الوديع على أن يسلم الوديعة إليه فسلمها: فإن كان الإكراه بالضرب أو الحبس أو أخذ مال له لا يححف به لم يجوز له وضمن، وإن كان الإكراه خوف القتل أو قطع عضو أو أخذ ماله الذي يححف به جاز له التسليم ولم يضمن عند الهدوية، وقال المؤيد بالله: يضمن^(١). وإن أكرهه على أن يخبره بموضعها فأخبره ثم أخذها الظالم فقال المؤيد بالله: لا يضمن، وقال القاضي زيد والفقهاء: يضمن^(٢). ولعله حيث الإكراه بدون القتل ونحوه^(٣).

مسألة: وإذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير فاشترى الوديع بعينها^(٤) شيئاً ملكه، وتصديق بربحه متى ربح فيه على قول الأحكام^(٥) وأبي حنيفة، خلاف المؤيد بالله والمتتبع. وإن اشترى إلى الذمة ثم دفعها لم يتصدق بالربح وفاقاً، ذكره القاضي زيد، وقال أبو جعفر: بل على الخلاف.

فرع: فإن كان نوى الشراء بها للملكها فإن أجاز فهو له، وللوديع أجرته على الشراء، ذكره الهادي، وهو محمول على أنه نوى الأجرة لنفسه^(٦) وصادقه المالك، فمع إجازته يكون قد أجاز الشراء والإجارة^(٧) معاً. وإن لم يجوز الشراء

(١) ولا إثم، ويرجع. (قرئ).

(*) كما ذكر في الجنائيات: وفي المكروه خلاف.

(٢) لأنه أساء في الحفظ.

(٣) على قول الهدوية، والمختار قول المؤيد بالله: إنه يضمن ولو بالقتل.

(*) وظاهر الأزهار لا فرق. (قرئ).

(٤) ودفعها. (قرئ).

(٥) لأنه ملكه من وجه محذور. (بستان).

(٦) أو حيث كانت عاداته العمل بالأجرة. (تعليق دواربي) (قرئ).

(*) أو كان يعتادها. (قرئ).

(٧) شكك على الإجارة في بيان حثيث؛ لأن الإجارة فاسدة. اهـ قد تقدم في المضاربة^[١] نظيره فلا وجه للتشكيك^[٢]. (شامي) (قرئ).

[١] في قوله: مسألة: وإذا خالف العامل فيما أمره المالك... إلخ.

[٢] وهو يقال: الفرق ممكن بأن يقال: في المضاربة مأمور بالبيع في الجملة وإنما صار فضولياً بالمخالفة، بخلاف هنا فهو ممنوع من البيع.

رد المبيع لبائعه إن أضافه إلى المودع باللفظ، أو بالنية وصادقه البائع^(١)، وإن لم بقي للوديع^(٢) وغرم الدراهم، ويملكه ظاهراً لا باطناً^(٣)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل ظاهراً وباطناً.

مسألة: من كان معه لغيره وديعة أو دين أو مظلمة وغاب المالك فإنه ينتظره حتى يحصل له اليأس من رجوعه^(٤) أو من معرفته لو رجع ثم يتصدق بها^(٥)، ولا يدفعها إلى ورثته، إلا إذا هم فقراء جاز ولم يجب، وإذا عاد المالك وعرفه بعد ذلك ضمن هو والفقير. وإن لم يحصل له اليأس أمسكها، فإن حضرته الوفاة أوصى بها إلى ثقة^(٦) حتى يعود مالها أو يمضي عليه من مولده مائة وعشرون سنة^(٧)، ثم يدفعها إلى ورثته أو ورثتهم^(٨)، فإن حصل له ظن بموته قبل ذلك

﴿*﴾ وهذا يدل على أن الإجازة تلحق الفاسد كما ذكره الفقيه حسن والوافي هناك. اهـ لأنه تولى طرفي العقد واحد في الإجارة، فهذا وجه الفساد.

(١) ولا أجره له. (قررد).

(٢) يعني: ويتصدق بربحه على الخلاف المتقدم. (بستان بلفظه).

(٣) ولعله يأتي كلام البيان الذي في المضاربة قبيل فصل الاختلاط، وهو أنه قد أباحه له البائع، وقد نقل في البيع أيضاً على شرح قوله: أو قصد البائع عن نفسه، يعني: نقل كلام البيان الذي في المضاربة إلى هنالك، فلعله هنا كذلك، والله أعلم. (من خط سيدي الوجيه).

(٤) وجه التشكيك أنه لا يكفي اليأس من رجوعه، فينتظر عمره الطبيعي ويدفعها لورثته. ومثل معناه في الكواكب. (قررد).

(٥) وذلك لأنه مال لا يعرف له مالك، ولا حق للورثة فيه في هذه الحال. (بستان).

﴿*﴾ لثلاث فوات منفعتها، قلت: وهو قوي؛ رعاية للمصلحة. (بحر) وبنى عليه في الأثران والفتح، وعلى هذا مال الغائب يكون بقاءه في يد ورثته أولى لهذا الوجه؛ لأن حبسه إضاعة للمنافع، وجعله بيد الغير يؤدي إلى المشقة البليغة بحفظ غلاته سيما مع طول المدة، ويبد أحدهم أيضاً كذلك، ولما يؤدي إليه من الشجار. (حاشية محيرسي) (قررد).

(٦) ويشهد.

(٧) قال المؤيد بالله: بل إلى أن يحصل له الظن بذلك. وقواه الإمام في البحر في كتاب النكاح كما مر. (شرح فتح).

(٨) من كان يرثه بنفسه، لا بواسطة كزوجات الأولاد والإخوة لأم ونحو ذلك، كأم الابن

بأمانة^(١) أو بخبر عدل جاء الخلف الذي في زوجة المفقود^(٢).

مسألة: وإذا التبس على الوديع أي الرجلين أو دعه، أو أودعه شخصان وديعتين ثم تلفت إحداهما والتبس عليه لمن الباقية منهما - فإنهما يتداعيان بينهما، فأيهما بين حكم له، وإن لم فأيهما حلف [دون]^(٣) صاحبه^(٤) حكم للحالف، ومن نكل حكم عليه، وإن بينا أو حلفا أو نكلا قسمت بينهما، ولا يمين لهما على الوديع بعد دعواه اللبس؛ لأنه لا يصح إقراره لأيهما، إلا أن يدعي عليه^(٥) أنه يعلم أنها له فيحلفه^(٦) على ذلك^(٧)، وإن نكل لزمه الرد إن أمكن استفداؤه^(٨)، وإلا ضمن له ما صار إلى الثاني منها^(٩).

بعد طلاقها حيث مات ابنها قبل مضي عمر أبيه الطبيعي صاحب الوديعة. وكذا حيث مات الأولاد في الصورة الأولى قبل مضي العمر الطبيعي لأبيهم المودع فلا شيء لإخوته لأم ونحوهم. (إملاء شامي) (قررو).

(١) المذهب الشهادة الكاملة.

(٢) فعلى قول المؤيد بالله والمنصور بالله يعمل بخبر العدل، وذكره أبو جعفر والقاضي جعفر للهادي عليه السلام، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يعمل به عند الهدوية. وأما الأمانة القوية فقال الإمام يحيى والفقيه يحيى البحيح: يعمل بها عند المؤيد بالله لا عند الهدوية. (بستان بلفظه).

(٣) ما بين المعقوفين مصحح به في (أ).

(٤) ونكل الثاني أو حلف^[١] أصلاً ورداً. (قررو).

(٥) أحدهما.

(٦) يعني: على العلم. وقيل: على القطع. (قررو)^[٢].

(٧) يعني لو ادعى عليه أو أحدهما أنه جنى على الوديعة أو استهلكها بدعواه اللبس مع علمه بها فإنها تلزمه اليمين. (بستان).

(٨) بما لا يجحف.

(٩) فإن تعذر فالمثل أو القيمة. (قررو).

(*) في (ب، ج، د): منها.

[١] يعني: صاحبه.

[٢] التقرير هنا في (ج)، وفي هامش شرح الأزهار مذهب على القطع، وفي (ب، د) قرر على قوله: «على العلم».

مسألة: من أودعه اثنان شيئاً ثم جاء أحدهما وطلبه يسلم له قدر نصيبه منه لم يجوز إلا بأمر الحاكم^(١) إذا كانت غيبة شريكه يجوز فيها الحكم عليه، خلاف زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة؛ لأنهم يمنعون الحكم على الغائب. فإن كان الوديع قد أتلّفها جاز له أن يعطي كل واحد منهما حقه من قيمتها وحده؛ لأن ذلك ليس بقسمة، وما قبضه أحدهما فهو له وحده؛ إذ لا ولاية له على نصيب الثاني، بخلاف الوارث والشريك في شركة المكاسب فما قبضه فهو للجميع؛ لأنه يقبضه بالولاية. وروى في التمهيد عن المؤيد بالله وأبي جعفر أن بعض الورثة إذا قبض نصيبه من دية القتل كان له وحده^(٢).

فرع: فلو كانت الوديعۃ من ذوات الأمثال لم يجوز أن يعطي أحدهما قدر نصيبه إلا إذا اتفق مذهبهم على أن قسمتها إفراز، قال الفقيه محمد بن سليمان: ويكون مشروطاً بأن يصير الباقي إلى شريكه^(٣)، وقال الفقيه يحيى البحيح: غير مشروط.

مسألة: إذا حضر الوديع الموت لزمه رد الوديعۃ إن أمكنه^(٤)، وإلا دفعها إلى

(١) هذا فيما قسمته بيع أو اختلف المذهب.

(*) الأزهار: ويعطي الطالب حصته مما قسمته إفراز.

(٢) المذهب خلافه.

(*) الأزهار: ولا يستبد أحد بما قبض.

(٣) إلا أن يكون بأمر الحاكم كان ما أخذ الشريك له والباقي للغائب بغير شرط؛ لأن الحاكم ينوب عن الغائب. (تهامي ومن خط الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٤) قال الإمام يحيى: لأنه لا يمكن الإمساك حقيقة مع الموت، فيجب عليه الرد. (ح).

قلت: قد تقدم أنه يحكم بالتلف إن أهمل ذكرها، وأنه يجب على الوارث الرد، ولم يذكر هذا الحكم على الوديع في الأثر والأزهار، وعلى هذا الأصل الذي في البحر والبيان يكون القول قول المودع أنه ما ترك الرد إلا لعدم التمكن، والله أعلم. (مفتي). يقال: بالنظر إلى ظاهر الشرع أن القول قوله عند الحاكم، وأما بالنظر إلى الباطن فيجب على الوديع ما ذكر في الكتاب، ولا منافاة ولا مناقضة. (شامي).

الحاكم أو إلى ثقة وأشهد عليها^(١).

فرع: وإذا مات الوديع أو نحوه^(٢) ممن في يده مال لغيره أمانة فإن التبس حاله فقال أبو طالب: الظاهر عدم بقاءه^(٣)، وقال المؤيد بالله^(٤): الظاهر البقاء، فيضمن من تركته. وإن كان قد ادعى تلفه وحلف فلا شيء عليه، وإن لم يكن قد حلف حلف ورثته ما يعلمون بقاءه^(٥). وإن كان أقر ببقائه مطلقاً^(٦) كان ديناً^(٧) في تركته من جملة ديونه، وقال القاسم: بل تقدم ديونه عليه. وإن أقر به وعينه فقال الفقيه محمد بن يحيى: لا يجوز لو ارثته نقله إلا بإذن مالكة إن أمكن، وإن لم ففي اعتبار إذن الحاكم تردد^(٨)، قال القاضي زيد وأبو مضر: ويجب عليه

==
 (*) ومثله في البحر، قال: ويضمن إن تمكن ولم يفعل. ويخط علي بن زيد: أنه يلزم من ذلك أن يضمن الوارث مطلقاً إلا حيث لم يتمكن الوديع من ذلك كله، وظاهر النصوص أنه كملقى طائر.

(١) قال عليه السلام: فلو لم يشهد ضمن للتفريط؛ لأن الظاهر أن كل ما في يده له. قال عليه السلام: وإذا مات ووجد بخطه أن الكيس الفلاني لزيد، أو وجد على الكيس اسم رجل - لم يحكم بذلك؛ لأنه قد يودعه غيره شيئاً ثم يملكه، أو يشتري كيساً مكتوباً عليه اسم رجل. (بستان بلفظه).

(*) لعله حيث كان الوارث غير أمين.

(٢) يعني: من مستعير أو عامل أو شريك أو وصي أو ولي أو متولٍ أو عدلٍ فالكلام واحد. (بستان بلفظه).

(٣) وعليه الأزهار: وما أغفله الميت حكم بتلفه.

(٤) وقواه الشامي، واختاره المتوكل على الله.

(٥) ولا يظنون. (قرر).

(٦) غير معين.

(٧) إذا كان الإقرار قبيل الموت بوقت لا يتسع رداً ولا تلفاً حكم بالبقاء اتفاقاً.

(٨) المختار لا يحتاج إلى حكم حاكم؛ لأن ولايته أقدم.

رده لمالكه، فإن لم يفعل بعد إمكانه حتى تلف ضمنه^(١)، وقال الفقيهان يحيى
البحييح وعلي: لا يلزمه^(٢) رده ولا حفظه حتى ينقله، ثم يلزمه حفظه من بعد
والتخلية بينه وبين مالكه إن طلبه.

فروع: فلو وصفه الميت بصفة يعرف بها ثم لم يوجد ذلك بعد موته وجب
ضمانه^(٣) من تركته، خلاف الإمام يحيى.

مسألة: إذا دفع الوديع الوديعه إلى أجنبي^(٤) ثم ادعى أن مالكها أذن له
بذلك فعليه البينة، وقال المنصور بالله: يقبل قوله مع يمينه^(٥).

مسألة: وإذا قال الوديع: ما عندي لك وديعة، ثم ادعى أنه قد ردها - لم تقبل
إلا ببينة^(٦)، وإن ادعى أنها تلفت وبين لم تقبل إلا أن يشهدوا أنها تلفت قبل

(١) فالأزهار يوجب الرد بالمباشرة إلى مالكه، وهذا قول القاضي زيد وأبي مضر وأصحاب
الشافعي، قال في شرح الذويد: وهو المفهوم من كلام أبي طالب والهادي. والمؤلف
يوجب الحفظ له فقط حتى يأتي المالك، وهو قول الفقيهين يحيى البحييح وعلي. وهذا
كله إنما هو بعد النقل، لا قبل النقل فلا يلزم إلا الإعلام والتخلية فقط. (شرح فتح).
وظاهر كلام القاضيين وإن لم ينقل، وإنما هذا للفقيه حسن فيحقق. (من خط سيدنا
حسن). بل هو تأويل - أعني كلام الفقيه حسن - لكلامهما. (من هامش شرح الأزهار).

(٢) قوي، واختاره الإمام شرف الدين. وقواه المفتي.

(٣) حيث لم يمض عليه وقت يجوز فيه رد ولا تلف. (قرر).

(٤) وهو من لم تجر العادة بالرد معه. (نجري) (قرر).

(٥) لأنه أمين، قلنا: في دعوى الرد، لا في الإخراج عن اليد. (بستان).

(٦) وعليه الأزهار في قوله: وللمالك في ذلك إن جحدت فبين.

(*) القياس أن قوله مقبول في الرد ولا يحتاج إلى بينة؛ لأن قوله: «ما لك عندي وديعة» لا
يكون جحوداً، بل يحمل على أنه قد ردها أو على أنها قد تلفت، وقوله في ذلك مقبول،
وإنما المنوع لو قال: «ما أودعني شيئاً» كما يأتي في الأزهار في قوله: ولا تسمع دعوى..
إلخ، وفي الكتاب أيضاً قريباً، وإنما يستقيم كلام الكتاب إذا ادعى الرد بعد هذا الجحود

إنكاره لها^(١)، فإن لم يبين بذلك بل حلف عليه فقال المؤيد بالله: تقبل يمينه^(٢)، وقال القاضي زيد: لا تقبل^(٣).

فرع: فإن قال: «ما أودعتني شيئاً» ثم ادعى الرد أو التلف لم تقبل دعواه ولا بيته؛ لأن إنكاره لأصلها يكذبه^(٤)، بخلاف قضاء الدين إذا بين به بعد إنكاره

وأضافه إلى الودعة المتقدمة استقام؛ لأنه قد صار غاصباً، ولعل ما في الكتاب يستقيم حمله على هذا. (إملاء شامي).

(*) فتقبل سواء كان الرد بعد الجحود أم قبله. (قرئ).

(*) وذلك لأنه بالجحود خرج عن كونه أميناً وصار غاصباً، فلا يقبل قوله في الرد إلا ببينة. (بستان).

(١) ولفظ الغيث في ذلك: قال القاضي زيد: فإن بين أنها تلفت قبل الجحود فلا ضمان عليه؛ لأنها تلفت قبل دخولها في ضمانه. قلنا: وهذا إذا قال: ما لك عندي وديعة؛ لأن بيته بالرد والتلف لا تنافي هذا القول، وقد قال المؤيد بالله: إذا قال: «ما لك عندي وديعة» فقامت بيته بالإيداع فادعى أنه قد ردها أو تلفت قبل قوله في الرد والتلف؛ لأن قوله: «ما لك عندي وديعة» ليس بجحود حقيقي، فأما القاضي زيد فقال: لا يقبل قوله في الرد والتلف، بل يبين. قلت: القياس قول المؤيد بالله. وأما لو قال: «ما أودعتني شيئاً» فإنها لا تسمع بيته بعد ذلك لا بالرد ولا بالتلف؛ لأن قوله: «ما أودعتني» مكذب لبيته فلا تقبل.

(*) لا بعده فتلزمه القيمة. (قرئ).

(٢) واختاره الشامي.

(*) لأن قوله: «ما لك عندي وديعة» ليس بجحود حقيقة، قال الإمام يحيى: وقول المؤيد بالله هو القياس.

(٣) ما لم تكن يمين رد. (قرئ).

(٤) يعني: يكذب دعواه وبيته بالتلف؛ لأن تلفها عنده فرع على الإيداع، وهو قد أنكره، فيضمن. (بستان بلفظه).

له فإنها تقبل بينته؛ لأن القضاء ليس بفرع على الثبوت^(١)، فقد يقضي ما ليس بواجب عليه^(٢). وكذا البراء إذا بين به^(٣).

مسألة: إذا سلم الوديع الوديعۃ فقال المالك: «ما هذه وديعتي» فالقول قول الوديع مع يمينه، فإذا حلف برئ وصار ما سلمه لبيت المال^(٤).

فرع: وإذا ادعى أنه ردها مع ولده أو خادمه قبل قوله مع يمينه^(٥)، فلو أنكر الخادم أو الولد أو ادعى تلفها معه قبل قوله مع يمينه^(٦)، فإذا حلف فلا شيء للمالك، وإن نكل عن اليمين ضمنها وحده كما إذا أتلفها.

فرع: فإن ادعى ردها مع أجنبي^(٧) وأنكر الأجنبي فله تحليفه ثم يضمنها^(٨)، وإن صادقه الأجنبي أو بين عليه أو نكل عن اليمين فهما ضامنان، وللمالك طلب أيهما شاء، والقرار على الأجنبي إن علم أو جنى أو فرط، وإن لم

(١) لعله يقال والله أعلم: إن دعوى القضاء فرع لثبوت الدين كما صرح به في شرح الأزهار شرح قوله: والإقرار في البيان في الإقرار في قوله: مسألة إذا قال المدعى عليه: قد قضيتك كان إقراراً، وعليه البينة بالقضاء، وإنما قبلت بينته بالقضاء هنا بعد إنكاره المحض لكونه ملجأً إلى ذلك؛ لأنه لا يقبل قوله بالقضاء مثلما لا يقبل قول الوديع ونحوه، وهذا على الفرق الذي ذكره القاضي عامر رحمته الله في الدعوى على قوله: تقدم ما يكذبها محضاً، وقرروا عليه أئمتنا، هذا ما ظهر. (إفادة سيدنا العلامة عبدالرحمن الأكواع رحمته الله).

(٢) يعني: تفادياً للخصومة أو لليمين. (بستان).

(٣) يعني: إذا أنكر الدين ثم بين أن المالك قد أبرأه قبلت.

(٤) ويأتي على قول الإمام يحيى وظاهر اللمع أنها لا تصير لبيت المال، بل تبقى للوديع؛ لأن إقراره كالمشروط. (قررو).

(٥) بناء على أن العادة جارية بالرد معه. (قررو).

(٦) يعني: الولد أو الخادم.

(٧) حيث لم تجر العادة بالرد مع الأجنبي، وإلا كان كالولد والخادم. (قررو).

(٨) أي: الوديع.

فعلى الوديع. فإن قال الوديع: قد ردها الأجنبي إليه ثم تلفت عنده فعليه البيئنة بالرد إليه، فإذا بين كان القول قوله في تلفها عنده على القول بأنها تعود ^صأمانة^(١)، خلاف المؤيد بالله والشافعي^(٢).

مسألة: وإذا ادعى الوديع تلفها عنده قبل قوله مع يمينه، سواء ذكر سبب تلفها أو قال: لا أدري كيف تلفت، وقال أصحاب أبي حنيفة: إذا لم يذكر سبب تلفها ضمنها، وقال أصحاب الشافعي: إذا ذكر سبب تلفها فعليه البيئنة به إذا هو مما يمكن البيئنة به.

مسألة: وإذا تلفت الوديعة ثم اختلفا هل هي وديعة أو غيرها فحيث لا يقر الوديع بالأخذ أو القبض ولا يدعي لنفسه فيها حق التصرف ولا الملك، بل قال: كانت معي وديعة - يقبل قوله مع يمينه مطلقاً^(٣)، وحيث يقر بأخذها أو بقبضها وديعة وأنكر المالك التسليم إليه، بل قال: أخذتها غصباً - فالقول قول المالك مع يمينه. وحيث يقر الوديع بأخذها مضاربة أو عارية فقال المالك: بل غصباً أو قرضاً فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأن الوديع مدع لجواز التصرف فيها من غير ضمان، وكذا لو قال المالك: قرضاً فقال: بل قراضاً؛ لأنه يدعي جواز التصرف من غير ضمان، وكذا في العكس^(٤)؛ لأنه يدعي ملكها. وحيث

(١) وهو القوي المناسب لما تقدم. (تهامي).

(٢) بناء منها على أنه ليس بمتعد في الحفظ بل في التصرف، وهو إحدى نسختي التذكرة في الإيداع. (٣) يعني: سواء ادعى المالك أنه أخذها غصباً أو قرضاً أو قراضاً أو غير ذلك؛ لأن الوديع لم يدع فيها ملكاً ولا حق تصرف ولا أقر بالأخذ، وفي الطرف الثاني قد أقر الوديع بالأخذ وادعى أنه وديعة، فعليه البيئنة. والطرف الثالث والرابع تعليلهما في الكتاب. (بستان).

(٤) الأزهار في المضاربة خلافه. ولعله يأتي على قول الفقيه حسن. (*) وظاهر الأزهار في هذا الطرف أن القول قول العامل^[١]، والذي بنى عليه في الكتاب قول الفقيه حسن.

[١] فيكون القول قول الوديع. (قرير).

قال الوديع: أخذتها وديعة، وقال المالك: بل قرضاً - فقال المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب: القول قول المالك؛ لأن الوديع قد أقر بالأخذ، وعلى اليد ما أخذت، وقال أبو حنيفة وأحد قولي أبي طالب: القول قول الوديع^(١)؛ لأن المالك قد أقر بالتسليم إليه.

مسألة: وإذا ادعى أجنبي أنه رسول إلى الوديع من المالك بقبض الوديعه فأعطاه ثم أنكر المالك أنه ما^(٢) أرسله ولا أوصله الوديعه فالقول قول المالك مع يمينه، فإذا حلف كان له تضمين أيها شاء^(٣)، والقرار على الرسول إن أعطاه الوديع مكذباً له، أو مصدقاً وضمنه إياها^(٤)، أو لا مصدقاً ولا مكذباً. وإن أعطاه وصدقه بأنه رسول فلا رجوع لأيهما على الآخر؛ لأن عنده أن ما أخذ منه المالك فهو ظلم.

فرع: وهكذا في الدين إذا ادعى الغير أنه رسول بقبضه فسلمه له من هو عليه ثم أنكر صاحب الدين ما أرسله وحلف، إلا أنه يفارق الوديعه في وجوه ثلاثة: الأول: أنه إذا صادقه في الرسالة أجبر على التسليم إليه في الدين لا في الوديعه؛ لأنها عين مال الغير^(٥) فلا يجبر إلا بعد البيئته والحكم.

الثاني: أنه يجوز له التسليم في الدين سواء صدقه أو كذبه؛ لأنه مال نفسه، ولا

(١) وعليه الأزهاري في المضاربة في قوله: ولمدعي المال وديعة منها.

(٢) لعل «ما» زائدة.

(٣) إذا صادق الرسول أو أقام الوديع البيئته بالتسليم إليه. (برهان) (قرر).

(٤) إذ يصير كضمان الدرك. فإن قيل: إن ضمان الدرك لمن له الحق، وهاهنا ضمن لمن عليه الحق، فجواب هذا أن الضمان يؤول إلى من له الحق؛ لأن المرسل إذا رجع على الدافع فعند الرسول أن هذا الرجوع ظلم فقد ضمن للمظلوم، والحق له.

(٥) لكن يقال: فلم صح مصادقة مدعي الإرث مع كون المال عين مال الغير؟ ينظر في الفرق. (شرح أثمار).

يجوز في الوديعة، إلا أن يظن صدقه جاز^(١) فيما بينه وبين الله تعالى فقط.

الثالث: أنه إذا دفع إليه مكذباً له ثم ضمن فله الرجوع عليه وفاقاً في الوديعة، وفي الدين خلاف، فقال المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب: لا يرجع عليه؛ لأنه وكيل له، وقال أبو حنيفة وأحد قولي أبي طالب: بل يرجع عليه^(٢).

مسألة: إذا قال الوديع للمالك: «هذه وديعتك» ثم قال: «غلطت بل هي هذه» ولم يصادقه المالك على الثانية لم يقبل قوله ولا بيئته^(٣). وكذا^(٤) لو قال: «هي مائتان» ثم قال: بل هي مائة. وقال المنصور بالله: إنه يقبل قوله في الكل مع يمينه ما دام في المجلس، لا بعده.

مسألة: إذا أذن المالك للوديع بأن يودع الوديعة مع غيره ففعل ثم ادعى الثاني أنه قد سلمها إلى المالك وأنكر - فإن كان المالك عينه عند الإذن بالإيداع فهو وديع له؛ فيقبل قوله مع يمينه، وإن لم يكن عينه بل أطلق للوديع أن يودع

(١) هذا على قول الفقيه محمد بن سليمان الذي يأتي في الدعاوى: إنه يعمل بالظن في مال الغير، والمختار أنه لا يجوز.

(*) الأولى أنه لا يجوز؛ لأنه عمل بالظن في حق الغير.

(٢) وهو ظاهر الأزهار في الدعاوى.

(*) وذلك لأنه قد شرط عليه الضمان. (بستان).

(٣) وظاهر الغيث أنه يقبل دعواه وبيئته. وعليه الأزهار بقوله: وفي نفي الغلط.

(*) إلا أن يبين على إقرار المالك بالغلط قبلت؛ لأن إقرار المالك بذلك رد لإقرار الوديع الأول. (تهامي) (قرر).

(*) وذلك لأن إقراره الأول مكذب له، ورجوعه لا يصح، كما لو أقر بدين لغيره ثم رجع إلى دونه. قال الفقيه علي: وتصير الثانية لبيت المال، وسواء كانت أقل من الأولى أو أكثر. (بستان بلفظه).

(٤) يعني: لا يقبل قوله ولا بيئته.

فهو وديع للوديع الأول؛ فلا يقبل قوله أنه قد سلم إلى المالك إلا ببينة^(١)، فإن لم يبين وحلف المالك^(٢) ضمنها له^(٣).

(١) ويقبل قوله في تلفها وفي ردها إليه، وكذا في أنه ردها إلى المالك مع أمر الوديع الأول له بذلك. (قررو).

(*) ويقال: ما الفرق بين هذا وبين الولد والزوجة؟ يقال: ردها إلى ولده أو زوجته رد إليه؛ لأن أيديهما يد له مع جري العرف، بخلاف هاهنا فهو غير أمين للوديع هذا. (إملاء شامي).

(٢) في (د): فإن لم يبين وتلف المال ضمنها له.

(٣) ينظر من الضامن؟ ولعله الوديع الأول، وفيه نظر، والصحيح أن الضمان على الثاني إذا لم يبين وحلف المالك. والمسألة في البحر للإمام يحيى عليه السلام.

(*) يعني: الوديع الثاني للمالك. (قررو).

كتاب الغصب (١)

هو إثبات اليد^(٢) على مال الغير^(٣) على وجه العدوان، لكن لا يجب الضمان إلا بالنقل الحقيقي في المنقول لا بمجرد الحركة، وفي غير المنقول لا يجب ضمانه إلا أن يتلف تحت يده^(٤)، وإن زال عن يده ثم تلف أو تعذر رده لم يضمه، مع أنه يلزمه رده واستفداؤه بما أمكن ما دام باقياً، ويسمى غاصباً له، ويلزمه أجرته^(٥) لمدة بقائه تحت يده، وأما لما بعد زواله عن يده إلى يد غيره فقال الفقهاء محمد بن سليمان وعلي ويوسف: **تجب أيضاً^(٦)**، وقال في البحر والكافي وتعليق المذاكرة: لا تجب^(٧).

وعند الناصر والمؤيد بالله وأبي العباس أن ثبوت اليد مع التعدي يوجب

(١) وهو محرم عقلاً؛ إذ هو ظلم، إلا عند المجبرة جميعاً فزعموا أن العقل لا يقضي بشيء من القبح والحسن. وشرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، ولقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). (بستان).

(٢) هذا على قول المؤيد بالله، وعلى قول الهدوية هو النقل والتحويل على جهة العدوان. (شرح مذاكرة).

(٣) عبارة الفتح: على ما هو للغير. وهو يشمل ما يثبت فيه الاختصاص كالزبل وكلب الصيد وجلد الميتة، وكذا الحقوق كحق التحجر بأن يغصب محلها، وقد ذكره في الأثران وشرحه.

(٤) وهذا مطلق مقيد بما سيأتي في قوله: والقرار على الآخر إن جنى أو علم، يعني: فلو تلف تحت يد الآخر ولم يعلم ولا جنى كان القرار على من قبله في المنقول وغيره. (حاشية سحولي) (قررو).

(٥) في (ج، د): وتلزمه الأجرة.

(٦) إلى أن تصير الأرض إلى يد مالكها أو يحصل اليأس من رجوعها ويسلم القيمة. (ديباج) (قررو). وهو مستقيم في الأجرة، لا في القيمة فلا يضمن. (سماع سيدنا حسن) (قررو).

(٧) قوي؛ لأن تلف منافعه لا يزيد حكمها على تلف عينه، فتأمل.

الضمان فيما ينقل وفيما لا ينقل مطلقاً^(١). وهو قوي^(٢).
فرع: فلو أكل طعاماً في إناء مغصوب ولم ينقله لم يضمه، ولو ذبح شاة
مغصوبة ولم ينقلها ضمن أرش الذبح فقط. وعلى القول الثاني يضمن في الكل.
فرع: وإذا طوى بعض البساط فقال أبو مضر: يضمن ما نقل منه، وقال
الهادي وأبو طالب: لا يضمه^(٣). وإذا حرك القنديل المعلق عرضاً^(٤) لم
يضمه^(٥)، وإن رفعه ضمته^(٦)، وقال القاضي يوسف: يضمه في الصورتين
معاً.

وإذا فتح الباب أو أدار الرحى فإن كان موضع رجل الباب والقطب واسعاً
بحيث ينقل الباب والرحى من موضع إلى موضع ضمن^(٧)، وإن كان ضيقاً
بحيث لا ينقلهما بل يحركهما لم يضمن، ذكره في الكافي وأبو مضر. وأما المرها إذا
أدارها فإنه يضمها^(٨).

(١) سواء تلف في يده أو في يد غيره.

(٢) في (ج، د): وهو القوي.

(٣) وذلك لأنه لم ينقل جميعه. (بستان).

(٤) في (أ): عرضاً يميناً ويساراً.

(٥) وذلك لأنه لم ينقله من موضع إلى آخر. (بستان).

(٦) إذا أخرجه من السلسلة ولو بقي بعضه تحت الرباط. (قرر).

(٧) المذهب لا يضمن. واختار في الغيث في ذلك أنه غير نقل ظاهر في الكل، فلا يجب ضمان
إلا في مسألة السيف. وقرره السحولي.

(*) المذهب لا يضمن إلا أن ينقل نقلاً ظاهراً. (قرر).

(٨) وذلك لأنه نقلها من موضع إلى آخر.

(*) على القول بغصب الباب إذا كان موضع رجله واسعاً، والمذهب خلافه، ومثل معناه في
حاشية السحولي.

(*) لأن موضع قطبها واسع.

فرع^(١): وإنما يثبت الغصب بثبوت اليد على القول الثاني إذا كان بحيث يكون القول قوله فيه لو نازعه فيه المالك أو غيره، فإن لم يكن كذلك لم يكن غصباً^(٢)، نحو من يدخل مع غيره داراً ساكناً فيها غصباً ولو وقف فيها على بساط مغصوب فإنه لا يضمن الدار ولا البساط؛ لأن اليد فيها للسكان للداخل، إلا أن يتكرر دخوله بحيث تثبت يده مع الساكن ضمناً معاً. ونحو من لزم بثوب مغصوب لابس له غيره فاليد فيه للابس لا لمن تعلق به ولو لزم أكثره، وكذا فيما أشبه ذلك.

فرع^ص: ولا بد من التعدي^(٣) على القولين معاً، ومع عدم التعدي لا غصب، كمن يأخذ الضالة واللقطة ليعرف بهما، وكمن يرفع ثوب الغير أو كتابه من موضع الصلاة في المسجد، وكمن يزيل الدابة مما يضرها كمن السبع أو اللص، أو مما تضره كمن الطريق أو من زرعه، أو مما يضر الغير كمن زرع الغير - فلا يكون غاصباً، بل يصير أميناً يلزمه الحفظ في الكل^(٤)، فإذا لم يحفظ ضمن إذا ثبتت يده على الدابة، وإن لم تثبت بل زجرها من بعيد لم يلزمه حفظها ولا ضمانها عند المؤيد بالله، وعند الهدوية يجب الحفظ^ص، إلا أن تجري العادة بتسيبها وعدم حفظها لم يلزمه ذلك؛ للعرف بعدمه. فلو اختلف هو ومالكها هل نقلها لنفسه أو لدفع الضرر فالقول قول المالك^(٥)، إلا حيث صادقه أنه أخرجها من الزرع

(١) هذا الفرع على مذهب المؤيد بالله ﷺ.

(٢) في (ج): غاصباً.

(٣) وهو أخذ مال الغير بغير رضاه.

(٤) ولو كان أي هذه مغصوباً. (كواكب). إلا فيما نقل لإباحة عرف وهو مغصوب فيضمن؛ إذ لا حكم للعرف فيه.

(٥) والوجه فيه أن ظاهر فعله التعدي. (كواكب). وقال القاضي عبدالله الدواري: إنه إذا قال المالك: أمسكتها لنفسك أو من غير نية، وقال الممسك: بل للحفظ والرد-

وادعى أنه أخرجها لنفسه فعليه البينة.

مسألة: من نقل متاع غيره في داره ثم تركه في موضعه فهو ضامن له حتى يصير في يد مالكة أو وكيله، إلا أن يكون مأذوناً له بالدخول كالضيف والأجير ونقل ما جرت العادة بأن مثله ينقله فلا شيء عليه^(١).

مسألة: من باع مال غيره^(٢) بغير إذنه وسلمه لفظاً من غير نقل^(٣) لم يضمنه، إلا أن يكون في يده أمانة^(٤) فإذا سلمه بالقول أو قبض^(٥) ثمنه فقد سلط المشتري عليه^(٦) فيضمنه ولو لم يسلمه بيده، كما إذا جحد الوديع

فيقرب أن القول قول الممسك؛ لأن المالك يريد تغريمه، وقصده لم يعلم إلا من جهته. (ديباج). وهذا يشبه ما لو قال الوديع: تركتها عندي وديعة، وقال المالك: بل أخذتها غصباً. فإن القول قول الوديع؛ لأن الأصل عدم التعدي وبراءة الذمة إلا بعد أخذته كما تقدم. (شامي).

(١) ما لم يكن غصباً. (قررو).

(٢) أو تصرف فيه أي تصرف من إقرار أو رهن أو إجارة. (شرح فتح).

(٣) هذا في المنقول، لا في غير المنقول فلا يضمن إلا ما تلف تحت يده. (قررو).

(٤) أو ضماناً بإذن الشرع. (قررو).

(٥) القبض [القياس (نخ)] ليس بتسليط فينظر.

(٦) ولا بد أن يكون بالقرب من المشتري ليصح التسليم. وعن الكني: لا يشترط أن يكون في يده أمانة. (زهور)^[١]. وأما في الأمانة فذلك يوجب عليه ضمانها مطلقاً؛ لأنه تفريط منه وتعد. (كواكب)^[٢]. (قررو).

[١] لفظ الزهور: فلا بد من قيود أربعة: أن يكون في يده، وأن تكون يد أمانة، وأن يسلم تسليماً لفظياً، وأن يكون بالقرب، إلى أن قال: وقال الكني: لا يشترط أن يكون في يده، بل مجرد البيع والتسليم يوجب الضمان.

[٢] لفظ الكواكب: قوله: «إلا ما بعد عنه» يعني فلا يضمنه؛ لأنها لا تثبت يده عليه عند بيعه والإذن بقبضه إلا إذا كان بالقرب منه، ولكن هذا يستقيم فيما كان ليس تحت يده أمانة، فأما الأمانة. إلخ.

الوديعة^(١) أو المستعير العارية فإنها تصير مضمونة عليه^(٢) إذا كان جحوده لها عقيب دعوى مالكها^(٣).

مسألة: من ساق حيواناً لغيره بغير حق صار غاصباً له ولو من بعيد^(٤) عند الناصر وأبي طالب وقديم قولي المؤيد بالله، وعلى أخير قولي المؤيد بالله لا يكون غاصباً إلا مع القرب منه بحيث تصله يده أو العود الذي يسوقه به حتى تثبت يده عليه أو يتولد تلف الحيوان من السوق، نحو أن يتعثر أو يقع في هوة حال سوقه فيكون ذلك جنائياً منه^(٥).

مسألة: من صدم شيئاً برجله حتى أزاله عن مكانه لم يكن غاصباً له، ذكره المؤيد بالله. قال الفقيهان يحیی البحيح وحسن: وذلك لعدم ثبوت يده عليه. وقال أبو مضر: المراد حيث كان بغير اختياره، نحو أن يتعثر، فليس منه تعد. وعلى قول الهدوية يكون غاصباً إن تعمدته^(٦)، وإن كان بغير اختياره صار أمانة^(٧) معه يلزمه حفظه.

(١) في وجه المالك أو علمه بكتاب أو رسول. (قررو).

(٢) لأنه بالجد صار جانياً عليها؛ لأنه ملكها في الظاهر، وضمان الجنائية يلزم وإن لم يحصل نقل ولا ثبوت يد، كذا ذكر معناه الدواري.

(٣) لا لو سكت أو جردها بسؤال غير المالك؛ إذ الغالب إخفاء الودائع. (بحر من الوديعة).

(*) أو طلبه لها.

(٤) وذلك لأن النقل قد حصل بفعله. (بستان).

(٥) لا غصباً.

(٦) وظاهر الأزهار عدم الفرق بين أن يتعمد أو لا، ومثله في شرح الذويد.

(٧) ولعل هذا التفصيل حيث لم يتلف بالمباشرة؛ إذ لو كان كذلك ضمن إذ هو مباشر. وفي حاشية: أنه لا يضمن ولو كان بالمباشرة حيث هو متعد بالموقف. (قررو).

مسألة: من منع غيره من ماله وحال بينه وبينه بحيث ثبتت يده عليه، نحو أن يفعل ذلك مرة بعد مرة؛ كلما أراد التصرف فيه منعه، أو تكون له قوة عليه بحيث ثبتت يده بالمنع مرة - صار غاصباً له عند المؤيد بالله^(١). وكذا في المدعي إذا منع المدعى عليه من التصرف فيما ادعى حتى ثبتت يده عليه، إلا أن يكون بأمر الحاكم حيث ظن صدق المدعي.

مسألة: من أمر غيره يسكن دار الغير فسكنها فإن كانا قوين معاً أو ضعيفين معاً أو الساكن قوياً فهو الغاصب وحده^(٢)، وإن كان الأمر قوياً والساكن ضعيفاً بحيث لولا الأمر ما قدر أن يسكن فعلى أحد قولي المؤيد بالله والحنفية والشافعية: إن الغاصب هو الساكن وحده^(٣)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والحقيني: يكونان غاصبين معاً، وقرار الضمان على الساكن^(٤). وهو يأتي على قول ابني الهادي^(٥)؛ لأنهما أوجبا الضمان^(٦) على من دل على مال غيره فأخذ،

(١) يعني: لا عند الهدوية فلا يضمن حتى ينقله إن كان منقولاً، وإن كان غير منقول فحتى يتلف تحت يده، فأما أحكام الغصب غير الضمان فتثبت كما مر. (بستان).

(٢) وذلك لأنه فعله مختاراً، فيشتركان في الإثم؛ لأن الأمر بالفسق فسق وبالکفر كفر ولو لم يفعل المأمور. (بستان). أما الكفر فلا يبعد؛ لأنه رضا وزيادة، وأما الفسق فمحل تأمل. (شامي).

(٣) وذلك لأن الأمر بالقبیح لا يصح وإن اشتركا في الإثم. وحجة الآخرين: أن الأمر مع القدرة كالصرف. وهذا إذا سكن الساكن مختاراً، وإن كان مكرهاً فهو في الكتاب. (بستان).

(٤) مختاراً عالماً^[١] أو جانياً مطلقاً، وإلا فعلى الأمر. (سباع هبل) (قرن).

(٥) من حيث إن الدال مسبب وقد أوجبوا الضمان عليه، والأمر مسبب كذلك، وقد جعلناه غاصباً والمباشر غيره، فاستويا في الضمان. (سيدنا حسن بن أحمد الشيبني رحمته الله).

(٦) وقد أفتى به فقهاء دمار رحمهم الله تعالى، رواه عنهم المفتي رحمته الله.

[١] وقيل: يضمن مطلقاً عالماً أو جاهلاً؛ لأنه قد استوفى ما في مقابلة الضمان، وهو السكون.

وعلى من سعى برجل^(١) إلى ظالم فصادره أو أخذ ماله. وقال المؤيد بالله والداعي: لا ضمان على الدال والساعي. وهكذا الخلاف فيما أخذه أجناد الظالم بقوته وهيبته لا بقوة نفوسهم هل يلزمه ضمانه معهم أم لا^(٢)؟ ويتفقون فيما أخذوه سرقاً أو رشوة وفي القتل أنه عليهم وحدهم.

فرع: فلو كان الساكن مكرهاً فالضمان على من أكرهه؛ لأنه له كالألة عند الهدوية، وعند المؤيد بالله على الساكن، قال الفقيه محمد بن سليمان: وله الرجوع على من أكرهه^(٣)، وقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يرجع بضمن الرقبة لا بأجرة السكنى؛ لأنه قد استوفى المنفعة. لكن قد ذكر الفقيه يحيى البحيح ما ينقضه؛ حيث قال: من أكره غيره على أكل طعام نفسه لزمه ضمانه له^(٤).

مسألة: من أمر صبياً بإتلاف مال الغير أو بالجناية عليه ففعل فإن كان يعرف قبح ذلك فالضمان عليه^(٥)، وإن كان لا يعقله^(٦) فالضمان على الأمر عند الهدوية، وعند المؤيد بالله يضمن الصبي ويرجع على الأمر^(٧).

(١) في (ب): بغيره.

(٢) لا يضمن.

(٣) وقواه المهدي عليه السلام وحفيده، ذكره فيمن ربي في مكان غضب. ولا يقال: قد استوفى الأجرة؛ لأنه ملجأ للاستيفاء، كمن أكره على أكل طعامه. اهـ لأن الأمر مع القدرة كالتصرف.

(*) إذ لا حكم للسكون مع الإكراه.

(٤) قال في الغيث: وفيه نظر. وسيأتي تقوية كلام الفقيه يحيى البحيح ومن معه في المسألة الثانية والعشرين من هنا فتأمل.

(٥) الأزهار في الجنايات: والقرار على أمر المحجور مطلقاً.. إلخ، وفي الإجارة: وتلزم من ربي.. إلخ، فهو يخالف ما هنا، فتأمل.

(٦) في (أ): لا يعرفه.

(٧) القياس أنه يأتي فيه الخلاف في المسألة الأولى حيث ضمن ضمان الغصب لا ضمان

مسألة: من أمسك الراعي حتى افترس الذئب الغنم فإن قهره الممسك فلا ضمان على أيهما^(١)، إلا أن يكون الراعي مضمناً من الغالب ضمن ورجع على الممسك، وإن كان يمكن الراعي التخلص والدفع عن نفسه فلم يفعل فإنه يضمن، ويرجع على الممسك له^(٢)؛ لأنه غرم لزمه بسببه، ذكره كثير من المذاكرين.

مسألة: من ركب دابة غيره ولم ينقلها ولا سيرها^(٣) لم يكن غاصباً لها عند الهدوية ولو سارت بنفسها أو ساقها غيره^(٤)، وإن سيرها هو ضمنها ولو كان رديفاً مع غيره أو ساقها أو قادها وغيره راكب عليها^(٥).

الجنائية، وقد صرح في الأزهار فيمن ربي في منزل غصب إذا كان مميزاً ضمن عند المؤيد بالله، لا إذا لم يميز، قال في البحر: إذ هو كالآلة؛ ولهذا قال الفقيه يوسف في الرضيع: لا حكم لمباشرته، فليحقق. (مفتي).

(١) أما الممسك فالأنه لم يباشر الإتلاف، وأما الراعي فلأن هذا أمر غالب، إلا أن يكون مضمناً من الغالب على القول بصحته كما مر فيرجع على الممسك؛ لأنه غرم لزمه بسبب. (بستان). والقياس الضمان على الممسك؛ لأنه لم يوجد من يتعلق به الضمان. (شامي) (قررد). ويؤخذ من قوله في الأزهار: وبإزالة مانعها من الذهاب أو السبع.

(*) القياس الضمان على الممسك.

(*) ونظرة في بيان حثيث. ولعل وجه النظر ما ذكره في الزوائد في نظيره، وهو حيث قتل الأجير المشترك وأخذ الأمتعة غير القاتل كانت مضمونة من مال المقتول؛ لأن الأمر الغالب إنما وقع في حقه. وكذا لو مات الراعي فأتلف الذئب ما في الحظيرة ضمنه ورثة الراعي من ماله، ذكره الفقيه حسن. وقيل: وجه النظر أنه لم يبق مباشر يتعلق به الضمان، فالقياس أن الضمان على الممسك.

(٢) إن خشي على نفسه الضرر من التخلص من الممسك، وإلا فلا رجوع عليه. (تهامي) (قررد).

(٣) ولا سارت بسبب ركوبه. (شامي) (قررد).

(٤) فيكون الغاصب السائق لا الراكب.

(٥) فإنه يضمن، ويكون الغاصب السائق لا الراكب. (قررد).

وعند المؤيد بالله يضمنها حيث ثبتت يده عليها، نحو أن يركب عليها وحده، أو مع غيره وهو في السرج، أو يسوقها أو يقودها وليس عليها راكب، وحيث لا تثبت يده عليها لا يضمن، نحو أن يركب رديفاً في غير السرج، أو يسوقها أو يقودها وعليها راكب.

مسألة: من وضع عليه شيء مغضوب^(١) أو على ثوبه أو في بيته فلم ينقله ولا تحرك به حتى رفع عنه لم يضمنه، وإن نقله^(٢) صار أمانة معه يلزمه حفظه، إلا حيث الواضع له مالكة عمداً^(٣) وعدواناً فلا يلزمه حفظه^(٤)، قال أبو مضر: ولو ألقاه في قارعة الطريق. قيل: وكذا لو وضع الغير دهنه في ظرف الغير بغير رضاه فلصاحب الظرف إراقته من ظرفه إذا لم يجد لمالكه ظرفاً^(٥) يضعه فيه؛ لأن ذلك دفع للمنكر عن نفسه.

مسألة: من ساق دابة عليها مال مغضوب ضمنه^(٦). فأما من حمل إنساناً عليه حلية أو ثياب مغضوبة فقال أبو العباس وأبو حنيفة: لا يضمنها^(٧)، وقال أبو مضر: يضمنها. وهو القوي^(٨)، كما في الدابة إذا ساقها وعليها راكب فإنه

(١) مع عدم التعدي. (قرئ). من الواضع له، كالريح والطيور.

(٢) وهذا على ما صححه الفقهاء علي ويحيى البحيح وحسن أنه لا بد من النقل، وأما على ظاهر كلام القاضي زيد وأبي مضر فإذا تمكن من رده ولم يفعل صار مضموناً عليه. (كواكب).

(٣) إلا إذا كان عمداً من دون تعد - كأن يلقي عليه شيئاً من ماله خوفاً عليه من ظالم أو نحوه - فإنه يصير أمانة. (قرئ).

(٤) هذا غالباً في الأزهار.

(٥) ولا مباحاً من دون مشقة ولا مؤنة. (قرئ).

(٦) وذلك لأنه قد نقله وثبتت يده عليه. (بستان).

(٧) وذلك لأن اليد لغيره. (بستان).

(٨) قلت: لا وجه لقوته؛ لأن للإنسان المحمول يد على ما فوقه، ولا فرق بين الصغير والكبير. (مفتي) (قرئ).

يضمونها^(١). وقال الناصر والشافعي: يضمونها إذا كان المحمول صغيراً، لا إن كان كبيراً.

مسألة: من أمسك بذنب بقرة غيره أو وضع يده عليها وهي تسير فوقفت لم يكن غاصباً لها إذا لم يسيرها، وعند المؤيد بالله يكون غاصباً. فلو لم يكن منه إلا مجرد وضع يده عليها ولم يسيرها ولا يوقفها لم يكن غاصباً وفاقاً؛ لأن ذلك قد جرت به عادة المسلمين. فإن وقفها بوضع يده عليها كان غاصباً عند المؤيد بالله لا عند الهادي^(٢).

مسألة: من قعد على بساط مغصوب لم يضمه^(٣) إلا على قول المؤيد بالله إن ثبتت يده عليه، نحو أن يقعد عليه في بيته، أو في الفضاء وهو وحده، أو في بيت الغير وهو ملفوف^(٤)، لا إن كان مبسوطاً أو في حكم المبسوط فاليد عليه لصاحب البيت.

مسألة: من اشترى شيئاً مغصوباً^(٥) فإن نواه لنفسه مطلقاً، أو لنفسه إن أجاز المالك^(٦) وإن لم يجز رده عليه، أو بغير نية - صار غاصباً له بقبضه، وإن

(١) ولو مالكتها هو الراكب، كما يفهمه الظاهر.

(٢) هذا تكرار لما تقدم أول المسألة. (بستان). لا تكرار؛ لأن الأول وقفت بنفسها، وأما هنا فأوقفها بوضع يده عليها. (قرر).

(٣) وتلزمه أجره ما استعمل.

(٤) قلت: إن كان مما يحمله^[١] كما عرف. (مفتي).

(٥) ولو جهل كونه مغصوباً.

(٦) يقال: لو أجاز المالك مع هذه النية من المشتري هل يرجع بما دفع عليه؟ يقال^[٢]: يرجع بما دفع إذا كانت الإجازة قبل قبض الثمن، أو بعده قبل علم المالك بقبض الغاصب؛ لأن المشتري لا يبرأ بالتسليم إليه كما تقدم في البيع في الأزهار قوله: ولا يتعلق حق بفضولي غالباً، ومثله في البيان لا في البيع. (لسيدنا عبدالله بن أحمد دلامة رحمته الله).

[١] كالذي بسط بعضه.

[٢] ولفظ الجواب في هامش (ج): يقال: ليس ذلك شراء حقيقة، إنما هو استفتاء، فإذا أجاز المالك فعله رجع عليه إذا كان قدر ما يستفدى مثلها بمثله أو كان المالك قد علم قدر ما دفعه المشتري وأجاز بعد ذلك. (إفادة سيدنا علي رحمته الله). كلام سيدنا علي مستقيم حيث البناء أن الحاشية المسلسلة من الطرف الآخر، وهو حيث قال في البيان: وإن نوى رده لمالكة مطلقاً صار أمانة. إلخ، لا من الطرف الأول فالإيراد حاصل.

نوى رده لمالكه مطلقاً صار أمانة معه^(١)، فإن ناكره المالك في النية فيحتمل أن القول قوله مع يمينه^(٢)؛ لأنها لا تعلم إلا من جهته، ويحتمل أن القول قول المالك^(٣)؛ لأن ظاهر الشراء له. وهكذا فيمن أخذ الضالة أو اللقطة فهو على هذا التفصيل في النية عند أخذها^(٤)، لا في الدعوى فالقول قوله^(٥).

مسألة: من غصب عليه شيء ثم أذن لغيره بأن يشتريه من الغاصب صار الغاصب وكيلاً له^(٦) ببيعه متى علم بذلك، فيخرج عن ضمانه^(٧)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي يوسف: لا يعتبر علم الوكيل. وهكذا في الغاصب إذا أخرج المغصوب عن يده إلى غيره ثم اشتراه^(٨) من مالكه خرج عن ضمانه^(٩)، وله أن يفسخ شراءه بتعذر قبضه^(١٠).

(١) وذلك لأنه لما أراد رده لمالكه فهو حيثئذ محسن، وما على المحسنين من سبيل. ولا يلزم المالك ما دفع من الثمن ولو نوى الرجوع به عليه؛ لأنه فعله بغير إذن مالكه. (بستان بلفظه).

(٢) يعني: مع التلف أو في الأجرة.

(٣) وقواه الدواري والذويد.

(٤) أي: أنه إن أخذها بنية التعدي أو بغير نية صار غاصباً، وإن كان بنية الرد فلا ضمان. (قررد).

(٥) أي: لو ادعى المالك أن الملتقط أخذها عليه غصباً من بيته، وقال الذي هي معه: بل لقطه - فالقول قوله. (مفتي).

(*) أي: الملتقط. (قررد).

(٦) ينظر ما وجه مصيره هنا وكيلاً من غير لفظها أو لفظ الأمر؟

(٧) قال أبو مضر: إلا أن يأمر الغاصب من يطلب الشراء من المالك بوكالته له قاصداً للحيلة في براءته فقط فإنه لا يبرأ^{قوي} بذلك، رواه في البرهان.

(*) وإن لم يبيع. (قررد).

(٨) يعني: الغاصب.

(٩) وقيل: أن هذه الحيلة لا تفيد شيئاً؛ لأن الفسخ نقض للعقد من أصله، فكأن العقد لم يكن. (هبل). فلا يخرج عن ضمانه.

(١٠) وهكذا فيمن قبض المغصوب فتعذر عليه تسليمه لمالكه فإنه يفعل هذه الحيلة. (بستان).

مسألة: يلزم الغاصب رد المغصوب بعينه، فإن زال عن يده استفداه بما أمكنه ما لم يحذف به، وإن استفداه مالكة رجع على الغاصب بما دفع^(١)؛ لأنه بسببه، ذكره الفقيه يحيى البحيح، وقيل^(٢): لا يرجع به^(٣). وهو القوي^(٤)؛ [إذ لا ولاية له]^(٥).

فرع: فأما النقدان فيجب ردهما ما داما معه، وإن أخرجهما عن يده لم يجب ارتجاعهما^(٦)، بل مثلهما^(٧)، ذكره أبو طالب وأبو العباس والمرضى، قال المرتضى: فإن قضاها عن دينه^(٨) أجزأه، لا عن زكاته ونحوها فلا يجزيانه؛ للخبر: ((لا صدقة من غلول)) رواه في التقرير. وعند المؤيد بالله أنهما يتعينان

(١) وأما الأوراق والبصائر إذا غصبها غاصب فيرجع بما يستفدى مثلها بمثله، لا بما زاد على ذلك. (شامي) (مقرر).

(*) إذا كان لا يمكن الغاصب أن يستفديه إلا بما دفع المالك. (مقرر).

(٢) قيل: هذا القيل للفقيه منصور صاحب أملح، وفي الكواكب لابن سليمان، وفي الزهور لبعض المذاكرين.

(٣) لأن القابض مباشر للفداء، والغاصب فاعل سبب، ولا حكم لفاعل السبب مع المباشر. (غيث). وإنما يرجع بذلك على القابض. (شرح بهران).

(٤) لأن الذي هو في يده يجب عليه الرد بغير شيء، فالذي أخذ ظلم فلا يرجع به على الغاصب، ولأنه فاعل سبب والقابض مباشر. (بستان). ولأنه لا ولاية له على الغاصب إلا أن يكون بأمر الحاكم. (كواكب).

(٥) ما بين المعقوفين في (ج، د).

(٦) وأما الفلوس فيجب الاستفداء.

(٧) وذلك لأنهما لا يتعينان. فإن قيل: إنهم يقولون: إن النقدين يتعينان في الغصب وفاقاً. قلنا: بمعنى أنه يجب ردهما بأعيانها ما داما باقيين في يده، ولا يجوز له إخراجهما إلى الغير. (بستان).

(٨) وعن إمامنا المتوكل على الله عليه السلام قال: لا يطيب النقد حتى يراضى المالك.

كغيرهما. ولا يجب لهما أجره^(١) وفاقاً.

مسألة: من غصب على الراعي ما معه من الحيوان ثم رده إليه برئ، لا أجرته^(٢) فلا يبرأ بتسليمها إليه، وأما قيمته بعد تلفه فلعلها على الخلاف كما في الوديع^(٣).

فرع: فإن كان الراعي يحفظ الحيوان في النهار لا في الليل برئ برده إليه في النهار لا في الليل، وقال الفقيه حسن: يعتبر بحالة غضبه، فإن غضبه بالنهار برئ برده إليه^(٤)، وإن غضبه بالليل لم يبرأ برده إليه^(٥).

مسألة: قال الفقيه يوسف: ويجوز للإنسان^(٦) أن يتلف ماله بالحريق ونحوه لئلا يأخذه الغاصب، كما يجوز^(٧) إحراق زرع الكفار لئلا يتنفعوا به. وأما مال الغير عند خوف أخذه فيجوز أن يفعل فيه ما يعيبه^(٨) لئلا يأخذه الغاصب^(٩).

(١) لأن العادة لم تجر بإجارة النقيدين. فإن جرت العادة كالعيار والتجمل لزمت. (قرئ).

(٢) يعني: الحيوان حيث له أجره.

(٣) ليس له المطالبة، بل يسلم إلى المالك هنا وفي الوديعة.

(*) يعني: فعلى قول القاضي زيد يبرأ، وعلى قول المؤيد بالله لا يبرأ. (بستان).

(٤) نهاراً لا ليلاً.

(٥) ولو ليلاً.

(٦) ولا يجب.

(٧) قلت: بل يجب هنا. (مفتي).

(٨) والمذهب لا يجوز، فإن فعل ضمن. (قرئ).

(*) على وجه يبقى له معه نفع. (بستان). والمذهب أنه لا يجوز مطلقاً، فإن فعل ضمن. اهـ

ولعل هذا يستقيم حيث لم يكن في يده أمانة ولا ضمانته، وإلا لزم^[١]؛ لأنه من الحفظ.

(شامي). وأما فعل الخضر عليه السلام فهو عن وحي، كما روي عن ابن عباس أنه قال لمن

سأله: إذا علم أحدكم كما علم عالم موسى فليفعل.

(٩) ولا ضمان عليه. (مفتي). إن صادقه المالك أو بين عليه به.

[١] بل لا فرق، كالذبح فإنه لا يجب عليه فيها هو في يده كذلك. (قرئ).

كذب الحيوان وخرق الثوب ونحو ذلك، كما فعله الخضر عليه السلام في السفينة، لا إتلافه فلا فائدة فيه.

مسألة: ولا يجوز أخذ أموال كفار التأويل^(١)، قال في اللمع: سواء كانوا في بلدهم أو في غيرها. وقال الأمير الحسين وأبو جعفر والإمام يحيى^(٢) والفقهاء يحيى بن أحمد ومحمد بن يحيى ويحيى البحيح: إذا كانوا في بلد شوكتهم لهم ولا أمان لهم جاز أخذ أموالهم وسبي ذراريهم. وهكذا في المرتدين.

مسألة: من غصب خيراً على ذمي وجب ردها عليه^(٣)، ومن غصبها على مسلم لم يجب ردها عليه ليخللها على الأصح، فإن بقيت حتى تخللت وجب ردها عليه على الأصح. ومن غصب مثلث الحنفي وجب رده عليه، فإن تشاجرا تحاكما وحكم الحاكم بينهما بمذهبه كما في سائر مسائل الخلاف.

مسألة: والغاصب الثاني لا يبرأ بالرد إلى الأول، خلاف أبي العباس والمنصور بالله وأبي حنيفة وأحد قولي أبي طالب، قيل: وذلك مطلقاً^(٤)، وقال السيد يحيى والفقهاء محمد بن سليمان: المراد به إذا رده عليه وهو يظن أنه يرده على مالكة، لا مع عدم ذلك فلا يبرأ وفاقاً.

مسألة: وما جنى العبد أو الحيوان^(٥) المغصوب فأرشه على غاصبه^(٦) لا

(١) وذلك لأن حرمة أموالهم كأموال المسلمين، ذكره المؤيد بالله. وحجة الآخرين أنهم إذا تحزبوا فحكمهم حكم أهل الحرب. (بستان).

(٢) ينظر في الرواية عن الإمام يحيى فإنه لا يكفرهم، ولعله على قول من يقول بكفرهم؛ لأنه إذا أباح دماءهم فكذا أموالهم، ذكر معناه في البستان.

(٣) تخلية لا مباشرة. وقيل: يحمل كالمسروق. (عامر).

(٤) سواء ظن أنه يرده إلى مالكة أم لا.

(*) قوي حثيث.

(٥) العقور. (قرير).

(٦) إذا كان عقوراً، وسواء علم الغاصب بأنه عقور أم لا، وهذا إذا لم يحفظه حفظ مثله.

على مالكة.

مسألة: وإذا طلب المالك تسليم المصوب في بلد غير بلد الغصب لم يجب إلا إن كان حاصلًا فيه. وإن طلب الغاصب تسليم المصوب لمالكه في غير بلد الغصب فامتنع المالك حتى يرده إلى بلد الغصب فإن لم يكن له غرض في ذلك^(١) لم يجب، وإن كان له غرض فيه وجب، خلاف المؤيد بالله.

مسألة: إذا غلب بظن الغاصب أن قد صار المصوب في يد مالكة برئ منه فيما بينه وبين الله تعالى، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا يبرأ إلا بالعلم أو بالظن المقارب للعلم^(٢).

مسألة: وإذا سلم الغاصب الشيء المصوب إلى مالكة فإن قبضه برئ مطلقاً^(٣)، وإن قبله بلسانه برئ حيث لا يخاف عليه من ظالم، وحيث يخاف عليه فيه قولان للمؤيد بالله^(٤). وإن خلى بينه وبينه ولم يقبله فحيث يخاف عليه لا يبرأ، وحيث لا يخاف عليه فيه قولان للمؤيد بالله، رجح أبو مضر أنه يبرأ^(٥).

ويجب أرش ما جنى الحيوان بالغاً ما بلغ. (كواكب معنى). وفي العبد إلى قدر قيمته ثم في رقبته.

والفرق أن للعبد ذمة يتعلق بها الضمان، بخلاف الحيوان.

(١) ولا لحمه إلى موضع الغصب مؤنة لم يجب. (شرح بهران) (قررد).

(٢) قلنا: ضمنها بيقين فلا يبرأ إلا بيقين. (بحر).

(*) عند المؤيد بالله.

(٣) سواء كان خائفاً عليه أم لا.

(٤) الأصح أنه يبرأ مع القبول والتخلية وإن خشي عليه.

(٥) وعليه الأزهار بقوله: وبالتخلية الصحيحة وإن لم يقبض.

(*) مع علم المالك بأنه له. (شرح فتح معنى) (قررد).

(*) حيث كان في موضع الغصب^[١]، أو حيث لا غرض^[٢]. (قررد).

[١] وعليه الأزهار بقوله: أو نحوه.

[٢] ولا لحمه مؤنة إلى موضع الغصب. (قررد).

وهكذا في الدين إذا سلمه الغريم بالتخلية ولم يقبله صاحبه: فحيث يخاف عليه لا يبرأ، وحيث لا يخاف عليه فيه قولان للمؤيد بالله، رجح الأستاذ أنه يبرأ، ورجح أبو مضر أنه لا يبرأ^(١)، ورواه عن أبي العباس.

مسألة: وإذا باع الغاصب ما غصبه من مالكة مع جهل المالك له أو وهبه له برئ بقبضه^(٢)، وكذا إذا رهنه إياه أو أعاره أو أودعه برئ بقبضه له، خلاف أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي. وإن أطعمه إياه جاهلاً^(٣) برئ إذا كانت عينه باقية، كالعنب والزبيب والتمر، وإن كان حياً قد خبزته وأطعمه إياه لم يبرأ، خلاف المؤيد بالله^(٤).

مسألة: إذا قتل المالك عبده في يد الغاصب برئ منه، وإن قتله عبد الغير ثم اقتص سيده منه برئ الغاصب كما لو أخذ قيمته من القاتل، وإن عفا عن القصاص أو قتله حر فلسيده طلب الغاصب والقاتل، وإذا قبض القيمة من القاتل برئ الغاصب، وإن أخذها من الغاصب رجع الغاصب على القاتل. وإذا قتل العبدُ المغصوبُ عبداً لسيدة فاققتص منه سيده في يد الغاصب فقال

(١) وهو ظاهر الأزهار في قوله في البيع: إلا مع خوف ضرر أو غرامة. وفي حاشية: وهو ظاهر الأزهار في عوض الخلع؛ لأنه غير حقه.

(٢) فإن رده بعد ذلك فأمانة إن علم الحال، وإلا فغصب متجدد من يوم الرد. (ذماري) (قررد). وقيل: إن رده بأمر يوجب عليه الرد في الظاهر لم يبرأ، وإلا برئ. (تهامي). قلنا: قد وصل إلى حقه، ولا تأثير للاعتقاد.

(٣) ينظر لو أطعمها الصبي المغصوب عليه. القياس أنه لا يبرأ، إلا أن يكون له ولاية حال الإطعام بأن يكون قد تاب وولايته أصلية، أو أعيدت له الولاية ممن له التولية - برئ، وإلا فلا. (شامي) (قررد).

(٤) وذلك لأنه قد استهلكه عندنا لا عنده.

في التذكرة والانتصار: يضمنه له الغاصب^(١)، وقال الإمام يحيى: لا شيء عليه. وهو القوي.

مسألة: من أكره غيره على أكل طعام نفسه أو إتلاف ماله ضمنه له، ذكره أبو حنيفة والشافعي والفقهاء يحیی البحيح^(٢). ويأتي على قول المؤيد بالله لا يضمنه^(٣).

مسألة: يجب رد المغصوب ولو لم يطلبه مالكه. ولا يجب رد الرهن^(٤) وما في يد الأجير المشترك والوديعة والعارية المضمنة واللقطة والرقبة المؤجرة المضمنة^(٥)، بل صاحبها يأتي لها. ويجب رد العارية غير المضمنة وفاقاً. وكذا الرقبة المؤجرة غير المضمنة^(٦)، خلاف المؤيد بالله فيها.

مسألة: وتجب أجره المغصوب إذا كانت له أجره^(٧)، وهي أجره مثله لو

(١) وهو ظاهر الأزهار في الجنائيات في قوله: وكذا لو جنى على المالك أو غيره.

(*) قوي، وهو ظاهر الأزهار، كما لو مات عنده.

(٢) وهذا كقول الهدوية: إن الضمان على المكره لا على الفاعل المكره، خلاف المؤيد بالله فالضمان على المأمور. (بستان).

(٣) قلت: لأنه هنا لم يغرم، فهذا هو الفرق على أصل المؤيد بالله. (مفتي).

(*) وفي الجنائيات في الأزهار: وفي المكره خلاف K واختير كلام المؤيد بالله عليه السلام، وكذا قوله: لا بالإكراه، اللهم إلا أن يفرق بين الإكراه المبيح للفعل وغيره، ففي الأول هو كالألة لا في الثاني، فيحقق.

(٤) المذهب أنه يجب رده، وهو ظاهر الأزهار في القرض.

(٥) بل يجب الرد في الجميع إلا الوديعة وما في يد الأجير المشترك. (قررو).

(*) لا فرق بين المضمنة وغيرها في وجوب الرد. (قررو).

(٦) بل يجب الرد من غير فرق بين المضمنة وغيرها. (قررو).

(٧) في البلد. (قررو).

أجر؛ لأن منافعه تلفت تحت يده فيضمنها كما يضمن رقبته مطلقاً^(١). وقال أبو حنيفة: لا تجب مطلقاً. وقال مالك: تجب إن انتفع به، لا إن لم ينتفع. قلنا: ولو كان مما لا تصح إجارته كالقبر والمسجد، قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا المصحف، وقال أبو مضر: لا تجب أجرته^(٢).

فرع: فلو كان المغصوب ثوباً أو نحوه ولم يلبس، بل بقي معه مدة طويلة لو لبسه فيها لبلي في بعضها - فقال الفقيه يوسف: إنها تجب أجرته للمدة كلها^(٣)، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: للمدة التي يبلى فيها فقط^(٤). والأقرب أنها لا تجب^(٥) أجرته؛ لأن منافعه باقية لم تتلف، بخلاف الدابة والدار ونحوهما والأرض فإن منافعها تتلف في كل مدة تمضي.

مسألة: من استعمل الخُرَّ كرهاً لزمته أجرته سواء كان كبيراً أو صغيراً^(٦)، لا إن حبسه فلا أجره له؛ لأن منافعه تلفت تحت يده، ورقبته غير مضمونة بالغصب فكذا منفعتها، وقال أبو مضر: تجب أجرته.

مسألة: من أعان الغاصب في حرث الأرض جاهلاً لغصبها ضمن ما ثبتت

(١) سواء انتفع أم لا.

(٢) وذلك لأن منافعه القرآن، ولا قيمة له. وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجب كراؤه كالمسجد. (بستان).

(٣) وهو ظاهر الأزهار في قوله: وإن لم ينتفع.

(٤) قوي (شامي). وهو القياس؛ بدليل لو أنه أجره مدة طويلة لم يلزمه إلا أجرته ما دام باقياً.

(٥) قوي عن الهبل والقاضي عامر والمتوكل على الله ﷻ. ونظره حثيث.

(٦) إذا استعمل الصغير في غير المعتاد لزمته أجرته سواء أكرهه أم لا. وإن تلفت تحت العمل ضمن. (قررو).

(*) ولو أكرهه يعمل لنفسه. (تهامي) (قررو).

يده^(١) عليه منها إن تلفت عند المؤيد بالله، وعند الهدوية لا يضمن إلا ما نقل^(٢) من تراها^(٣) بالحرث^(٤) ونحوه، فيضمن قيمته منفرداً^(٥) إن جرت العادة ببيع التراب وحده، وإن لم فما بين قيمة الأرض وفيها ذلك التراب

(١) يؤخذ من هذا أن الغاصب الثاني يصير غاصباً ولو جهل.

(٢) وفي غير المنقول لا يجب ضمانه إلا أن يتلف تحت يده. (بيان بلفظه من أول الكتاب) (قرر).

(٣) يعني: حيث خدده السيل، يعني: اجتحف الطين الذي حرثه الغاصب. (تعليق). أو كان للطين قيمة.

(٤) مع أجره ذلك القدر. (تذكرة). يفهم من هذه العبارة أن الأجرة لذلك القدر الذي نقل من التراب فقط، والأولى أنها تجب أجره الأرض التي ثبتت يده عليها ولو كان لا يضمن منها إلا ما نقل بالحرث، إلا أن يكون مراده ذلك القدر المحرث فهو يستقيم، لكن لأي قدر من الزمان تجب أجرته؟ فقال أبو مضر والفقهاء محمد بن سليمان وعلي ويوسف: إلى أن تصير الأرض إلى يد مالكها^[١] ولو زالت عن يد الحارث إلى يد غيره كما في ضمان الرقبة، وقال في البحر: لمدة وقوف الأرض تحت يده فقط، لا لما بعده؛ لأن المنافع تلفت تحت يد غيره. قال الإمام المهدي: وكذا يكون في المنقولات أيضاً. وقال في تعليق المذاكرة: إن كراء الأرض بعد زوالها عن يده يكون كضمان رقبتها على الخلاف؛ فمن يوجب ضمان الرقبة يوجب الأجرة، ومن لا يوجب ضمان الرقبة لا يوجب ضمان الأجرة. (كواكب لفظاً).

(٥) وكان لا يكال، وإلا فمثله، صرح به في الكافي. ولفظ الكواكب: وضمان ذلك القدر من التراب هو بمثله إن كان يباع كيلاً في ذلك البلد، أو بقيمته إن كان لا يكال. (كواكب لفظاً) (قرر).

[١] نعم، فلا يلزم الأخير أجره لمدة لبث العين مع الغاصب الأول، وإنما يطالب بالأجرة الغاصب الأول لمدة لبثها معه ولبثها مع من بعده، والثاني لمدة لبثها معه ولبثها مع من بعده، وكذلك الثالث والرابع وهلم جرا، هكذا ذكره المؤلف، وهو موافق للقواعد. (شرح فتح بلفظه) (قرر).

وقيمتها وليس هو فيها^(١).

مسألة: إذا فعل الغاصب في المغصوب فعلاً أذهب بعض منافعه وهو مما يتعلق به الغرض في الأغلب^(٢) خير مالكة^(٣) بين أخذه بلا شيء وبين تركه وأخذ قيمته^(٤)، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: يأخذه مع الأرش. وذلك كذبح ما يصلح للأكل ولو سلخ جلده ما لم يقطع لحمه^(٥)، وكتقطيع الثوب قميصاً ولو خاطه، ذكره في اللمع. وقال زيد بن علي والناصر^(٦): إنه يخير بين أخذه مع الأرش وبين تركه وأخذ قيمته.

(١) فإن استوت قيمة الأرض وفيها ذلك التراب الذي نقل ومع عدمه هل يضمن ما نقل؟ ينظر. قيل: لا شيء^[١]. وعن سيدنا عامر: يضمن غرامة إصلاحها. ومثله عن الشامي والهبل، وقواه السلامي.

(٢) نعم، والعبرة في الغرض بالغالب في بلد التغيير، كما ذكره الوالد في المصايح، وظاهر المذهب بما يتعلق به أغراض الناس، قال الفقيه يوسف: هذا هو حكم الظاهر. وظاهر قول القاضي زيد في شرحه أن العبرة بغرض المالك، قال الفقيه يوسف: وهو حكم الباطن، وتكون العبرة ببلد الغصب. (شرح فتح بلفظه).

(٣) ما لم تكن شاة أضحية كما يأتي في الأضحية فيضمن قيمتها رأساً.

(٤) سلمياً. (غيث). وفي التذكرة: أو مجنياً عليه.

(٥) صغاراً. (قرير).

(٦) ومحمد، واختاره المؤلف، وقواه في البحر؛ لأنه بالذبح قد أذهب معظم المنافع، لا عين المال فهو باق؛ ولذا كان مخيراً.

[١] لأنه استهلك ما لا قيمة له. (مفتي). ولو قيل: تجب حكومة لم يبعد. وكذا لو قطعت أغصان بساتين العنب أو الشجر ولم تنقص قيمة الأرض بذلك فإنه يرجع بما بين قيمة المقطوع قبل قطعه وبعده، وإلا فلا رآه الحاكم.

فرع: فلو ذبحه الغاصب ثم قطعه^(١) آخر ثم طبخ اللحم آخر لم يكن استهلاكاً، بل يلزم كل واحد أرش ما فعل^(٢).

فرع: وإن كان الذي فعله فيه لا تتعلق به أغراض الناس في تلك البلد - نحو تمزيق الثوب أو تخييطه ما لا غرض فيه هناك، أو ذبح ما لا يصلح للأكل لعجافته، وما أشبه ذلك من الجنائيات - فإن نقص من قيمته قدر النصف فما دون أخذه مالكة مع الأرش، وإن نقص أكثر من النصف خير^(٣) بين أخذه مع

(١) يقال: إن اختار المالك بقاء العين له خير في حق المقطع إلى غرض بين أن يتركه ويأخذ قيمة اللحم غير مقطوع، وبين أن يأخذ اللحم ولا شيء له، ثم إذا اختار اللحم وطبخه آخر على وجه يتعلق به غرض خير أيضاً المالك بين أخذ قيمته مقطوعاً قبل الطبخ وبين أخذه ولا شيء له. وإن اختار القيمة وترك المذبوح للذابح كان المخير هو الذابح: إن شاء ترك اللحم المقطع إلى غرض وأخذ قيمته قبل التقطيع، وإن شاء أخذه ولا شيء له، وإذا طبخه آخر على وجه يتعلق به غرض خير بين أخذه كذلك، ثم على هذا النحو لو اختلفت الخيارات. (شامي).

(٢) هذا في غير الذابح، وأما هو فيخير المالك بين أخذها ولا شيء أو القيمة قبل الذبح، وإذا اختار القيمة رجع الذابح على المقطع بالأرش، وهو ما بين القيمتين مقطوع وغير مقطوع. وكذا في الطبخ [الطابخ (نخ)]. (سعيد الهبل). يقال: إذا كان الذبح فيها يصلح للأكل والتقطيع إلى غرض والطبخ كذلك فما وجه لزوم الأرش؟

(*) واختاره المتوكل على الله. وينظر هل يستقيم هذا الفرع على قواعد الهدوية أم لا يستقيم إلا على قول المؤيد بالله ﷺ؟

(٣) وذلك لأن الأكثر في حكم الكل، فصار كأنه استهلكه الكل، قال الفقيه علي: وهذا الخيار فيما هو مضمون على الجنائي من قبل جنائته، كالمغصوب والمرهون وما في يد الأجير المشترك، فأما الجنائية على ما ليس فيه سبب يوجب ضمانه كمن يجني على بهيمة الغير أو على ثوبه فلا خيار في ذلك، بل يأخذه مالكة مع الأرش وفاقاً. (بستان بلطفه). وفي حاشية في الزهور: والظاهر أن الخلاف مطلق، ويفهم مثلاً في شرح الأزهار فيما سيأتي في الصيد: والمتأخر جان.

الأرش وبين تركه وأخذ قيمته. وعند المؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي: ليس له إلا أخذه مع الأرش مطلقاً.

فرع: وإذا غلا سعر المغصوب بعد الجناية عليه حتى رجعت قيمته مثل ما كانت لم يسقط الأرش^(١).

مسألة: وإذا وطئ الغاصب الأمة حد ولا مهر، إلا إذا كانت بكرًا لزمه نصفه، قال الأستاذ: إذا كانت مكرهة^(٢) كما في الحرة، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا فرق؛ لأن الحق لسيدها. وإن ولدت فالولد لسيدها، ويجب ما نقص من قيمتها بالولادة. وقال أبو حنيفة: إن الولد يجبره. وكذا في أم الولد والمدبرة، لكن ما ولدته أم الولد مع الغاصب فهو يلحق بسيدها، إلا أن يكون بعد أربع سنين^(٣) كان ملكاً له مثل أمه سواء.

فرع: وإذا حبلى بزنى مع الغاصب منه أو من غيره فردها حاملاً ثم ولدت وماتت على الولادة ضمنها الغاصب؛ لأن سبب موتها من عنده، كما لو جرحت عنده فردها ثم ماتت من الجرح، بخلاف ما إذا شرع بها مرض عنده ثم ردها وماتت من المرض فإنه لا يضمها؛ لأنها لم تمت من المرض الذي حدث عنده، بل من زيادة علة حصلت مع المالك، ذكر ذلك في التفريعات. ولعله يضمن ما نقص من قيمتها بالمرض الذي حصل عنده على قول المؤيد بالله والناصر والشافعي، لا على قول الهادي كما في الهزال ونحوه. وبخلاف من زنى بحرة مكرهة فحبلى وماتت على الولادة فلا يضمها؛ لأن الحر لا يضمن بالغصب^(٤).

(١) وذلك لأنه عوض الأجزاء الثالثة. (بستان بلفظه).

(٢) مكلفة، وإلا فلا حكم لرضاها؛ لأن الحق لسيدها. (قرر).

(٣) أو بعد حيضة.

(٤) ينظر فيه. (غيث). ونظره في بيان حثيث. ولعل وجه النظر أنه جناية، فضمنت بالجناية لا بالغصب، وهذا قريب. (إملاء شامي). ولعلها تكون على العاقلة كما سيأتي.

مسألة: إذا هزل الحيوان المغصوب مع الغاصب فإن تلف ضمن قيمته يوم غصبه^(١)، وإن رده مهزولاً ضمن أرش الهزال عند الأكثر، خلاف الهادي^(٢) إذا كان بغير فعل من الغاصب^(٣). فلو سمن بعدما هزل ثم رده فقال المؤيد بالله: يسقط الأرش^(٤)، وقال الناصر والشافعي: لا يسقط^(٥). فلو هزل ثم سمن ثم هزل ورده وجب أرش الهزال الآخر عند المؤيد بالله، وعند الناصر والشافعي يجب أرش الأول والثاني^(٦).

فرع: ويشبه الهزال^(٧) أن يغصب العبد وهو شاب ثم يرده وقد شاخ، أو كان أسود الشعر فرده وقد شاب، أو يغصب الأمة وهي مكعبة وردها بعد

(١) اتفاقاً.

(٢) حجة الهادي عليه السلام: أنه نقصان لا يمكن إفراده بالتقويم بغير فعل الغاصب. (بستان).

(*) هذا القيل في الأزهار.

(٣) وفي الكواكب: إذا كان بغير جنابة من الغاصب، ولعل تركه لعلفه يكون كالجناية. (بلفظه).

(٤) وذلك لأنه زال ما يوجب الضمان بالسمن؛ فصار كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض. وحجة الناصر والشافعي: أن السمن الثاني غير الأول، فلا يسقط عنه ما وجب عليه. والكلام في الطرف الثاني هكذا. (بستان).

(٥) واختاره المفتي.

(٦) وقياس أصولنا أنه يجب أرش الأول مطلقاً، وأرش الثاني إن تجدد غصب؛ لأنه من الفوائد التي لا تضمن إلا بتجدد غصب كما هو صريح الغيث^[١]. (قرود).

(*) وقياس ما ذكروا في الصيد قد تقدم في صيد الحرم أنه يسقط بالإصلاح. يقال: هو مأمور بالإصلاح فافترقا.

(٧) وذلك لأن هذا نقص حصل في يده فهو كالهزال. (بستان).

[١] والبيان في الفرع الثالث.

سقوط ثدييها أو قد نقصت قيمتها لأجل غصبه لها ووقوفها معه.

فرع: وكذا لو غصب فردي نعل قيمتها معاً عشرة، ثم رد أحدهما وقيمتها وحده درهمان، فهل يضمن الثلاثة التي نقصت من قيمته؟ قال الفقيه حسن: يكون كالهزال^(١)، وأطلق في الانتصار أنه يضمنها^(٢). قيل: وكذا إذا رد العبد وقد نقص منه معنى كالشم أو الصوت أو الحركة أو الفطنة بغير جنابة فهو كالهزال^(٣)، وكذا يأتي - والله أعلم - إذا غصب أرضاً وهي محرثة ثم ردها وقد صلبت^(٤).

فرع: فأما زيادة سعر السوق ونقصانه فلا حكم لها مع بقاء العين على حالها، ومع تلفها يضمن النقصان^(٥)، وكذا الزيادة إن تجدد منه بعدها غصب^(٦)، وإن لم فلا، وكذا الزيادة بالكبر والسمن والولد ونحو ذلك^(٧).

مسألة: وإذا خصي العبد عند الغاصب أو خصى نفسه وجب الأرش

(١) فيضمن خمسة على قول الهادي عليه السلام، وعند الأكثر ثمانية: للتالف خمسة وثلاثة للنقص. (قرر).

(٢) وذلك لأن التفرقة بينهما حصل النقص بها؛ فلهذا ضمن ثلاثة، كما لو قطع كم القميص فإنه يلزمه ما نقص من قيمة القميص. (بستان).

(*) عند الجميع.

(٣) إذا كانت العلة عند الهادي عليه السلام كونه لا تقدير له في الشرع لم يستقم قياس الشم والصوت ونحوه عليه؛ لأن الصوت ونحوه قد قدر الشرع أرشه فينظر. (سحولي، ومفتي).

(٤) المختار الضمان في الكل. (قرر).

(٥) ذكره النجري والذويد في القيمي. وظاهره لا في المثلي ولو تلف؛ إذ ثبت في الذمة. (شرح فتح).

(٦) بنقل أو تجدد مطالبة.

(٧) يضمن إن تجدد غصب. (قرر).

ولو برئ وزادت قيمته بذلك. قال في البحر: وأرش الخصي هو مثل قيمته^(١) إن كان بجناية^(٢)، وإن كان بغير جناية فما نقص من قيمته^(٣).

مسألة: إذا وقعت جوهرة أو نحوها في محبرة الغير فإن كان بفعل صاحب المحبرة كسرت^(٤) لإخراج الجوهرة إن لم يمكن إلا بكسرها، وإن كان بفعل صاحب الجوهرة^(٥) فلا كسر حتى ينقلها^(٦) صاحب المحبرة فتصير الجوهرة معه أمانة يجب ردها^(٧)، فتكسر المحبرة، ولا ضمان لكسرها، بل أرش ما نقص من قيمتها بوقوع الجوهرة فيها. وإن كان ذلك بفعل الغير ضمن أرش نقصانها بذلك وكراءهما، فإن سلمهما إلى مالك الجوهرة فله كسر المحبرة بأمر الحاكم،

(١) قبل الخصي. (شرح أثمار) [زهور (نخ)] (قررو).

(٢) وقال الفقيه يوسف: مثل قيمته مطلقاً، وهو ظاهر الأزهار بقوله: إلا في نحو الخصي.

(٣) لا فرق عندنا بين أن يكون بجناية أو بغير جناية، وهو ظاهر الأزهار.

(٤) لأنه متعدد بذلك ولا شيء له.

(٥) وهو غير متعدد. (قررو).

(٦) وسيأتي تنظير على مثل هذا ووجهه فيما يأتي قريباً في الفرع الثاني على المسألة الثالثة، وهو أنها قد صارت أمانة وإن لم تنقل كما تقدم على مسألة: من وضع عليه شيء مغصوب.. إلخ.

(٧) ولعله حيث كان وقوعها في المحبرة بغير تعد من مالكةا، فيلزمه كسرها لردها؛ لأنها تصير أمانة، وأما إذا كان وقوعها بتعد من مالكةا فلا تصير مع صاحب المحبرة أمانة ولا ضمانة كما تقدم فيمن وضع الشيء في حجره أو داره بتعد من المالك، فلا يلزم صاحب المحبرة كسرها، وعلى صاحب الجوهرة أجرة وقوفها في المحبرة. (صعيتري). ومثله في الأزهار في غالباً في قوله: فأمانة غالباً.

(*) هذا ذكره الفقيه حسن، والذي في الانتصار أنها تكسر المحبرة مطلقاً وترد الجوهرة؛ لأنه لا يصل إليها إلا بكسر المحبرة، ويضمنها صاحب الجوهرة؛ لأنها كسرت من أجل حقه. (بستان بلفظه).

وعليه ضمانها على صفتها^(١)، وإن سلمها إلى مالك المحبرة فعليه كسرها ويضمن له الواضع قيمتها^(٢).

مسألة: إذا أدخلت البقرة رأسها في ظرف الغير وتعذر إخراجه فإنه يكسر الظرف^(٣) ويضمن مالكها^(٤) قيمته^(٥)، وإن كانت البقرة مع غاصب فالضمان عليه^(٦). وهكذا لو أدخل فصيلاً منزلاً ثم كبر فيه وتعذر خروجه إلا

(١) هذا بالنظر إلى الكاسر، وهو مالك الجوهرة، وأما بالنظر إلى الواضع فإن الكاسر يرجع عليه بما غرم، ومالك المحبرة يرجع عليه بما نقص من قيمتها مشغولة عن قيمتها فارغة. (إملاء شامي) (قررو).

(*) يعني: وفيها الجوهرة لا تخرج إلا بكسرها.

(٢) خالية من الجوهرة. (قررو).

(٣) مسألة: إذا أدخلت بهيمة رأسها في قدر الغير فتعذر التخلص إلا بكسره أو ذبحها فالإناء مستهلك حينئذ؛ إذ لرب البهيمة كسره حيث لا تؤكل، ويضمنه حيث تضمن جنائتها^[١]. فإن كانت مأكولة وتضمن جنائتها لم يكسر، بل تذبح، وإلا كسر. قلت: إذ للبهيمة حرمتان وللقدر حرمة واحدة، ويضمن الأرش؛ إذ كسره لنفع نفسه. (بحر بلفظه).

(٤) حيث هو الكاسر.

(٥) ولعل كلام البيان على كلام الانتصار. وعلى قياس مسألة المحبرة الأرش. (قررو). يعني: حيث بقي للكسور قيمة. (سماع).

(*) وهو قيمة مثله على صفته - يعني: وفيه الرأس - حيث لا تفريط، وإلا فقيمه وهو خال. (قررو).

(٦) ولو قيل: ينزل على ما تقدم في الجوهرة والمحبرة إن سلمها إلى مالك البقرة أو الظرف لم يبعد.

[١] أما ضمانه فيلزم مطلقاً كما في البيان. (مفتي). وقال القاضي سعيد الهبل: حيث كسره المالك.

بهدم في المنزل^(١). وهكذا فيمن باع^(٢) منزلاً فيه صندوق له وتعذر إخراجه إلا بهدم في المنزل^(٣)، وكذا إذا باع الصندوق ولم يمكن إخراجه إلا بهدم^(٤) فإنه يجب ولا شيء على المشتري؛ لأن تسليم المبيع على البائع، ولهما الفسخ قبل تسليم الصندوق أو المنزل حيث يبيع^(٥).

(١) ويرجع بالأرش على القياس. (قررو).

(٢) لفظ البحر: وكذا لو باع داراً فتعذر إخراج ما فيها إلا بهدم الباب هدم وأصلحه البائع؛ لما مر. (بحر بلفظه). وهو أن الهدم حصل من أجل تخليص ملكه. وقيل: اللازم الأرش. وقياس المذهب في هذه المسألة ثبوت الخيار ولا أرش على اختيار قول الفقيه علي الذي في شرح الأزهار في شرح قوله: ما لم يرد عليه بحكم.

(*) هذه مسألة المنزل قد تقدم نظيرها في البيان في البيع، وهي الثانية عشرة من فصل قبض المبيع، وهي مسألة: من باع داراً وفيها متاع له^[١]. وعلى هذه من الأنظار ما على تلك، قال سيدنا زيد بن عبدالله الأكوخ: والأولى ما في البيان. وهو في الغيث والبحر كذلك. (من خط من نقل عن خط سيدنا حسن عليه السلام).

(٣) ويجب أرشه. (بيان من البيع من قوله: مسألة من باع داراً فيها متاع).

(٤) هلا قيل: يفصل الصندوق أو ينظر في الأقل مؤنة، فيحقق ما أصل التعليل. اهـ أما إذا كان المبيع الصندوق فلأنه يجب عليه تسليم المبيع للمشتري. (شرح بحر معني). وأما الأول فينظر فيه.

(٥) يقال: هذا يستقيم في بيع الصندوق كما صرح به في شرح البحر، وأما بيع المنزل الذي فيه الصندوق فلا يكون الخيار إلا للمشتري فقط. وقيل: لا فرق، فيكون الخيار لهما لأجل الضرر كما تقدم في البيان في البيع^[٢]. (سماع سيدنا علي عليه السلام) (قررو).

[١] أو حيوان ولم يمكن إخراجه منها إلا بهدم شيء منها فله الهدم وعليه أرشه، قال الفقيه يوسف: وذلك عيب.. إلخ.

[٢] ولفظه في البيع: مسألة: من باع داراً وفيها متاع له.. إلخ.

مسألة: من غصب جوهرة أو نحوها ثم ابتلعها بهيمة لغيره^(١) لزمه قيمة الجوهرة؛ لتعذر ردها في الحال^(٢)، ثم إذا خرجت من بعد فإنه يردّها وما نقص من قيمتها وكراءها، ويرجع بالقيمة^(٣). وعند المؤيد بالله قد ملكها بدفع قيمتها. وكذا لو كانت البهيمة له وهي غير مأكولة، وإن كانت مأكولة جاء الخلاف هل تذبح لذلك أم لا^(٤)، فعلى أحد قولي الشافعي والفقهاء يحیی البحيح: لا تذبح، بل يضمن قيمة الجوهرة كما مر، وعلى أحد قولي الشافعي وأبي جعفر والإمام يحيى والفقهاء محمد بن يحيى: أنها تذبح^(٥) وتؤخذ الجوهرة.

فرع: فلو كانت بهيمة الغير معروفة بذلك وفرط مالكها في حفظها فهو ضامن، فيخير صاحب الجوهرة بين تضمين الغاصب أو صاحب البهيمة، والقرار على صاحب البهيمة.

فرع: فلو كانت الجوهرة غير مغسوبة وابتلعها^(٦) بهيمة الغير: فإن كانت

(١) يقال: ما يكون الحكم لو نقل المالك بهيمته؟ (مفتي). عن الشامي: ومتى نقل صاحب الحيوان حيوانه صارت أمانة، والله أعلم. (من هامش بحر الشامي). وقياس المذهب أن هذا كملقى طائر يجب الرد مع الإمكان وإن لم ينقل كما هو قول القاضي زيد وأبي مضر، والله أعلم. (قرر).

(٢) حيث لا تؤكل، وإن كانت تؤكل استفداها بما لا يحيف وذبحها لاستخراج الجوهرة.

(٣) وفوائدها. (قرر).

(٤) يجب الذبح إن كان له مأكولاً والعقور، ويجب الاستفداء إن كان للغير بما لا يحيف. ومتى نقل صاحب الحيوان حيوانه صار أمانة. (من هامش بحر الشامي). وقياس المذهب أن هذا كملقى طائر يجب الرد مع الإمكان وإن لم ينقل كما هو قول القاضي زيد وأبي مضر. (قرر).

(٥) حيث لم تحيف بحال صاحبها. (قرر).

(٦) في (ج، د): وأتلفتها.

معروفة بالتعدي ضمن مالكها قيمة الجوهرة كما مر^(١) إن كانت غير مأكولة، وإن كانت مأكولة جاء الخلاف هل تذبح أو يضمن صاحبها^(٢). وإن كانت غير معروفة بالتعدي^(٣) فإن كانت غير مأكولة فلا شيء^(٤)، وإن كانت مأكولة فعلى القول بأنها لا تذبح لا يجب شيء، وعلى القول بأنها تذبح يحكم لصاحب الجوهرة بذبح البقرة^(٥)، ويضمن أرش ذبحها^(٦) عند المؤيد بالله، وعند الهادي يخير صاحب البقرة^(٧) بين أخذها مذبوحة وبين تركها وأخذ قيمتها قبل الذبح، وذلك بعد قبض مالك البقرة لها^(٨).

مسألة: من غصب فردي باب أو نعل أو رحن^(٩) وقيمتها معاً أربعة كل

(١) والمراد بقوله: «كما مر» أنها إذا خرجت من بعد فإنه يردها وما نقص من قيمتها وكراءها ويرجع بالقيمة، خلاف المؤيد بالله عليه السلام. (بستان بلفظه).

(٢) تذبح ما لم يحذف الذبح بمالك البقرة. (قررو).

(٣) قوله: «غير معروفة بالتعدي» وفي الغيث ما لفظه: وإن لم تكن معروفة بالعدوان فلا ضمان. وفي الصعيتري في موضع: وهل يلزم ذبحها لإخراج الجوهرة؟ ينظر.

(٤) ينظر فقد صارت أمانة، لكن هنا الرد متعذر، فتبقى أمانة حتى يمكن الرد ووجب بأن تموت البهيمة. (هبل) (قررو).

(*) ينظر. (من بيان حثيث).

(٥) ما لم يحذف الذبح بصاحب البقرة. (قررو).

(٦) لأنه غير غاصب؛ فلهذا كان المختار كلام المؤيد بالله.

(٧) قال المفتي: لا تخيير على المختار إلا فيما كان مغصوباً من قبل، كما ذكره الفقيه علي في غير موضع.

(٨) ونظره في بيان حثيث. ولعل وجه التنظير أن على كلام القاضي زيد يجب الرد وإن لم ينقل، لكن هنا الرد متعذر، فتبقى أمانة حتى يمكن الرد ووجب بأن تموت البهيمة.

(٩) أما لو غصب أحدهما فقط وتلف أو أتلفه ابتداء من غير غصب فقال الفقيه حسن: إنه يضمن قيمته مع الاجتماع درهمين، وقال الفقيه يوسف: قيمته منفرداً درهماً فقط. (برهان).

واحد درهمان، وقيمة كل واحد وحده درهم لأجل انفراده، ثم تلف أحدهما ورد الثاني - فعلى قول الأكثر يضمن ثلاثة دراهم: درهمين عن التالف، ودرهماً عن نقصان قيمة الباقي، وعلى قول الهادي يضمن درهمين عن التالف^(١)، وعلى أحد قولي أصحاب الشافعي لا يضمن إلا درهماً قيمة التالف وحده.

مسألة: من غصب ثوباً أو نحوه فاستعمله مدة لزمه أجرته وما نقص من قيمته بالاستعمال، ذكره المؤيد بالله والإمام يحيى^(٢)، وقال بعض أصحاب الشافعي: يجب الأكثر من الأجرة أو النقصان. ولعله أولى؛ لأن سبب الضمانين واحد، وهو اللباس، بخلاف ما إذا غصب دابة أو داراً أو أرضاً ووقفت معه مدة ثم تلفت فإنه يضمن قيمتها وأجرتها.

مسألة^(٣): ومن غصب شاة وذبحها ثم أكلها غيره خير المالك بين تضمين الذابح قيمتها ثم يرجع الذابح على الأكل بقيمة اللحم وبين أن يضمن الذابح أرش الذبح ويضمن الأكل قيمة اللحم^(٤).

مسألة: وإذا صاد^(٥) العبد المغصوب صيداً ملكه سيده^(٦). فإن صاده

(١) لأنه لم يتلف في يده إلا ما يساوي درهمين، والهزال عنده غير مضمون. (بستان).

(٢) وذلك لأن الأجرة للاستعمال والأرش للنقصان، فهما متغايران فلا يتداخلان. وحجة بعض أصحاب الشافعي: أن الأجرة لأجل المنفعة، والنقص حاصل باستهلاك المنافع؛ ولهذا لا يجبان معاً، كما لو استأجر ثوباً ولبسه لم يجب إلا أمر واحد، وهو الأجرة. (بستان).

(٣) تحقق. (هبل).

(٤) ولو قيل: يخير المالك بين قيمتها قبل الذبح أو قيمة اللحم ولا أرش؛ إذ التغيير إلى غرض وقد تعذر أخذ العين - كان أنسب. (هبل).

(٥) هذه المسألة التنبيه الذي في شرح الأزهار في باب الإحياء، وفي الغضب أيضاً تنبيه في فوائد الغضب.

(٦) وفي وجوب أجرة العبد على الغاصب وجهان: أحدهما: تجب؛ لأنها تلفت المنفعة تحت يده. والثاني: لا تجب؛ لأن الصيد ثمرة المنفعة، وهو للسيد. قال عليه السلام: وهذا المختار. (بستان).

مكرهاً فكذا عند أبي العباس^(١)، وعند أبي طالب يبقى الصيد مباحاً وتجب
أجرة العبد، وقال المرتضى: يكون لمن أكرهه؛ لأن العبد له كالألة، وعليه أجرته.
فرع: وما صيد بالقوس أو الشبكة المغصوبة فهو للصائد^(٢). وما صيد بالكلب
المغصوب ففيه وجهان: أحدهما: أنه كالقوس^(٣). والثاني: أنه كالعبد. ورجحه
الإمام يحيى.

مسألة: من فقأ عين بهيمة الغير أو قطع ذنبها لزمه ما نقص من قيمتها
مطلقاً^(٤). وقال أبو حنيفة: في العين ربع قيمتها. وقال مالك: في ذنب حمار
القاضي^(٥) خاصة قيمته كلها^(٦).

مسألة: إذا صبغ الغاصب الثوب أو قصره أو دبغ الأديم خير مالكة بين
أخذه ولا شيء وبين تركه وأخذ قيمته يوم غضبه، ذكره في اللع، وقال في
الشرح: يأخذه بلا شيء. وكذا إذا جعل العود باباً أو دواة^(٧)، وقيل: يكون

(*) وعليه الأجرة في الأصح، وقال الإمام يحيى: لا أجرة؛ لأنه عاد النفع لسيده. قال في
البحر: وهو الأصح.

(١) وذلك لأن الإكراه أبطل الأمر. وعند أبي طالب صير الفعل كلا فعل، وتجب أجرته؛ إذ
لا منفعة واصله إلى السيد عند أبي طالب. (بستان بلفظه).

(٢) وعليه الأجرة. (قرر).

(٣) ولا أجرة. (قرر).

(٤) يعني: من غير التفات إلى تقدير ربع القيمة ولا إلى القاضي والسوقي؛ لأن البهيمة
كسائر الأموال. (بستان بلفظه).

(٥) الذي يعتاد ركوبه. (ديباح).

(٦) قال أصحابنا: وهذا غلط؛ لأنها جناية على بهيمة فلم يجب كمال قيمتها كما لو قطع ذنب
حمار السوقي. قال في الانتصار: ووجه قول مالك أنه استرسل في المصالح حتى قال:
يقتل ثلث الأمة لصالح ثلثيها. قيل: والحمار باق على ملك القاضي عنده. (غيث).

(٧) لعل هذا حيث كان لا يصلح إلا دواة، وإلا كان استهلاكاً، هذا هو المختار والمقرر.
(شامي). وقيل: لا فرق.

استهلاكاً^(١). قلنا: فلو تلف الثوب أو الأديم أو العود بعد ذلك ضمن قيمته كذلك^(٢) على الأصح^(٣)؛ لأنه قد كان يستحقه مالكة كذلك. وكذلك لو غسل الغاصب الصبغ عن الثوب ضمن ما نقص من قيمته مصبوغاً، ذكر ذلك كله في الزوائد والفقهاء علي. ولعل هذا إذا اختار مالكة أخذه، وإن تركه أخذ قيمته مصبوغاً^(٤). وعند المؤيد بالله يأخذه مع أرش النقصان إن نقصت قيمته في الكل.

مسألة: فإن كانت الزيادة من الغاصب يمكن فصلها كالحلية ونحوها فصلت عنه، فإن لحقه ضرر بفصلها كان كالجناية عليه: ينظر هل نقص من قيمته قدر النصف فما دون أو أكثر كما مر على الأصح.

مسألة: إذا طحن الغاصب الحب أو بذر به كان استهلاكاً؛ فيملكه ويضمنه بمثله. وعند الناصر والمؤيد بالله والشافعي أنه باق على ملك صاحبه^(٥).

فرع: وإن غصب الدنانير أو الدراهم ثم صنعها^(٦) حلية أو آنية أخذها

(١) هذا ذكره في التفريعات. (بستان). ومثله للفقهاء علي.

(٢) لكن يقال: لعله حيث قد تجدد غصب، والله أعلم. وفي البستان: قوله: «على الأصح» وذلك لما ذكره في الكتاب؛ لأنهم ذكروا في الأرض أنه إذا حفر فيها بئراً ثم طمها أنه يضمن أرش الطم. وقيل: يضمن قيمته قبل الصباغ ونحوه؛ لأن الزيادة هذه حصلت من فعل الغاصب فلا يضمنها؛ لأنه رد له عين حقه. (بستان بلفظه).

(*) أي: مصبوغاً أو نحوه.

(٣) من احتمالين ذكرهما في شرح ابن بهران: أحدهما: ما في الكتاب. والثاني: يضمن قيمته قبل الصبغ.

(٤) وذلك حيث كان الأرش فوق النصف فيخير، وإن كان النصف فما دون أخذه والأرش، ذكر معناه في البحر. (قررو). وذلك لأنه غيره إلى غير غرض. (قررو).

(٥) واختاره المتوكل على الله والإمام شرف الدين عليه السلام.

(٦) في (ب): صيغها.

صاحبها من غير شيء^(١) إلا ما نقص من وزنها^(٢) أو تركها وأخذ مثل حقه. وإن غصب حلية مصنوعة^(٣) ثم سبكها أخذها صاحبها مع ما نقص من وزنها، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها من غير جنسها^(٤). وعند المؤيد بالله يأخذها مع ما نقص من قيمتها في الكل. وقال أبو يوسف ومحمد: يكون ذلك استهلاكاً في الكل. قلنا: هو يمكن ردها كما كانت.

مسألة: إذا بنى في الأرض أو غرس فيها لزمه تفريغها^(٥) وردها وكرؤها وما نقص من قيمتها^(٦) بالحفر والقلع إن نقصت^(٧). وإن زرع فيها فالزرع له،

(١) لأن التغيير إلى غرض. (قرئ).

(٢) وأما نقصان قيمتها فإن فعل فيها ما تتعلق به أغراض الناس في ذلك البلد فلصاحبها الخيار بين أخذها أو قيمتها من غير جنسها، وإن فعل فيها ما لا يتعلق به الغرض وجب الأرش كما تقدم. وقال في التفريعات وأبو يوسف ومحمد: إن ذلك كله استهلاك. (كواكب لفظاً).

(٣) في (ب): مصوغة.

(٤) ولا أرش للجناية كما تقدم في الرهن في مسألة الإكليل، فيكون الأرش من غير الجنس، وقد تقدم اختيار قول الفقيه علي هناك صحة الضمان من الجنس؛ لأنه ضمان جناية وليس من باب المعاملة، فهنا كذلك.

(*) لأن التغيير إلى غرض. (قرئ).

(٥) بما لا يححف. (قرئ).

(٦) وظاهره ولا خيار^[١]، والذي تفهمه عبارة الفتح ثبوت الخيار من حيث الإطلاق. ومثله في شرح الأزهار جواب الإمام عليه السلام في شرح قوله: وله فصل ما ينفصل بغير ضرر.

(*) يوم الغصب. (شرح أزهار). صوابه: يوم القلع من غير نظر إلى الغروس. (قرئ).

مثاله أن تكون قيمتها عشرين من غير نظر إلى الغروس، فلما قلعت نقص من قيمتها خمسة. والله أعلم.

(٧) فإن لم تنقص فما غرمه في الإصلاح، ذكره الفقيه يوسف. (قرئ).

[١] يعني: للمالك.

وعليه أجرتها، ولا يجب أن يتصدق بما فضل من الزرع على غراماته، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة.

فرع: فلو غصب الأرض والحب ثم بذر به فيها كان الزرع له، وعليه أجره الأرض ومثل الحب، ولا يجب عليه أن يتصدق بفاضل الزرع، خلاف الفقيه علي. وعند المؤيد بالله أن الزرع لصاحب البذر. قال الفقيه يوسف: ولا تجب أجره الأرض؛ لأن منافعتها رجعت لصاحبها^(١).

فرع: فلو لم يقلع الغاصب غرسه وزرعه كان للمالك رفعه عن أرضه، قال الفقيه يحيى البحيح: ويرجع بأجرته^(٢) إذا نواها، وقال الفقيه علي: لا يرجع بها إلا إذا فعل ذلك بأمر الحاكم^(٣). وعند القاسم ومالك أن الزرع لمالك الأرض^(٤)، وللغاصب ما غرم فيه من البذر وغيره.

فرع: وإذا كان الغرس أو الزرع مما يمكن غرسه بعد قلعه لم يجز لمالك

(١) ويأتي على قول الفقيه حسن أنه يضمن كما تقدم في الرهن، ولعله أولى.

(*) على أصل المؤيد بالله.

(٢) وإذا طلب المالك أن يتولى ذلك بغير أجره، وطلب الغاصب أن يتولى ذلك، ولا إضرار في قلع أحدهما أو استوى الضرر في قلعها ولا يمكن التفرغ من دونه - فقال المؤلف عليه السلام: لا اختصاص لأيهما حينئذ بالتفرغ، فيرجع إلى نظر الحاكم، وإلا قرع بينهما، ذكر معناه في الشرح. (شرح بهران). والأقرب أن المالك أولى؛ لثلا يستعمل الغاصب ملكه، وله الأجرة، وهو ظاهر الأزهار، وقيل: لا أجره له.

(٣) لا فرق. (قرير).

(٤) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من زرع أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء، وترد عليه نفقته))، قيل: أراد حيث زرع ببذرهم وبأمرهم لكن خالف في الأرض. وقال أبو العباس: أراد أن الزرع يكون لصاحب الأرض، على معنى أنه يدفع إليه على جهة الكراء، ومعنى قوله: «وترد عليه نفقته» ما فضل عن كراء المثل، ويتصدق بهذا الزائد. وقال أبو حنيفة: أراد بذلك أن عليه أن يتصدق بالزرع. (بستان).

الأرض أن يقطعه بحيث يفسده، فلو فعل ضمن ما نقص من قيمته مقلوعاً^(١) إلا إذا لم يمكن قلعه إلا بذلك.

مسألة: وإذا بنى على الخشبة لم يكن استهلاكاً لها، بل يردّها وأجرتها وما نقص من قيمتها. وقال أبو العباس وأبو حنيفة: تجب قيمتها.

مسألة: وإذا خاط بالخيط المصوب في ثوب أو قميص رده مع ما نقص من قيمته؛ لأن ذلك لا يتعلق به الغرض^(٢)، وإن خاط به جرحه رده، إلا أن يخشى تلف نفسه^(٣) غرمه بمثله^(٤)، وإن خاط به جرح حيوان لغيره أو له وهو غير مأكول ترك إذا كان أخذه يضر الحيوان^(٥) وضمّنه، وإن كان الحيوان له وهو مأكول جاء الخلاف المتقدم هل يذبح ويرد الخيط أو لا يذبح بل يضمّن الخيط حيث هو لا يتسامح بمثله. فلو كان الحيوان مما لا حرمة له كالحري^(٦) والمرتد والكلب العقور والخنزير^(٧) أخذ الخيط^(٨)، إلا إن كان قد بلي ضمّنه الغاصب في الكل.

(١) وفي بعض الحواشي: يضمّن ما نقص ما بين قيمته مقلوعاً يغرس ومقلوعاً لا يغرس. اهـ فإن لم يكن له قيمة بعد القلع ضمن قيمته مقلوعاً يغرس.

(٢) يعني: أن المالك لا يعود عليه غرض بعد نقضه.

(٣) قال الفقيه علي: أو الضرر. وقواه الذمّاري. وفيه نظر، والمختار أنه لا يبيح الضرر الانتفاع بهال الغير؛ إذ لا يبيحه إلا خشية التلف، وإن جاز ترك الرد فهو أمر غير الانتفاع والاستعمال، والأمر واضح. (إملاء شامي).

(٤) وفي التذكرة: قيمته. قال في الكواكب: يعني: إذا كان في بلد لا يوزن الغزل فيه، فإن كان يوزن فيه وجب مثله. (قرر).

(٥) وذلك لأن إيلاّم الحيوان المحترم لا يجوز كإتلافه؛ لأن له حرمة. (بستان بلفظه).

(٦) ويكون أخذه بإذن الإمام. (حاشية زهور).

(٧) بناء على أنه عقور. (قرر).

(*) ينظر في الخنزير ما وجه عدم احترامه؟ قيل: إنها كانت غنم النصارى فخسف بها، وهي الآن ذات ناب تعقر. فعلى هذا تذبح؛ لأنها تعقر، فلو كان غير عقور فهو محترم لا يجوز ذبحه. (حاشية تذكرة).

(٨) وذلك لأن رده على صاحبه ممكن من غير ضرر. قال عليّ: وكذا إذا كان اللوح في أعلى

مسألة: وإن ركب اللوح المغموب في سفينة فإن كانت السفينة في جزيرة أخذ، وإن كانت في لجة البحر فإن كان فيها مال للغير أو حيوان غير مأكول ترك إلى الساحل بأجرة مثله، وإن كان حيواناً للغاصب مأكولاً جاء القولان هل يذبح^(١) ويؤخذ اللوح أو لا يذبح ويترك بأجرته. وإن كان فيها مال للغاصب أخذ اللوح، إلا أن يكون مما يححف بحال الغاصب ترك بأجرته^(٢).

مسألة: وإذا زحرف الدار أزال زحرفته^(٣) وضمن ما نقص من قيمة الدار يوم الغصب^(٤).

مسألة: من غصب خشبة أو نحوها ثم خلطها بخشبات له والتبست ملكها وضمن قيمتها، وإن كان اختلاطها بغير خلط خالط اشتركا في الخشبات

السفينة بحيث لا يناله الماء ولا يخاف من نزع الغرق فإنه يرد ولو في لجة البحر. (بستان بلفظه).

(١) إلا أن يححف بحاله. (هبل) (قررو).

(٢) التي لا تححف بحاله.

(٣) هذا حيث أمكن إزالتها من غير ضرر يلحق العين المغموبة، فإن كان لا يمكن إلا بضرر فإن عرف قبل الفصل خير مالك الدار بين أخذه وتسليم قيمته قائماً لا يستحق البقاء وبين القلع وأخذ الأرش، وإن لم يعرف الضرر إلا بعد الفصل نظر في النقص: إن كان النصف فما دون فالأرش، وإلا فالتخير^[١]. ومعناه في شرح الأزهار. (قررو).

(*) يعني: إذا طلبه المالك، وذلك كما لو شغلها بأمتعة له، وإن طلب الغاصب قلع الزخرفة ففيه وجهان: أحدهما: أن له ذلك؛ لأنها ملكه. والثاني: لا إلا أن يكون لها عين تنفصل.

واختار الإمام يحيى الأول والإمام المهدي الثاني. (بستان بلفظه).

(٤) قلنا: بل ذلك اليوم كمن حفر بئراً ثم طمها. (قررو).

[١] حيث كان إلى غير غرض، وإلا خير بينها وبين القيمة كما تقدم. (قررو). (من هامش شرح الأزهار).

وقسمها^(١)، ومن ادعى زيادة قدر أو صفة على ما أقرب له الثاني له فعلية البينة.

مسألة: إذا حصل مع الغاصب شيء من فوائد المغصوب الأصلية كولد أو صوف أو لبن فهو حصل بغير فعله فلا يضمه إلا أن يتجدد منه الغصب له أو يطلبه المالك فلم يسلمه، قال في البحر: أو كان قد تمكن من رده فلم يفعل، خلاف القاضي زيد. فلو كان قد ساق الولد لسقيه أو رعيه أو حفظه فإن كان قبل تمكنه من رده لم يضمه، وإن كان بعد تمكنه ضمته، خلاف القاضي زيد^(٢).

مسألة: من غصب بقرة حاملاً فولدت عنده ثم ماتت وولدها فإن كان قد نقل الولد لغير مصلحته ضمته^(٣)، وإن لم فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يضمه أيضاً؛ لأنه قد غصبه بغصب أمه، وقال في الشرح والفقيه محمد بن سليمان: لا يضمته^(٤)؛ لأنه يضم قيمة أمه حاملاً، فقد دخل في ضمها. وعند الناصر والشافعي أن فوائد المغصوب مضمونة^(٥) مطلقاً.

مسألة: من غصب فرساً أو نحوها فتبعها ولدها فوقع في هوة فقال المؤيد

(١) يعني: قسمت قيمة الكل على عدد الخشبات، فإذا كانت خمساً كان للمغصوب عليه خمس القيمة. (مقصد حسن بالمعنى) (قرر).

(٢) قوله: «خلاف القاضي زيد» يعني: فلا يضمه إذا تلف بعد تمكنه. وكلامه هذا يخالف ما ذكره في ورثة الوديع ونحوه أنهم إذا تمكنوا من الرد ولم يفعلوا حتى تلفت الوديعة ضمنوا. (بستان بلفظه).

(٣) ويضمن قيمة أمه حاملاً. (من بيان حثيث). وهو قياس المذهب. (مفتي). وفي حاشية ما لفظه: وإن تلف مضموناً لزمه قيمته وقيمة الأم غير حامل. (قرر).

(٤) قال في الشرح: وإنما تبع الولد الأم في الرهن والكتابة والتدبير لا في الغصب لأن الحق ثابت في الرقبة في الكتابة والتدبير والرهن فسرى إلى الولد، وليس الغصب حقاً ثابتاً في الرقبة. (زهور بلفظه).

(٥) لأنها بناء أصل مضمون، فهي كولد الصيد في يد المحرم. قلنا: علة التحريم الإحرام فتعدت إلى الولد، بخلاف الغصب فإنها وقع التعدي في الأصل فقط. (بستان).

بالله: لا يضمنه^(١)، وقال الشافعي: بل يضمنه. وهو يأتي قول الهدوية؛ لأنه فاعل سبب السبب عدواناً^(٢).

مسألة: من غصب عبداً مريضاً فداواه حتى برئ، أو أرضاً صلبة^(٣) فحرثها وسقاها - فلا شيء له في ذلك. وكذا الحيوان إذا علفه حتى سمن وكبر.

مسألة: من غصب أرضاً أو داراً ثم حفر فيها بئراً فإن لم تنقص من قيمتها ولا تزيد فلا شيء عليه سواء تركها أو طمها، وإن نقص من قيمتها ضمن النقصان ولو طم البئر؛ لأنه متعدد بالطم، وإن زادت قيمتها فلا شيء له ولا عليه، إلا أن يطم البئر ضمن ما نقص من قيمة الأرض بعد الحفر لأجل الطم، إلا أن يكون الطم برضا المالك أو كان تراب البئر في طريق أو شارع أو في ملك الغير^(٤) فإنه يلزمه إزالته، فإذا طمها به لم يضمن أرش النقصان^(٥)، إلا أن يكون هناك مكان مباح يمكن وضع التراب فيه^(٦) أو ملك لصاحب الأرض وأمره بوضع التراب فيه فلم يفعل ضمن.

(١) واختاره في البحر بلفظ: قلنا: سار بنفسه واختياره، فهو المباشر.

(٢) قلنا: سار بنفسه واختياره فهو المباشر. (بحر).

(٣) بضم الصاد وسكون اللام. وفي شمس العلوم: بفتح الفاء والعين: ما صلب من الأرض.

(٤) أو ملك الغاصب إذا لم يرض ببقائه. وفي شرح الأثمار: إذا كان التراب موضوعاً في ملك صاحب الأرض أو ملك الغاصب أو مباح فهو لا يستحق الرد.

(٥) والقياس أنه يلزمه الأرش وإن استحق الرد؛ لأن استحقاقه لا يسقط الأرش بعد الوجوب.

(٦) مع استواء الغرامة إلى المباح وإلى ملك المالك وإلى البئر. (قرير).

فرع: وحكم الطم أنه إن طلبه صاحب الأرض لم يلزم الغاصب، كمن هدم جدار الغير لم يلزمه إصلاحه، بل يلزمه الأرش، ذكره المؤيد بالله^(١)، إلا حيث الحفر في شارع أو طريق فهو منكر تجب إزالته. وقال أبو طالب والقاضي زيد والشافعي: بل يلزمه الطم. وهكذا فيمن أخرج طعام الغير من منزله هل يلزمه رده إليه أم لا^(٢)؟ وإن طلب الغاصب طم البئر فله ذلك لأحد أمرين فقط: إما لئلا يضمن من وقع فيه قبل رضا المالك به^(٣)، أو بأن يكون ترابه في طريق أو شارع أو ملك الغير فعليه إزالته، وله أن يرده البئر إلا أن يرضى المالك بوضعه في ملك له قريب منه^(٤). قال الفقيه علي: فلو طم البئر بتراب له فله أن يخرج^(٥)، ولصاحب البئر طلبه بإخراجه^(٦).

مسألة: إذا أكرى الغاصب الشيء المغصوب من غيره فقال الهادي: تكون الغلة للمالك. قال أبو طالب: يعني الكراء إذا أجاز المالك الإجارة أو طلب الكراء أو قبضه^(٧)، فيكون له قل أو كثر، وقبضه إليه^(٨)، إلا أن يجيز بعد علمه

(١) وهو ظاهر المذهب. (غيث). لأنه قد تعلق بدمته الأرش. (مفتي).

(٢) قلنا: هذا مغصوب، وهو يجب رده إلى موضع الغصب. (مفتي).

(٣) قوله: «قبل رضا المالك به» يعني: وأما بعد رضاه فلا ضمان على الغاصب، قال في البرهان: وكذا لو منعه المالك. (بستان بلفظه).

(٤) يعني: بحيث يكون في المساحة هو والبئر على سواء أو هو أقرب من البئر، لا أبعد. (ستان بلفظه).

(٥) لأن ذلك ينفصل كما تقدم

(٦) كمن وضع أحماً في ملك الغير.

(٧) مع علمه. (قررو).

(٨) وذلك لأن الغاصب فضولي، قال الفقيه محمد بن سليمان: وإنما تلحقه الإجارة إذا أجره

بقبض الغاصب له صح منه قبضه وكان في يد الغاصب أمانة إذا تلف معه لم يضمه^(١)، ذكره الفقيه يحيى البحيح، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل يضمن قدر أجره المثل لا الزائد. فأما لو لم يجز المالك فالواجب له أجره المثل، وله أن يطلبها^(٢) من الغاصب أو من المكتري، فإن كانت أكثر من الكراء فالزائد على المكتري يرجع به الغاصب عليه، وإن كانت أقل من الكراء رد الغاصب زائد الكراء للمكثري. وقد بنى أبو طالب على أن الإجازة تلحق التالف^(٣). وقال المؤيد بالله: إن مراد الهادي عليه السلام بالغلة أجره المثل، فتجب له على الغاصب،

الغاصب بأجرة على الذمة، أو معينة وهي من النقد؛ لأنه لا يتعين، فأما إذا كانت عرضاً فإنها لا تلحقه الإجازة؛ لأن الغاصب كأنه اشترى العرض لنفسه بمنافع المغصوب^[١] قال الفقيه علي: إلا أن يكون الغاصب نوى الإجازة عن المالك لحقته إجازته. (بستان بلفظه).
(١) وكذا لو كان قد قبضه وتلف معه ثم أجاز عالماً صح القبض ولا ضمان. (من بيان حثيث وخطه) (قرر).

(٢) يقال: ما الفرق بين الطالبين من المالك حيث جعل في الأول إجازة ولم يجعل في الطرف الثاني إجازة؟ لعله يقال والله أعلم: إنه طلب في الطرف الأول المسمى وكان طلبه إجازة، وفي الطرف الثاني أجره المثل فلم يكن إجازة؛ لأنه يستحق أجره المثل على الغاصب، والمؤجر والمستأجر غاصبين جميعاً، هذا ما ظهر لي من دون إطلاع على فرق، والله أعلم. (من خط سيدنا علي حفظه الله تعالى).

(٣) وينظر لو استأجر للحج غير الوصي وأجاز الوصي بعد العمل للحج. أجاز السيد أحمد الشرفي^[٢] أنها لا تلحق. وقد قيل: إنها تلحق بعد العمل فليحقق.
(*) وهي المنافع هنا.

[١] وقيل: لا فرق بين النقد والعرض أنها تلحق الإجازة؛ لأن منافع الدار مبيعة، كمن اشترى قيمياً قيمياً للغير فإنه يكون لصاحب القيمي وإن عقد عن نفسه، ذكر معنى ذلك الإمام المهدي عليه السلام، ومثله عن الشامي وعامر.

[٢] الذي أجاز به السيد أحمد الشرفي جواب مطلق لم يقيد السائل هل بعد العمل أو قبله.

ويكون الكراء للغاصب؛ لأنه قد استهلك المنافع بإخراجها على وجه لا يمكن ردها؛ فيملكها بقيمتها، وهي أجرة المثل، فإن كانت أكثر من الكراء فالزائد عليه، وإن كانت أقل منه فزيادة الكراء قد ملكها الغاصب من وجه محظور؛ فيتصدق بها على تخريجه لا على مذهبه^(١)، وسواء أجاز المالك أو لم يجز؛ لأن الإجازة لا تلحق التالف عند المؤيد بالله، وبناء على أصله أن الإجازة الفاسدة تجب فيها الأجرة المسماة إذا كانت معلومة.

وهكذا الخلاف بين السيدين في كل إجارة من غير المالك إذا حصلت الإجازة فيها بعد العمل هل تلحقها أم لا^(٢).

مسألة: من غصب عشرة دراهم ثم اشترى بعينها^(٣) شيئاً ثم باعه باثني عشر فعشرة منها ملك له؛ لأنه يضمنها، وأما الدرهمان الربح فقد ملكهما من وجه محظور؛ فيتصدق بهما^(٤) على قول الأحكام وأبي حنيفة، خلاف المنتخب

(١) وأما مذهبه فتطيب له. (زهور).

(٢) المذهب تلحقها. (قرر).

(٣) ولو من مالها. ولفظ حاشية السحولي: ولو اشترى بها من المغصوب عليه النقد^[١]. ولو قيل: إنه إذا اشترى من المالك فقد صار إليه عين ماله، وهو يجب عليه رده قبل أن يخرج عن يده، ويبقى ثمن العين التي اشتراها من المالك في ذمته، فلا يجب التصديق حينئذ - لم يبعد؛ لأنه في الحقيقة اشترى إلى الذمة فتأمل. (شامي). ومثله عن التهامي.

(*) ودفعتها.

(٤) وذلك لأنه ملكها من وجه محظور فيتصدق بهما؛ دليله شاة الأسارى. وحجة المنتخب والمؤيد بالله قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الخراج بالضمن)). ولا يطيب للسارق عند المؤيد بالله؛ إذ لا ضمان مع القطع. (بستان بلفظه).

[١] لفظ حاشية السحولي على قوله: «ويتصدق بالربح»: وهل يتصدق بالربح ولو شري بالدرهم المغصوبة معينة ممن غصبها عليه؟ الظاهر أنه لا فرق. (حاشية سحولي).

فإن اشترى خمسة أسداسه بالعشرة التي له وسدسه بالدرهمين الغصب تصدق بسدس ربحه، وإن اشترى بها الكل فالخلاف الآخر^(١). وهكذا فيما أشبه ذلك. **فرع:** وهذا حيث اشترى بعين الدراهم ودفعتها، فلو دفع غيرها ملكاً له فالأقرب أنه لا يجب التصدق؛ لأن الشراء صحيح عند الهادي عليه السلام^(٢)، وعند المؤيد بالله أنه فاسد يملك بقيمته لا بتلك الدراهم. وإن اشترى بدراهم على الذمة ثم دفع المغصوب فقال القاضي زيد: لا يجب التصدق بالربح وفاقاً^(٣)، وقال أبو جعفر: بل يجب عند الهادي وأبي حنيفة.

مسألة: وما ملكه الغاصب بالاستهلاك الحكمي كالمخلط^(٤) أو الطحن أو الزرع أو الغزل أو النسج أو نحو ذلك فإنه يملكه، لكن لا يجوز له التصرف فيه ولا يصح حتى يراضي مالكة^(٥) أو يحكم له به حاكم، وكذا مالكة لا يتصرف فيه إلا برضا الغاصب^(٦) أو بعد أن يحكم له حاكم به. فإن خشي الغاصب

(١) يعني: بين الفقيه يحيى البحيح وصاحب القيل. (بستان بلفظه).

(٢) وذلك لأن الدراهم لا تتعين. (بستان).

(٣) لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الخراج بالضمان)) فملك ربح الثمن بما ضمنه. (بستان بلفظه).

(٤) سواء خلطه بملكه أو ملك غيره حتى لم يتميز. (شرح أزهار بلفظه). لا بملك مالكة كما مر^[١] في التنبيه في المضاربة. (قرر).

(٥) فعلى هذا لو تصرف ثم راضى المالك نفذ تصرفه، كبيع الراهن للرهن وسقوط الدين. (شامي).
(*) وذلك لأنه ملكه ببدل فأشبهه المبيع المحبوس بالثمن والمرهون في تحريم الانتفاع إلا بإذن من له الحق، إلا أن يخشى فسادَه قبل المراضاة فإنه يتصدق به؛ لأنه ملكه من وجه محذور، وباقي الأقوال كما ترى. (بستان بلفظه).

(*) باللفظ أو دفع القيمة أو حكم الحاكم بالملك. (هداية) (قرر).

(٦) ولعل له منعه ولو بالقتل؛ لأنه قد ملكه. (قرر). وقال المتوكل على الله عليه السلام: إن المؤيد بالله والهدوية يتفقون أنه إذا طلبه المالك مستهلكاً أنه أحق به، وكلام الكتاب محمول على أنه لم يطلبه مالكة. وكذا عن والده عليه السلام.

[١] في هامش شرح الأزهار وهامش (د): فكما مر.

فساده قبل المراضاة تصدق به، فلو لم يتصدق به حتى فسد أو أطعمه غنياً^(١) ضمنه للفقراء^(٢). وقال القاضي زيد: يجوز للغاصب أن ينتفع به مطلقاً. وقال في البيانين^(٣) والتفريعات: ما لم يبق له عين كالحب إذا صار زرعاً والبيض إذا صار فراخاً جاز له أن ينتفع به قبل المراضاة. وعند أبي العباس والمنصور بالله وأبي حنيفة: أنه قد صار لبيت المال قبل المراضاة وبعدها.

مسألة: من سقى زرعه بماء مغصوب أو علف بقيرته أو أنفق عبده أو رعى غنمه مال الغير حل له الانتفاع بفوائدها قبل مراضاة ذلك الغير، وقال المنصور بالله: لا تحل له في مدة أكلها الحرام، بل يتصدق بفوائدها.

مسألة: إذا فعل الغاصب في المغصوب ما أزال اسمه ومعظم منافعه صار مستهلكاً له حكماً؛ فيملكه بمثله أو قيمته كما مر. وعند الناصر والمؤيد بالله والشافعي أنه باق لمالكه، وعلى الغاصب أرش ما نقص من قيمته.

فرع: والاستهلاك هو نحو طحن الحب أو عجن الدقيق أو خبز العجين أو غزل القطن أو نسج الغزل أو عصر العنب أو تخليل الزبيب أو التمر أو ذبح الشاة مع طبخها أو تقطيع لحمها^(٤) إذا كان من الذابح^(٥)، وكذا تخليل

(١) لا مصلحة فيه. (قرئ).

(٢) ولعل الغني يضمن أيضاً؛ لأن حقوق الله تعالى تتعدد. (تهامي وبيان من الزكاة). ولفظه: فرع: فلو طحنت الزوجة.. إلخ.

(*) ومالكه. (قرئ).

(*) مع التمكن من التصدق. (قرئ).

(٣) وفي الأزهار في آخر المزارعة ما يؤيد هذا. لكن المقرر أنه لا بد من المراضاة في الجميع.

(*) بيان السحامي ومعوضة.

(٤) إذا كان صغاراً، لأن قطعه من المفاصل فلا يكون استهلاكاً، ذكره الفقيه علي. (كواكب).

(٥) ونظره الفقيه يوسف، قال: لأن في حديث شاة الأسارى لم يسأل النبي ﷺ عن هذا.

(زهور).

العصير^(١) أو بذر الحب في أرض ندية، أو يابسة ثم سقاها، فإن سقاها المطر فهو باق لمالكه^(٢)، وإن سقاها الغير فقال الفقيه علي: يبقى لمالكه^(٣)، وقال الفقيه يوسف: بل يملكه الساقى. وكذا الكتابة في الورق^(٤)، ذكره أبو مضر. وخبر الشاة^(٥) قد دل على أحكام تسعة: أنه يستحب للأفضل زيارة من دونه. وأنه يستحب إكرام الضيف^(٦) بغير تكلف^(٧).

(١) إذا كان يصلح لغير الخلل، وإلا كان كدق النوى للعلف على الخلاف.
 (*) بمعالجة، لا بنفسه فهو لمالكه.

(٢) ويبقى إلى الحصاد بغير أجر؛ لأن مالكه غير متعد حيث هو في أرض الباذر. (قرئ).
 (٣) فإن تم الزرع فهو لمالكه، وإن يبس فالأقرب أنها ضامنان للبذر، وقرار الضمان على الساقى. (كواكب) (قرئ). وإن نقص وفاه. (قرئ).
 (٤) تكون استهلاكاً.

(*) إلا التحشية فلا تكون استهلاكاً. (مفتي) (قرئ).

(٥) والخبر ما روي عن عاصم بن كليب يرفعه إلى النبي ﷺ أنه زار قوماً من الأنصار في دارهم فذبحوا له شاة فصنعوا له منها طعاماً، فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله فمضغه ساعة ولم يسغه فقال: ((ما شأن هذا اللحم؟)) وروي أنه قال: ((إنها لتخبرني أنها ذكيت من غير حق)) فقالوا: طلبنا شاة فلم نجد في السوق، وهذه شاة لبعض جيراننا، فذبحنها ونحن نرضيه من ثمنها. فقال ﷺ: ((أطعموها الأسارى)) فدل هذا الخبر أن الشاة لما ذبحت وطبخت انقطع حق صاحبها منها، فلولا ذلك لما أمر النبي ﷺ بإطعامها الأسارى. (غيث).

(٦) من حيث عدم الإنكار في الذبح.

(*) إكرام الزائر مأخوذ من غير هذا؛ لأننا لم نحتج بفعلهم. (رياض).

(٧) لقوله ﷺ: ((لا تكلفوا للضيف فتبغضوهم؛ فإن من أبغض الضيف أبغضه الله)). (بستان).

وأنه لا يجوز أخذ مال الغير بنية الضمان.

وأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يعلم الحرام ابتداءً؛ إذا ما قبضه (١).

وأنه لا يدخل بطنه (٢).

وأن الاستهلاك الحكمي يزيل الملك؛ لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أطعمها الأسارى لما خشي فساد لحمها، وقال المؤيد بالله: إنما أطعمهم اللحم لأنه خشي فساده ولم يمكن بيعه ولا حفظه بوجه، وذلك يثبت في مال الغائب.

وأنه يستحب للقدوة اجتناب ما يوهم أو يغري على فعل القبيح؛ لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أطعم لحمها الأسارى مع كونه محل له ولأصحابه، لكنه تركه لئلا يغري على مثل ذلك الفعل.

وأنه يجوز صرف المظلمة في أسارى الكفار (٣).

وأنه ينبغي (٤) التصديق بمال الغائب (٥) إذا خشي فساده ولم يمكن بيعه ولا قرضه من أمين، ولا يجب ضمانه (٦)، خلاف أبي جعفر.

(١) أي: لو كان يعلم لما قبضه.

(٢) فإن قيل: فقد أكل صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من اللحم المسموم الذي سمته الخيرية، وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند موته: ((ما زالت أكلة خبير تعاودني، فالآن قطعت أبهري)). ينظر. (رياض). ولعل الجواب لا يدخل بطنه الحرام بالغصب لا غيره، والله أعلم. (مفتي، وسحولي). والأبهر: عرق تحت الرئة. وقيل: الأكل.

(٣) وذلك لأن إطعام الأسير من بيت المال. (بستان بلفظه). وهذا منه.

(٤) أي: يجب.

(٥) لمن هو في يده أو الحاكم. (قرر).

(*) هذا الحكم يؤخذ إن قلنا: إن ذلك ليس باستهلاك كما قال المؤيد بالله. (رياض بلفظه).

(٦) يعني: إذا صادقه المالك في خشية الفساد أو أقام البينة على ذلك، وإلا حلف المالك وضمنه له في الظاهر. وقال أبو جعفر: إنما يجوز له فعل ذلك بشرط الضمان كما إذا تصدق باللقطة. (بستان بلفظه).

مسألة: من غصب خشبة ثم دفعها إلى غيره فبنى عليها ردت^(١)، ورجع الباني بقيمة بنائه على الغاصب؛ لأنه غار له، ذكره الهادي، وظاهره مطلقاً، وقال المؤيد بالله وأبو طالب: المراد به إذا أعطاه الخشبة بعوض، وأما بغير عوض فهو محسن^(٢) فلا يرجع عليه. قال الفقهاء علي وحسن ويوسف: والمراد بقيمة البناء هو ما غرم في بنائه^(٣)؛ لأنه غرم لزمه بسببه، لا ما غرم في تحصيل الحجارة والأخشاب؛ لأنها باقية له، والله أعلم.

مسألة: وإذا باع الغاصب الثوب ثم صبغه المشتري جاهلاً فإن اختار مالكة أخذه رجع المشتري على الغاصب بالثمن^(٤) وبما غرم في صباغه^(٥)، وإن اختار أخذ قيمته قبل الصباغ بقي الثوب له ورجع بالثمن وبما غرم في الصبغ^(٦)، وخير بين أخذ الثوب^(٧) له وبين رده للبائع ويرجع عليه بالقيمة التي دفع، فلو كان البائع منه مشترياً من الغاصب رجع عليه مع علمه كذلك، ومع جهله أيضاً عند الهدوية، خلاف المؤيد بالله.

(١) هذا على قولنا: إن البناء عليها ليس باستهلاك لها. (بستان).

(٢) قلنا: إحسانه بطل بتغيره. (شرح بهران).

(٣) وأجرة ما احتاج بالنقص، وأرش ما نقص من الآلات بسبب ذلك. (قرور).

(٤) وحاصل الكلام في المسألة أنه يرجع بالثمن مطلقاً لبطلان البيع، وأما الصبغ فإن رد الثوب رجع به، ويرجع أيضاً بالقيمة التي دفع للمالك، وإن لم يرد الثوب لم يرجع بها ولا بالصبغ. (شامي) (قرور).

(٥) وذلك لأنه مغرور، والمغرور يغرم الغار كل ما غرم.

(٦) قيل: حيث رد الثوب. وظاهر البرهان والكتاب ولو لم يرده، وفيه نظر.

(٧) ينظر ما وجه التخيير؟ وكان القياس أنه يملكه المشتري بدفع القيمة؛ لأنه غاصب. (مفتي). ولعله يقال: إنه لما لم يكن قرار الضمان عليه ويثبت له الرجوع على الغاصب خير كما خير المالك. (مفتي). سيأتي في آخر الفرع في قوله: فرع: فإن كان المشتري قطع الثوب قميصاً.. إلخ قوله: وإن جهل فعلى البائع وله.

مسألة: وإذا باع الأمة أو المدبرة أو أم الولد المغصوبات فاستولدها المشتري فمعه علمه كالغاصب سواء، ومع جهله يرد الأمة ومهرها، ويثبت نسب الولد من الأب، ويكون حراً، ويغرم المشتري لسيد الأمة المملوكة قيمة ولدها يوم المطالبة، ذكره في اللمع والشرح وأبو حنيفة، وقال الناصر والشافعي: يوم الولادة^(١)، وقال الفقيه يوسف: يوم الدعوة؛ لأنه وقت الاستهلاك. قال سيدنا عماد الدين: ولعله مراد أصحابنا، ويرجع بها على البائع^(٢) لا بالمهر.

فرع: فإن كان قد مات الولد قبل المطالبة لم يضمن قيمته^(٣) كسائر أولاد الحيوانات، ذكره في اللمع والشرح، قال الفقيه يوسف: ولعل المراد به إذا كان قبل أن يدعي الولد^(٤). وعلى قول الناصر والشافعي يضمنه مطلقاً^(٥).

فرع: فلو كان الغاصب قد زوجها عبده^(٦) أو غيره وولدت له رد ولدها معها، ذكره في التقرير. ولعل المراد حيث زوجها مع بيان كونها أمة، لا لو غر

(١) فإن لم يكن له وقت الولادة قيمة فبأقرب وقت يمكن تقويمه فيه. (قرر).

(*) مع الدعوة ولو تأخرت. (قرر).

(٢) لأن النسب والحرية لا يعودان إلى الواطئ، بل لله تعالى.

(٣) لأنه مات قبل أن يصير مضموناً، ما لم يكن قد تجدد غصب. (قرر).

(٤) أما إذا قلنا: إن الضمان يوم الولادة كما هو المقرر فالقياس ضمانه يوم الولادة بشرط الدعوة وإن تأخرت.

(٥) قوي. وجه التقوية كونه قد استهلكه بالحرية مع الجهل، لا بما يعلل به الناصر والشافعي، والله أعلم. أما إذا مات قبل الدعوة فالمختار قول الفقيه يوسف؛ إذ لا يصح أن يدعيه ميتاً.

(*) كما تقدم في المسألة العاشرة في قوله: مسألة: من غصب بقرة.. إلخ.

(٦) يقال: لو شرط الزوج حرية الأولاد مع جهله لغصبها ماذا يلزم؟ لعل الشرط لا يصح؛ لأنه لا يملك الغاصب الأولاد، فحيث لا يتغير الحكم. (شامي) (قرر). هلا قيل: كولد المغرور يكون حراً وتلزمه القيمة.

الزوج بأنها حرة فولدها حر^(١).

فرع: وأما ولد أم الولد والمدبرة فأطلق أهل المذهب أنها لا تحب قيمتهم؛ لأنه لا يجوز بيعهم، ونظره كثير من المذاكرين؛ لأن أم الولد والمدبرة وأولادهما يضمنون بالاستهلاك، وهذا قد استهلك أولادهما بالدعوة؛ فيضمنهم بقيمتهم على صفتهم^(٢) ويرجع بها على البائع.

مسألة: من أنزى بفحل غصباً كان الولد لمالك الأم، وعلى المنزي ما نقص من قيمة الفحل بذلك، لا أجرته فلا تحل^(٣).

مسألة: من اشترى المغصوب فمع علمه هو غاصب، لكنه يرجع بالثمن مطلقاً^(٤)، وعلى قول الفقيه محمد بن سليمان وابن الخليل يرجع به مع بقائه فقط، وقال المنصور بالله: يتصدق به البائع. ومع جهل المشتري يرجع بالثمن مطلقاً، وبالأجرة إن لم ينتفع به، لا إن انتفع^(٥)، خلاف أبي مضر.

فرع: فإن كان المشتري أكره من غيره مع الجهل كان الكراء له، وعليه أجرة المثل لمالكة. قال الفقيه علي: ولا يلزم المكثري إلا ما اكتراه به قل أو كثر، وإن

(١) ولو كان الزوج عبداً.

(٢) يقال: قد صاروا أحرار، فيستحق قيمتهم الكل لا على صفتهم. (مفتي).

(*) يعتقدون بعقتها.

(٣) فإن كان ماؤه طاهراً فهلا جاز وإن لم يصح كما قالوا في بيع ما لا قيمة له. (مفتي).

يقال: عدم الجواز للنهي الوارد في ذلك، وهو بيع الملاقيح والمضامين.

(٤) سواء كان باقياً أم تالفاً؛ لأن الإباحة باطلة، فعوضها باطل، والثمن إنما يستحق في

مقابلة البيع الصحيح. وحجة القول الثاني: أن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها.

ويوافقونا مع الجهل. (بستان).

(٥) ما لم يضمن له ضمان الدرك. (قررو).

الإجارة صحيحة^(١) أجاز المالك أم لم يجز، وعلى المشتري للمالك أجره المثل قلت أو كثرت^(٢)، وقال الفقيه يوسف: المراد به إذا طلب المالك الأجرة من المشتري فهي تكون عليه، والكراء له مطلقاً، وأما إذا طلب الأجرة أو الكراء من المكتري فإنه يرد المشتري ما أخذه من الكراء على المكتري.

فرع: وإنما كان الكراء للمشتري لأنه ضامن ضمان شبهة ملك لا كضمان الغاصب، والخراج بالضمان، لكن اختلف السيدان في الضمان، فقال المؤيد بالله: المراد به ضمان المنافع، وقال أبو طالب: المراد ضمان الرقبة. وفائدة الخلاف في صورتين: إحداهما: إذا كان الكراء أكثر من أجره المثل فعلى قول المؤيد بالله يتصدق بالزائد على تخريجه للهادي عليه السلام، وعلى قول أبي طالب لا يتصدق به؛ لأنه في مقابلة ضمان الرقبة. فلو كان الكراء أكثر من قيمة الرقبة فقال الفقيه حسن^(٣): إنه يتصدق بالزائد^(٤) عند أبي طالب، وقال الفقيه يوسف: لا يجب^(٥)؛ لأنه كلما وجب شيء من الكراء قابله ضمان الرقبة، وهو أكثر منه^(٦).

(١) وهو يقال: لم جعل التأجير هنا صحيحاً فاستحق المشتري الأجرة المسماة؟ وهل يبرأ المستأجر برد العين إلى المشتري؟ (حاشية سحولي). القياس لا يبرأ؛ بخلاف الأجرة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((الخراج بالضمان)) فقد ملكها المؤجر.

(٢) قال الأستاذ: وإذا كانت أكثر رجع بالزائد على البائع. (بستان).

(٣) وبنى عليه في الأزهار.

(٤) في كل إجارة أجرها؛ إذ كل إجارة على انفرادها في مقابلة الرقبة على قول أبي طالب، لا إذا أجرها بدون قيمة الرقبة مراراً فلا يتصدق ولو تعدت قيمة الرقبة. (مفتي) (مقرر). وفي بعض الحواشي: يملك أول أجره بقدر القيمة وما زاد يتصدق به ولو قل.

(٥) ونظره في البرهان^[١]، واختاره الإمام شرف الدين.

(٦) لعله يجاب بأنها تستحق جميعاً في حالة واحدة في العقد الصحيح، فينظر. (مفتي).

[١] قال فيه: قلنا: وفيه نظر، بل يستحق بالعقد الصحيح جميعها، ذكره الفقيهان يمين البحيح وحسن.

الثانية: إذا حكم حاكم حنفي بعد المرافعة إليه بعدم الأجرة للمغصوب^(١) فعلى تحريج المؤيد بالله يتصدق بالكراء كله، وعلى قول أبي طالب لا يتصدق بشيء منه.

فرع: ويرجع المشتري الجاهل على البائع بما أطلع العبد أو الحيوان^(٢)، خلاف الأستاذ.

فرع: فإن كان المشتري قطع الثوب قميصاً وخاطه أو لم يخطه، أو ذبح الشاة ولم يقطع لحمها ولا طبخه، وكان ذلك مما لا يوافق أغراض الناس في تلك البلد^(٣) في الأغلب - أخذه مالكة مع أرش النقصان إذا كان قدر نصف القيمة فما دون، وقرار الأرش على المشتري إن علم، وإن جهل فعلى البائع^(٤)؛ لأن فعل المشتري هو تصرف لا جناية. وإن كان ما فعله يوافق أغراض الناس في الأغلب فكذا عند المؤيد بالله، وعلى قول الهدوية إن أخذه مالكة فلا أرش، وإن أخذ قيمته كان قرار الضمان على المشتري وملك المغصوب^(٥) إن علم^(٦)، وإن جهل

(١) أما مع التأجير فلا تسقط عنده، فينظر فيه على أصلهم.

(*) ينظر؛ فإن الحنفية لا يسقطون الأجرة إلا إذا لم يؤجرها الغاصب، فإن أجزاها لزمه التصديق. وقد يقال: الكلام مستقيم؛ إذ لا يوجبون ضمان المنافع للمالك وإن أوجبوا التصديق. (من خط المتوكل على الله).

(٢) قوله: «بما أطلع العبد أو الحيوان» هذا ذكره المؤيد بالله والقاضي جعفر والفقهاء علي؛ لأنه مغرور. وقال الأستاذ: لا يرجع بذلك؛ إذ لا عين له تقوم منفردة ولا مضافة إلى غيرها، بخلاف ما كان له عين باقية كالبناء والصباغ فإنه يرجع بقيمته. (بستان بلفظه).

(٣) بلد التغيير. وقيل: بلد الغصب.

(٤) وهو غالباً في الأزهار؛ إذ فسره في شرحه بلفظ: نحو الخياط.

(٥) في (ب): كان قرار الضمان وملك المغصوب على المشتري وله إن علم.

(٦) وكان تضمين المالك كإجازة البيع، والله أعلم.

فعلى البائع وله^(١).

فروع^(٢): فإن كان المشتري دفع الثوب إلى الخياط ليقطعه ويخيطه فمع علم الخياط يضمن ولا أجره له، ومع جهله يرجع على المشتري بأجرة مثله^(٣) وبها لحقه من الضمان ولو كان المشتري جاهلاً، خلاف المؤيد بالله.

مسألة: وذوات الأمثال هي كل ما استوت أجزاءه حتى قل التفاوت فيه، وكان له مثل من طريق المشاهدة في الصورة، وله ضابط يقدر به في العادة من كيل أو وزن أو عدد^(٤)، وذلك كالأدهان والألبان والحبوب والقطن والصوف والغزل ونحوه والمعدود المستوي^(٥)، وهو ما يستوي سعره^(٦)، إذا كان ذلك كله خالصاً، وأما ما فيه الغش الذي لا يتسامح به في العادة كالحماط وما أكله الدود وما تغير بالدفن وما فيه بلل فإنه قيمي، وكذا العسل الذي فيه شمع،

(١) إن لم يختر المشتري أخذه، وإن اختار أخذه رجع بالثمن فقط^[١]، وإن اختار الرد على البائع رجع بالثمن والقيمة التي يسلمها للمالك كما تقدم في الثوب المغصوب^[٢]. (قرر).

(٢) غالباً في الأزهار.

(٣) وقيل: المسمى، ذكره الإمام المهدي عليه السلام.

(٤) حيث يوزن، وإلا فقيمي.

(٥) كالبيض والجوز، وتقديرهما بالوزن مع العدد. (شرح أزهار بلفظه).

(*) قيل: فالكيلات والموزونات والمعدودات مثلية إذا تساوت - كما ذكر في الكتاب - أو تقاربت، ومعنى التقارب أن يكون تفاوتها قدر نصف عشر القيمة فيما دون. (شرح بهران من أول كتاب البيع).

(٦) كالبيض في وقتنا، فإنه لا يعرف أن للكبار سعراً وللصغار سعراً. (رياض).

[١] وفيه النظر المتقدم للمفتي، وهو: ما وجه التخيير؟

[٢] الذي صبغه المشتري.

وكذا الدقيق^(١)؛ لأنه لا ينضب بالكيل مع أنه مكيل^(٢).

فرع: وقد يكون الجنس الواحد مثلياً في بلد - وهو حيث يكال أو يوزن - وقيماً في بلد، وهو حيث لا يكال ولا يوزن. والأرز قبل تقشيره مثلي، وبعده فيه قولان للمؤيد بالله^(٣).

فرع: واللحم قيمي^(٤) - ذكره المؤيد بالله - ولو وزن؛ لأنه يكثر فيه التفاوت، وليس كل مكيل ولا موزون مثلياً؛ لأن الحب المغشوش والعسل المغشوش قيمي ولو كيل أو وزن، وحلية الذهب والفضة قيمي^(٥) ولو وزنت. وأما العلس والغليل^(٦) والذرة المخلوطة حمراء وبيضاء فقال الفقيه يوسف: إنه قيمي^(٧). والأقرب أنه مثلي؛ لأنه ينضب بالكيل، ويعرف مثله بالمشاهدة بحيث يتسامح بالتفاوت فيه^(٨).

مسألة: إذا كان المستهلك مثلياً ضمن بمثله^(٩) في الجنس والنوع والصفة،

(١) الصحيح أنه مثلي إن قل التفاوت فيه.

(٢) فإن وزن فمثلي. (ساع سحولي).

(٣) المختار أنه قيمي إن كثر تكسيره. وكذا البن بعد التقشير: القشر قيمي، والصافي مثلي. (قرر).

(٤) وقد يؤخذ للهدوية أنه مثلي؛ ولذا قالوا: إن علة الربا في اللحم الوزن مع الجنس. قلنا: الربا محرم في القيمي. (وابل).

(٥) إذا كان فيها صنعة تخرجها عن حد الضبط. (قرر).

(٦) وهو المخلوط برأ وشعيراً.

(٧) قوي في الضمان، فيضمن قيمته، لا في الربا فمثلي، أي: محرم.

(٨) وفيه نظر. (حيث).

(٩) واستدل على أن المثلي يضمن بمثله بنحو قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا

عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وبأن المثل معلوم والقيمة مضمونة. (شرح

بهران).

وفي المعدود بمثله عدداً ووزناً^(١) وصفة ولو غلا سعره أو رخص فلا حكم له. **فرع:** فإن عدم مثله في الناحية^(٢) خير صاحبه بين الصبر^(٣) حتى يوجد مثله أو أخذ قيمته يوم المطالبة^(٤) وفي موضعها، وقيل: يوم الغصب، وقيل: يوم انقطع عن أيدي الناس.

مسألة: إذا كان المستهلك قيمياً وجبت قيمته يوم الغصب^(٥) في بلده ولو تلف وقد زاد في نفسه أو قيمته، إلا أن يكون قد تجدد عليه غصب بعد الزيادة ضمنها، أو كان تلفه بجناية أو تفريط وجب الأكثر^(٦) من قيمته وقت الغصب

(١) يعني: فيما يوزن من المعدود، وأما ما كان يباع منه بسعر معروف فلا يحتاج إلى وزن كما تقدم في أول المسألة قبل هذه.

(٢) وهي الميل على تخريج أبي طالب، والبريد على تخريج المؤيد بالله. (كواكب بلفظه).
(٣) يقال: أليس للغاصب حق في براءة ذمته ببذل القيمة؟ فينظر. قرر سيدنا علي بن أحمد أن له حقاً في براءة ذمته.

(٤) ولو سلم القيمة ولم يحصل لفظ مصالحة أو قضاء كان حكمها حكم قيمة الخيلولة، فمتى وجد المثل فهو اللازم، فيجاء إليه من طلبه. (حاشية سحولي) (قرر). ولفظ حاشية: فإن وجد بعد دفع القيمة فوجهان: يسترداه^[١]؛ كلو دفع قيمة الخيلولة ثم عاد، ولا^[٢] إذ قد برئ.

(*) إن قارن التسليم^[٣]، وإلا فيوم التسليم إن تأخر. (قرر).

(٥) وذلك لأنه يتعذر فيه وجود المثل، ولقوله ﷺ: ((من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه الباقي))، قال عليه السلام: فهذا أصل فيما لا مثل له أنه يضمن بالقيمة. وقلنا: يوم الغصب لأنه وقت الضمان، ولو زاد فالزيادة غير مضمونة إلا أن يتجدد عليها غصب. (بستان).

(٦) وفي الأزهار: يحير المالك بين قيمته يوم الغصب ومكانه ويوم التلف ومكانه.

[١] حيث لم تحصل ملافظة. (قرر).

[٢] حيث حصلت ملافظة. (قرر).

[٣] أو الحكم بالقيمة. (بحر).

في بلده أو وقت التلف في بلده.

فروع: فلو كان المستهلك مثلياً في أحد الموضوعين وقيماً في الثاني خير المالك في أخذ أيهما شاء^(١) حيث اختلف موضع الغضب وموضع الاستهلاك، فإن كان واحداً فالعبرة به^(٢)، ولو كان في مفازة أو سفينة مضطربة أو كان حيواناً مريضاً أو ساقطاً من شاهق فيعتبر بقيمته في تلك الحال^(٣).

فروع: فلو اختلفت قيمته يوم الغضب ويوم التلف فإن نقصت وجبت قيمته يوم الغضب، وإن زادت وجبت [قيمة^(٤)] الزيادة إن تلف بجناية أو بعد تجدد غصب، وإن لم فلا. فإن كان لا يتعامل به في ذلك الموضوع^(٥) اعتبر بأقرب موضع^(٦) إليه يتعامل به فيه، فلو كان بالقرب منه موضعان تختلف القيمة فيهما فيحتمل أن يعتبر بالأقل؛ لأن الأصل براءة الذمة، ويحتمل^(٧) أن يأتي على

(١) وعليه الأزهار في قوله: ولم يصبر بعد أو مع أحدهما قيماً، وإلا اختار.

(٢) لعله يريد وكان في وقت مثلياً وفي وقت قيماً كما في الأزهار فيخير. وقوله: «فالعبرة به» يعني: بالمكان بالنظر إلى المثل حيث اختاره وإلى القيمة حيث اختارها^[١]. (قررو). في الكواكب أن المثلي مضمون بمثله إلى وقت تسليمه.

(٣) في حال هويه، أو بعد استقراره في الأرض إذا كان فيه رمق.

(٤) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٥) مع كون له فيه قيمة. (صعيتري).

(*) مثل الزعفران في البادية.

(٦) يؤخذ من هذا لزوم الأجرة في بيوت البادية حيث كان لمثله أجرة تقديراً، فيقرب إلى أقرب موضع إليه. (شامي). أما مع ما ذكر في حاشية عن الصعيتري من كون له قيمة في موضع التلف فلا أجرة لبيت البادية؛ إذ الاعتبار بالبلد. (سيدنا حسن رحمته الله) (قررو).

(٧) ذكره الفقيه يوسف. (كواكب).

[١] وعليه الأزهار بقوله: وإلا اختار.

الخلاف^(١) حيث قامت بيتان بقيمتين هل يؤخذ بالأكثر أو بالأقل، فعلى قول الشرح والمنصور بالله وأبي حنيفة يجب الأكثر^(٢)، وعلى قول الشافعي والفقهاء يحمى البحيح يجب الأقل.

مسألة: ويعتبر في القيمة بشهادة عدلين بصيرين بذلك الشيء، وتعتبر قيمته عند من يليق به، ككتب الفقه عند أهله، وكتب النحو عند أهله، وآلة كل صناعة عند أهلها. ولا يعتبر بمن ينافس في ذلك الشيء ولا بمن ينفر عنه. ويجوز للشاهدين البصيرين أن يشهدا بما غلب به ظنهما في القيمة؛ لأنه لا يحصل في ذلك إلا الظن.

فروع: وما كان يباع ويتتفع به في العادة منفرداً قوم منفرداً، وما كان يتتفع به مضافاً إلى غيره ولا يباع منفرداً قوم مضافاً إلى ما هو متصل به، كالجدار إذا هدمه، والأشجار التي للثمر والكروم إذا قطعها، فيضمن ما نقص من قيمة^(٣) الدار أو الأرض بذلك، فإن قطع الشجر وأخذه ضمن ما نقص من قيمة الأرض بقطعه وقيمته بعد قطعه، وكذلك في حجارة الجدار، وكذا فيمن حفر في أرض غيره لزمه ما نقص من قيمتها بالحفر، ويجب الطم عند أبي طالب^(٤) لا عند المؤيد بالله^(٥).

مسألة: من غصب خمر الذمي أو خنزيره فعليه رده ما دام باقياً^(٦)، وإن أتلفه

(١) في البيع في فصل الاختلاف.

(٢) يعني بالتقوية حيث قامت بيتان، وأما هنا فبالأقل؛ لأن الأصل براءة الذمة. (قرو).

(٣) فإن لم تنقص فلا شيء. وقيل: يجب عليه أجرة من يصلحها. (عامر) (قرو).

(٤) وقواه الهبل.

(٥) وقد تقدم تقريره فأعنى عن تكريره. (بستان).

(٦) ظاهره: ويجب عليه حمله.

فقال الناصر والشافعي: لا يضمّنه، وقال أبو حنيفة: يضمّنه، وعندنا أنه يضمّنه^(١) إن أخذه في بلدهم^(٢) التي يجوز لهم سكنها، وإن كان في غيرها ففيه احتمالان لأبي طالب^(٣).

فرع: والمواضع التي يجوز لهم سكنها هي التي اختطوها قديماً^(٤)، وهي أيلة^(٥) وعمورية وفلسطين^(٦) ونجران^(٧)، وما عداها لا يسكنوه إلا أن يأذن لهم الإمام إذا رأى فيه صلاحاً^(٨)، ومتى رأى إخراجهم منه جاز، بل يجب^(٩).

فرع: ويقوم الخمر والخنزير ذميان قد أسلما أو فاسقان قد تابا ممن يعرف

(١) والواجب قيمته لا مثله، وقد روي عن علي عليه السلام أنه ضمن رجلاً قيمة خنزير أتلفه على نصراني. نعم، وإذا اختلفا في القيمة فعلى المالك البينة في قدر القيمة، وذلك من يعرف الخمر من المسلمين. (غيث).

(٢) في (ب): من بلدهم.

(٣) أحدهما: لا يضمّن؛ لأن وقوفهم في ذلك المكان يجري مجرى النقص للعهد. والثاني: يضمّن؛ لأن وقوفهم فيه ليس بنقص للعهد. (غيث).

(٤) أي: سبقوا إليها وعمروها قبل الإسلام. (من بيان حثيث).

(٥) وهي القرية التي كانت حاضرة البحر، والله أعلم.

(٦) فلسطين بكسر الفاء وفتح اللام: الكورة المعروفة فيما بين الأردن وديار مصر، وأم بلادها بيت المقدس. (نهاية). وفي الهداية: بكسر الفاء واللام. وقيل: أرض بيت المقدس.

(٧) وخيبر والقسطنطينية.

(٨) قال الفقيه يوسف: وإذا أذن لهم الإمام بالسكون في خطط المسلمين صارت كخططهم في ضمان ما أخذ عليهم من أموالهم. (برهان) (قرير).

(٩) قوله: «بل يجب» وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أخرجوهم من جزيرة العرب)). قيل: وهي مكة والمدينة واليامة واليمن. (بستان). وكذا ما اختطه المسلمون كالبصرة والكوفة. لأنه لم يسجد فيها لصنم. (أنوار).

قيمته عند أهل الذمة^(١).

مسألة: وإذا كان الغاصبون جماعة في حالة واحدة أو واحداً بعد واحد فهم ضامنون^(٢)، وللمالك مطالبة أيهم شاء، وقرار الضمان على من أتلفه حساً أو حكماً، وإن تلف بغير جناية فعلى من تلف عنده^(٣)، وقال أبو مضر: بل على كل واحد حصته. قلنا: وإذا ضمنه أحدهم لمالكه فإن كان هو الذي عليه قرار الضمان لم يرجع على أحد، وإن كان غيره رجع على من عليه القرار^(٤) لا على غيره من الغاصبين، إلا على قديم قولي المؤيد بالله وأبي العباس وأبي حنيفة: إنه يملكه منعطفاً إلى وقت غضبه له فيكون له ما كان لمالكه من مطالبة من غضبه بعده، وكذا إذا اشتراه أو اتهمه.

قلنا: وإن استبرأ أحدهم من المالك فمع بقاء المغصوب يبرأ وحده^(٥)، ومع

(١) فإن لم يوجد من يقومه فالقول قول المتلف. (قرئ).

(٢) وذلك لقوله ﷺ: ((على اليد ما أخذت حتى ترد)) وكل واحد منهم مختص بإثبات يد عادية وإزالة يد عادية، فللمالك مطالبة أيهم شاء بالمثل أو القيمة، وإذا اختار تضمين أحدهم بعينه ثم أراد أن يرجع عنه ويضمن غيره ففيه قولان للحنفية، رجع أبو مضر أن ليس له الرجوع، ورجح الوالد أن له الرجوع. (بستان بلفظه).

(٣) إن علم بغضبه. (برهان).

(*) عالماً. (قرئ).

(٤) أو على من غره.

(٥) إن قلت: فعلى هذا تصير أمانة؛ فإن تلفت عنده لا بجناية لم يضمن، وفي ذلك سقوط الرجوع عليه إن ضمن من قبله، وسيأتي نحو ذلك في إبراء الجاني دون العاقلة قبل الحكم على كلام الإمام المهدي عليه السلام، مع أن للقائل أن يقول: قولهم: فإن أبرأه إلى آخره يشمل ما في الذمة وضمان العين حيث هي باقية من غير فرق (مفتي). يقال: إذا صارت أمانة في يده وتلفت عنده فقرار الضمان عليه ولو لم يحصل له براء، وإذا أبرئ لم يكن للمالك مطالبة من قبله؛ لأنه قد برئ من قرار الضمان عليه. وكأنه عليه السلام أخذ من قول صاحب الكتاب: يبرأ وحده. (شامي).

تلفه إن كان هو الذي عليه القرار برئوا الكل^(١)، وإن كان غيره برئ وحده، وعلى أحد قولي المؤيد بالله يبرأون الكل. وكذا إذا صالح عنه بمعنى البراء فإنه يرجع بما دفع على من عليه القرار^(٢)، ولا يبرأون من الباقي، خلاف أحد قولي المؤيد بالله.

فرع: وإذا جهلوا مالكة ويُسوا من معرفته لزم كل واحد قيمة^(٣) لبيت المال^(٤)؛ لأن حقوق الله تعالى تكرر، كالكفارة في قتل الخطأ، والجزاء في قتل الصيد، ولو سلمت القيمة إلى الإمام، وقال الأستاذ والفقهاء محمد بن يحيى: إذا سلم أحدهم قيمته إلى الإمام أو الحاكم برئ الباقيون؛ لأنها بمنزلة المالك. فلو كانت العين باقية وسلمها أحدهم إلى مصرفها فقال أبو مضر والفقهاء محمد بن سليمان: يبرأ الباقيون، وقال ابن الخليل: لا يبرأون، بل يضمن كل واحد قيمتها. قيل: إلا أن يجتمعوا كلهم على إخراج العين برئوا الكل^(٥). وعلى قديم قولي المؤيد بالله لا يلزمهم إلا قيمة واحدة مطلقاً، أيهم أخرجها برئ الباقيون، ولا يرجع عليهم ولو نواه، وقال الفقهاء محمد بن يحيى^(٦): بل يرجع إذا نوى الرجوع ولم يكن هو الذي عليه القرار.

(١) من العين فقط، لا من الأجرة فلا يبرأون منها، وهو يبرأ من قدر حصته منها. (رياض) (قررو).

(٢) أو على من غره. (فتح).

(٣) في (ب): قيمته.

(٤) ولعل هذا حيث كان تصرفهم بعد مصير العين لبيت المال. (قررو).

(٥) وظاهر الأزهار والتذكرة عدم براءتهم، كذا قرر، وتسقط قيمة واحدة. (مفتي) (قررو).

(*) وكذا لو وكلوا واحداً بإخراجها برئوا جميعاً.

(٦) في (ب): الفقهاء يحيى بن أحمد، وفي (ج): «قيل» غير منسوب.

فرع: (١) وإذا عرف المالك بعد إخراج العين أو القيمة إلى مصرفها فإن كان إلى فقير ضمن لمالكها ورجع على الفقير إن دفع إليه العين (٢)، وإن دفع إليه القيمة ففيه احتمالان (٣)، إلا أن يكون شرط عليه رجوع مطلقاً. وإن كان الإخراج إلى الإمام لم يضمن، بل يغرم الإمام من بيت المال للمالك. وإن كان إلى الحاكم ففيه قولان للمؤيد بالله هل هو كالإمام (٤) أو كالفقير.

مسألة: وإذا تعذر رد المغصوب في الحال وجب ضمانه (٥)، فيملك المالك ما صار إليه من الضمان، وتطيب له فوائده، فلو رجع المغصوب من بعد رد الضمان إن هو باق بعينه، لا فوائده (٦) المنفصلة عنه (٧)، وإن كان تالفاً رد مثله أو قيمته يوم قبضه، ويرد المغصوب لمالكه مع فوائده (٨)، وأجرته تجب إلى وقت دفع الضمان فقط (٩)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: إلى يوم رده (١٠).
وعند المؤيد بالله وأبي حنيفة أنه يملكه الغاصب يدفع الضمان، ومتى رجع

(١) الأزهار: فإن عاد غرم التالف.. إلخ، والله أعلم.

(٢) أو ثمنها أو القيمة من الغير؛ لأن حكم الثمن حكم العين. (قررو).

(٣) المذهب لا يرجع. (قررو).

(٤) حيث دفع إليهما للحفظ أو للصرف يصرّفها في مصرف بيت المال ولو في أنفسهما، لا لو صرف إليهما لأنفسهما فكالفقير. (شرح أثمار) (قررو).

(٥) في المنقول فقط. (قررو).

(٦) الأصلية إلا أن يرد بحكم.

(٧) وفي هامش شرح الأزهار: الأصح أنه يجب الرد مطلقاً؛ لأنها إباحتها، والإباحتها تبطل ببطلان عوضها.

(٨) إذا كانت باقية، أو تالفة بجناية أو تجدد غصب فيها. (برهان) (قررو). إذ هي حال حصولها أمانة. (قررو).

(٩) ثم يبرأ الغاصب منها.

(١٠) أو التلف. (قررو).

فهو له إذا كان الضمان قدر قيمته، نحو ما بين به المالك أو حلف عليه^(١) أو نكل عنه الغاصب، لا إن كان دون قيمته -نحو ما حلف عليه الغاصب- فلا يملكه. وحيث يملكه فعلى قديم قول المؤيد بالله وأبي حنيفة أنه يملكه من وقت الغصب؛ فتسقط عنه الأجرة، وعلى أخير قولي المؤيد بالله يملكه من يوم سلم الضمان.

مسألة: وما أتلفه العبد الأبق أو جنى عليه فضمانه في ذمته متى عتق^(٢)، بخلاف المغصوب فهو على غاصبه^(٣).

مسألة: وإذا باع الغاصب ما غصبه أو وهبه لغيره ثم إنه اشتراه من مالكة أو اتهمه^(٤) فإنه يرجع به على من دفعه إليه إن كان باقياً، أو بضمانه إن أتلفه^(٥)، وأجرته باقية لمالكه الأول^(٦). وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي العباس وأبي

(١) رداً.

(٢) ولعل المراد أنه لا يطالب به السيد إلا إذا عاد، ويكون دين جناية على باهما.

(*) وظاهر الأزهار أنها على سيده يخير بين تسليمه أو فدائه.

(*) ولو رجع. (برهان).

(*) وظاهر الأزهار أنه في رقبتة ولو أبق.

(*) قال في البستان في باب المأذون: وذلك لأنه تعذر إيفاء دينه من ثمنه أو كسبه، فهو كما لو

خرج عن ملكه. يعني لا يطالب السيد فيما لزم الأبق إلا إذا عاد. وفي البرهان: ولو

رجع. وقرره الهبل.

(٣) إلى قدر قيمته.

(٤) أو ورثه.

(٥) الأولى أن البيع يبطل لتعذر تسليم المبيع إن كان التلف بعد البيع، وإلا فهو بيع معدوم

على الخلاف فيه، إلا أن ينطوي على البدل كان صلحاً. (قررو). ولفظ حاشية: يقال: لعل

المراد إذا صالح عن البدل بعد تلف العين؛ فيندفع الإيراد. وقد ذكره القاضي عامر.

(٦) إلى وقت الشراء^[١]. بل إلى وقت التلف.

[١] حيث كان الشراء والمبيع باق، وإن تقدم التلف في وقت التلف فقط. (سماح سيدنا علي بن أحمد رحمته الله).

حنيفة: إنه يملكه من وقت الغصب ويكون^(١) بيعه له وهبته صحيحين، ولا تجب الأجرة على الغاصب.

قلنا: وإن استبرأ الغاصب من المالك برئ وحده^(٢)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله يبرأ المشتري والمتهب معه، وعلى أحد قولي المؤيد بالله: إن البراء تملك يملكه الغاصب، ويرجع على المشتري والمتهب على القول بأن البراء من الأعيان يوجب ملكها.

مسألة: من مات وماله مستغرق بالديون لم يجز لورثته أن يتنفعوا بماله^(٣)، فإن فعلوا ضمنوه إذا تلف، وتلزمهم أجرته^(٤) إذا كان الدين أكثر من ماله، لا إن كان ماله يوفي بدينه.

مسألة: وإذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب فالبينة على المالك، إلا أن يدعي الغاصب ما لم تجر به العادة، نحو أن يقول: إن قيمة العبد درهم. وإذا بين الغاصب بالقيمة لم تسقط عنه اليمين^(٥)؛ لأن بيئته لا تشهد بالتحقيق، بل بالظن، ذكره المؤيد بالله. وإن بينا جميعاً فالخلاف الذي مر^(٦).

(١) في (ب): يكون.

(٢) حيث لم يكن قرار الضمان عليه، وإلا برئوا الكل. (قررو).

(٣) لعل هذا على قول القاضي زيد: إنه لا ملك لهم في التركة. وأما على ما اختير أن لهم ملكاً ضعيفاً ينفذ تصرفهم بالإيفاء أو الإبراء فإنها تطيب لهم الأجرة.

(*) يعني: بوجه من الانتفاع، كزراع الأرض ونحوه؛ لأنه لا ميراث إلا بعد قضاء الديون. (بستان).

(٤) هل جميعها أو يلزم من الأجرة بقدر الزائد من الدين؟ ظاهر قوله: «إن كان ماله يوفي بدينه» أنه يلزم بقدر الزائد فقط، والله أعلم. (قررو).

(٥) يعني: الأصلية. (قررو).

(٦) يعني: فعلى قول الشرح والمنصور بالله وأبي حنيفة يجب الأكثر، فيحكم بينة المالك؛ لأنها عليه في الأصل، فهي أرجح، ذكره في الكواكب. وعلى قول الشافعي والفقهاء يحمي البحيح يجب الأقل؛ لأنه المتيقن. (بستان بلفظه). الأزهار: وبينة المالك أولى.

فرع: فإن ادعى الغاصب أنه كان في المَغْصُوب عيب ينقص من قيمته ففيه وجهان، رجح الإمام يحيى أن البيئَة عليه^(١). فإن اتفقا على العيب لكن اختلفا هل حصل مع الغاصب أو قبل الغصب فالقول قول الغاصب^(٢). وإن كان العبد المَغْصُوب لا يد له واختلفا هل خلقة أو قطعت عند الغاصب ففيه وجهان، الأرجح أن القول قول الغاصب^(٣).

مسألة: وإذا اختلفا في عين المَغْصُوب فما ادعاه المالك بين به، وما ادعاه الغاصب بين به^(٤)، وإن بينا معاً حكم للمالك بما ادعاه وبين به، ولبيت المال بما ادعاه الغاصب وبين به^(٥).

مسألة: وإذا بين الغاصب برد المَغْصُوب وبين المالك بتلفه عند الغاصب - فإن أضافا إلى وقت واحد أو إلى وقتين وتقدم وقت التلف بطلت البيئتان^(٦) لتكاذبهما وبقي الضمان، وإن أطلقنا أو أرخت إحداهما^(٧) فقط أو كلاهما وتأخر

*) في البيع في فصل الاختلاف.

(١) وذلك لأن الأصل هو السلامة من العيوب. (بستان).

(٢) فيما يحتمل. (قرور).

*) هلا قيل: يحكم بأقرب وقت؟ لعله يقال: الأصل براءة الذمة، وقد تصادقا على العيب.

(٣) وذلك لأن الأصل عدم الخلقة وبراءة الذمة، وهذا الترجيح للوالد عليه السلام، ورجح في الانتصار والبحر أن القول قول المالك؛ لأن الظاهر تمام الخلقة. (بستان). ولفظ البحر:

إذ المعتاد التهام، وهو الأصح.

*) فيما يحتمل. (قرور).

(٤) وفي الأزهار: والقول للغاصب في القيمة والعين.

(٥) والمذهب خلافه كما تقدم في الإجازات في مسألة القصار. (هبل). وعن المفتي تقوية كلام البيان.

(٦) إذ لا رد بعد التلف.

(٧) وإذا جرينا على الأصول لم يستقم كلام الكتاب إلا حيث المؤرخة بينة الرد. (شامي) (قرور).

التلف حملا على السلامة أنه قد رده ثم رجع إليه وتلف عنده. قال الفقيهان يحمي البحيح وحسن: ويكون أمانة لا يضمنه^(١)، إلا أن يبين المالك أنه صار إليه بغير رضاه أو برضاه وتلف بعد جحوده ضمنه^(٢)، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل يضمنه^(٣) إلا أن يبين الغاصب أنه صار إليه برضا مالكة. فإن بين كل واحد منهما أنه تلف عند الثاني لم يحكم بأيهما^(٤)، ويجب الضمان^(٥).

مسألة: من بين على غيره أنه أقر له بمائة، وبين الآخر أنه أبرأه من مائة أو أنها تباريا- حمل على المعتاد أن البراء متأخر. وكذا إذا بين على امرأة بأنها زوجته وبينت بأنه خطبها حمل على المعتاد أن الخطبة متقدمة على النكاح^(٦).

مسألة: من زرع في أرض غيره ببذر من صاحب الأرض واختلفا هل هو بإذن صاحب البذر فيكون الزرع له أو بغير إذنه فيكون للزرع على قول الهدوية- فيحتمل أن القول قول صاحب البذر؛ لأن الأصل بقاؤه على ملكه، وقواه الفقيه محمد بن سليمان، ويحتمل أن القول قول الزراع؛ لأن الأصل عدم

ويشهد بجواز الحكم هنا بتقدم المطلقة كلامه في المسألة الثانية. اهـ قد حملت المسألة الثانية على الإطلاق فلا تشهد لهذه. (شامي).

(١) وذلك لأن الأصل براءة الذمة إلا لشاغل شرعي. وحجة الفقيه محمد بن يحيى أنه يستصحب الضمان؛ لأن الأصل في رجوعه عدم رضا المالك. (بستان). ورجح المفتي كلام الفقيه محمد بن يحيى.

(٢) ومثله في التذكرة والبحر.

(٣) وقواه المفتي.

(٤) وذلك لأن إحداهما كاذبة لا محالة؛ فيرجع إلى الأصل، وهو الضمان. (بستان).

(٥) بعد أن يخلص المالك رجوعاً إلى الأصل. (قررو).

(٦) ولعله مع الإطلاق كما يأتي في كتاب الدعاوي. ومثله عن الشامي. وأما مع التاريخ فسيأتي في الدعاوي تفصيل، وهو المعتمد عليه. (قررو). وسيأتي مثله للمؤيد بالله في

المسألة السادسة في فصل: وإذا بين كل واحد من الخصمين.. إلخ.

الإذن، وقواه الفقيه يحين البحيح، وهو الأصل الثاني^(١). وكذا فيمن اتجر في دراهم غيره وربح فيها ثم اختلفا هل هو بإذنه أم لا^(٢).

مسألة: وإذا اختلفا في الشجر الذي في الأرض المغصوبة لمن هو، أو في الفص الذي على الخاتم المغصوب لمن هو - فالقول قول المالك^(٣).

وإن اختلفا في الزرع الذي في الأرض، أو في الآلات التي تنقل في الدار، أو في الثياب التي على العبد المغصوب - فالقول قول الغاصب^(٤).

مسألة: إذا التبس مالك المال المغصوب أو غير المغصوب^(٥) وحصل اليأس من معرفته: فإن التبس بمحصورين قسم بينهم على عددهم، وعلى أحد قولي المؤيد بالله^(٦) يكون لبيت المال، وهو قول الأستاذ^(٧). وإن التبس بغير

(١) وعليه الأزهار^[١] في المغارسة في قوله: والقول له في القدر المؤجر ونفي الإذن.
(٢) يكون القول قول من ادعى عدم الإذن، وهو الذي في الأزهار قوله: وفي أن المال قرض أو غصب لا قراض.

(٣) وذلك لأن الشجر من جملة الأرض، والفص من جملة الخاتم، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: وهذا هو المختار. ويحتمل أن القول قول الغاصب؛ لأنه يسمى خاتماً من غير فص، وتسمى أرضاً من غير شجر. (بستان بلفظه).

(٤) لأن يده ثابتة عليه. (غيث).
(*) يقال: هذا في غير ثياب البذلة، فأما هي فالقول قول المالك، إلا حيث ادعى عليه التبديل فالقول قول الغاصب. (قررو).

(*) وذلك لأن اليد له على الزرع والمنقولات والثياب. (بستان).
(٥) كالأمانة والدين.

(٦) والمنصور بالله. (شرح أزهار).
(٧) وقال المنصور بالله: إن تراضوا فيه صح، وإن تشاجروا صرف إلى بيت المال. (بستان).

[١] الذي في الأزهار: والقول لرب الأرض في.. إلخ.

محصورين صار لبيت المال^(١).

فرع: وحيث يلتبس بمحصورين فمن أبرأه منهم برئ من حصته^(٢)، ومن أنكر كونه له^(٣) فالأقرب أنه يصير لباقيهم، فإن أنكروه الكل ففي الدين يسقط^(٤)، وفي العين تكون لبيت المال.

مسألة: إذا قتل جماعة رجالاً لا يعرف وارثه فإن قتلوه خطأ لم يلزم كل واحد منهم إلا حصته من الدية^(٥) على الأصح، وقال الفقيه حسن: بل يلزم كل واحد دية كما في المال^(٦).

قلنا: إن المال مضمون كله على كل واحد منهم، وفي القتل لا يلزم كل واحد منهم إلا حصته^(٧). وإن قتلوه عمداً لزم كل واحد منهم دية عند الهادي^(٨) عايناً، وعند الأكثر لا يلزم إلا الحصّة.

مسألة: من غصب شيئاً لجماعة محصورين فعليه رده لهم ما دام باقياً ولو كان نصيب كل واحد منهم لا قيمة له، ويعتذر إليهم، وإن جهلوا^(٩) صرف إلى بيت

(١) وذلك لأنه حيثئذ مال لا مالك له معروف، وكذا عوضه. (بستان).

(٢) إن كانت ديناً سقط، وإن كانت عيناً برئ من ضمانها كما يأتي في الإبراء. (قرن).

(٣) مع كونه مكلفاً.

(٤) فائدة من خط سيدنا حسن عليه السلام: وقد تقدم مثل هذا في أول كتاب الرهن قبيل الخامس.

(٥) لأنها بدل عن دم المقتول.

(٦) يعني المغصوب لو التبس مالكة. (سماع).

(٧) كما لو عرف وارثه.

(٨) لأنها بدل عن دم القاتل.

(*) فإن رأى الإمام الصلاح للمسلمين في الاقتصاص كان له ذلك كما يأتي. (سماع سيدنا

علي عليه السلام) (قرن).

(٩) وأيس من معرفتهم. (حثير). ولفظ الكواكب: ولا بد من الإيأس من معرفتهم في

جميع الصور التي يصرف فيها إلى بيت المال.

المال، وإن أتلفه أثم ولزمه الاعتذار إليهم والضمان إن كان مثلياً ونصيب الواحد لا يتسامح به، أو قيمياً فيضمن لمن لنصيبه قيمة، ومن لا قيمة لنصيبه لا يضمن له، بل يعتذر إليه، وإن كانوا كلهم لا قيمة لنصيب كل واحد منهم فلا ضمان لهم ولا لبيت المال^(١)، وقال أبو مضر والإمام يحيى: بل يتصدق بقيمته أو يوكلون^(٢) رجلاً يقبض قيمته منه لهم.

فرع: وكذا فيمن عليه دين لرجل ثم مات صاحب الدين وله ورثة كثير^(٣) بحيث يأتي نصيب كل واحد منهم لا قيمة له أو يتسامح به حيث كان الدين مثلياً فإنه يسقط الدين على قولنا^(٤)، ذكره الفقيه علي. وكذا إذا التبس الدين بين قوم محصورين إذا قسم بينهم جاء نصيب كل واحد منهم لا قيمة له أو ما يتسامح به حيث كان الدين مثلياً فإنه يسقط عندنا.

فرع: فأما من مات وعليه ديون كثيرة وله مال يسير إذا قسم بين أهل الدين جاء نصيب كل واحد لا قيمة له فإنه يصرف ماله إلى بيت المال^(٥)؛ لأنه صار

(١) وهو الأزهار في قوله: ويسقط عوض التالف.. إلخ.

(٢) يقال: لا يصح؛ لأن من لا يصح منه يتولى قبض شيء لا يصح منه أن يوكل غيره بقبضه، وكذا الدفع إلى الإمام أو القاضي. (ديباج).

(٣) ولم يكن عليه دين مستغرق. (قرر).

(٤) حيث لا تركة للميت يضم إليها بحيث يأتي نصيب كل وارث له قيمة، وإلا لزم القضاء. (قرر).

(٥) هذا إذا قلنا: إن الوارث ليس بخليفة، وأما إذا جعلناه خليفة الميت فإن التركة تكون له ولا شيء عليه. قال في شرح الفتح: هذا في الغاصب، وأما في غير الغاصب فلا تصير تركته للمصالح، بل تكون لورثة من عليه الدين كما هو مفهوم الكتاب، وجعل فرقاً بين ما أخذ برضا أربابه وبين ما أخذ بغير رضاهم، وهو أن ما أخذ بغير رضاهم مظلمة، وما أخذ برضاهم فهو دين، وقد سقط عن ذمته لعدم وجود ما يقضيه. وقال الفقيه علي: لا فرق، وهو المفهوم من متن الأزهار، والأظهر خلافه، هكذا في الشرح. (شرح أثمار وفتح معنى).

مالاً لا مالك له^(١).

مسألة: من مات عن مال لا يفي بديونه ومظالمه قدمت ديون الأدميين على ديون الله وعلى المظالم التي لا يعرف أهلها، وعلى قول ابني الهادي وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب: إنه يقسط بينها الكل^(٢)، وعلى أحد قولي المنصور بالله وأحد قولي الشافعي: إنها تقدم ديون الله. وما كان لمسجد أو نحوه ففيه قولان هل هو كديون الأدميين^(٣) أو كديون الله تعالى.

مسألة: من مات وعليه ديون ومظالم مستغرقة لماله فهو في حكم الباقي على ملكه^(٤) حتى تقضى ديونه، وكذا ما يحدث من فوائده^(٥)، فلو كان اشترى شيئاً ثم ظهر فيه عيب فللوارث^(٦) رده بعيبه ويسترد ثمنه، إلا أن يكون يباع بأكثر من ثمنه لم يكن له رده^(٧)، ذكره المؤيد بالله.

(١) فلو أبرأ بعضهم من حصته وكان بعد البراء يأتي لكل واحد من لم يبرئ ما له قيمة أو لا يتسامح به في المثليات كانت التركة لهم لا لبيت المال، والله أعلم. (مفتي). وفيه نظر؛ لأنه قد سقط قبل الإبراء. (قررد). ولفظ حاشية: يقال: قد صارت تركته لبيت المال قبل البراء. (سماح سيدنا علي عليه السلام) (قررد).
(*) ولو الوارث معروف.

(٢) وهو الأزهار في الوصايا في قوله: ويقسط الناقص بينها.

(٣) في المعين. (قررد).

(٤) يعتبر بحوله ونصابه. (معيار). وفي حاشية: أن للورثة ملكاً ضعيفاً؛ بدليل أن تصرفهم ينفذ بالإيفاء أو الإبراء. (ياقوتة معنى). ومثله عن سيدنا عامر.

(٥) لعله حيث الديون زائدة على التركة كما تقدم. (قررد).

(٦) حيث لا وصي.

(٧) وهذه غريبة من المؤيد بالله؛ لأن عنده أن الوارث خليفة. وتوافقه الهدوية فيها؛ إذ الزيادة كالثمن الأوفى. (شامي).

ثم الديون على وجوه ثلاثة: الأول: أن يكون أربابها مجهولين، فإنه يصرف ماله بعد اليأس من معرفتهم إلى بيت المال، وهو للمصالح والفقراء.

الثاني: أن يكونوا معروفين كلهم، فإن عرفت مقادير ديونهم الكل قسم ماله بينهم على قدر الحصص^(١)، وفيه الخلاف هل تقدم ديون الأدميين على ديون الله أم لا، وإن جهلت مقادير ديونهم^(٢) الكل قسم ماله بينهم بالسوية، وفيه الخلاف هل تقدم ديون الأدميين أم لا. وعلى أحد قولي المؤيد بالله يكون لبيت المال، وهو الذي أطلقه في المجموع والتذكرة. وإن عرف بعض الديون كم هي وجعل بعضها فإن جهل جملة^(٣) وتفصيله دفع إلى كل واحد منهم قدر ما له قيمة؛ لأنه المتيقن، والباقي للمعروفة ديونهم يقتسمونه على حصصهم، وإن عرفت جملة المجهول كم هو لكن التبس تفصيله بين أربابه أخذت لهم حصتهم من التركة وقسمت بينهم بالسوية^(٤).

الثالث: أن يعرف بعض أهل الديون دون بعضهم، فإن عرفت مقادير ديونهم الكل ففيه الخلاف الأول هل تقدم ديون المعروفين^(٥) أم لا، وما كان لغير المعروفين فهو لبيت المال. وإن جهلت مقادير ديونهم الكل جملة وتفصيلها، أو عرفت جملة وتفصيلها^(٦) - دفع إلى كل واحد من المعروفين ما له قيمة^(٧)؛

(١) قوله: «على قدر الحصص» يعني: على قدر الكيل أو الوزن إن كانت الديون من أيها، وإلا فعلى قدر القيمة. وهذه المسألة الكلام عليها مستوفى في الكتاب. (بستان بلفظه).

(٢) تفصيلاً. (قررو).

(٣) أي: جملة ذلك البعض.

(٤) ومن ادعى الزيادة بين.

(٥) على ديون الله، وهي حصة المجهولين؛ إذ قد صارت لله. (شامي).

(٦) نحو أن يعرف أن هذه العين أو عوضها لبني فلان وهم غير منحصرين. (شرح بهران).

(٧) هكذا ذكر الفقيه محمد بن سليمان، ووجهه أنه يحتمل أن يكون دين غير المعروفين مثل

لأنه المتيقن، وباقي التركة لبيت المال^(١).

وإن عرف قدر ديون بعضهم وجهلت ديون بعضهم فإن كان الذي عرف قدره للمعروفين قسم بينهم على قدر حصصهم إن عرفت، وإن جهلت فبالسوية، وما بقي من التركة فلبيت المال، وإن كان الذي عرف قدره لغير المعروفين وجهل قدر ديون المعروفين: فإن جهل جملته وتفصيله دفع إلى كل واحد منهم ما له قيمة، والباقي لبيت المال^(٢)، وإن عرفت جملته لا تفصيله بينهم أخذ لهم قدر ديونهم وقسم بينهم بالسوية، وما بقي فلبيت المال على قولنا بتقديم ديون بني آدم^(٣). وحيث يكون المعروفون^(٤) فقراء فدفع ما يصرف إلى بيت المال إليهم أحوط، لا

نصيب المعروفين أو مثليه أو ثلاثة أمثاله أو أكثر من ذلك أو أقل، فلا يتيقن للمعروفين إلا أقل ما يثبت على الذمة. قال سيدنا: ولقائل أن يقول: بل يصرف إلى بيت المال أقل ما يثبت على الذمة، والباقي للمعروفين على هذا القول؛ لأن دين المعروفين قد تيقن ثبوته في ذمة الميت، ودين غير المعروفين قد تيقن أن في ذمة الميت لهم أقل ما يثبت على الذمة، وشككتنا في الباقي، فيسلم إلى بيت المال هذا الأقل والباقي للمعروفين. (زهور).

(*) وفي البحر: يحتمل العكس، وهو أن يصرف إلى بيت المال أقل ما يثبت في الذمة والباقي للمعروفين؛ لأن دينهم قد تيقن ثبوته في الذمة. وفي الغيث: الصحيح ما في الكتاب. (شرح بحر). وكلام البحر غير بعيد؛ إذ لا وجه لتخصيص بيت المال بالأكثر؛ إذ يجوز كثرة المجهولين وقتلهم. (شامي).

(١) عن ديون المجهولين؛ لأن المسألة مبنية على أن التركة مستغرقة بكُلِّ من الدينين. (قرر).

(٢) المذهب أنه يقسم بينهم بالسوية، وما كان لغير المعروفين صار لبيت المال. (مفتي).

(*) ينظر ما وجه اختصاص بيت المال في هذا الطرف؛ لأن أهل الديون معروفون، فهلا قسمت التركة بينهم بالسوية وبين مدعي الزيادة.

(٣) وعلى القول بالتقسيم يقسم بينهم وبين بيت المال نصفين. اهـ والقياس على قدر الديون. (حديث).

(٤) في المخطوطات كلها: المعروفين.

إن كانوا أغنياء، إلا إذا فيهم مصلحة يستحقون بها جاز.

مسألة: وإذا أنفق الوصي مال الميت على ولده الصغير ثم بان عليه دين مستغرق ضمن من مال الصغير إذا له مال وكان مميزاً عند إطعامه بحيث يأكل باختياره، وإن لم يكن له مال أو لم يكن مميزاً ضمنه الوصي من مال نفسه.

فرع: فلو كان الوصي يسلم المال إلى أم الصبي أو غيرها وهي تصنعه له وتطعمه إياه فالضمان عليهما معاً، والقرار على المرأة حيث لا مال للصبي أو كان غير مميز^(١).

مسألة: من أكل من ثمر شجرة معينة ثم التبتت بشجرة أخرى لمالك آخر قسم ما لزمه بين المالكين بعد اليأس من المعرفة، فلو مات أحدهما وورثه الثاني قبل الضمان صارت القيمة كلها له^(٢).

مسألة: وما التبتت مالكة وصار لبيت المال فولاية صرفه إلى من هو عليه أو في يده، وعلى أحد قولي المؤيد بالله والناصر والمنصور بالله إلى الإمام أو الحاكم إن كانا هناك. وإذا صرفه ثم عرف مالكة ضمنه له على ما تقدم من التفصيل^(٣)،

(١) بل الضمان من مال الصبي مطلقاً -مميزاً أو غير مميز- في المسألة والفرع. (عامر). هلا قيل: ترجع المرأة على الوصي؛ إذ هي مغرورة، والمغرور يغرم الغار ولو جاهلاً، وفعلها تصرف وليس بجناية، كالجازر والخياط، وقد تقدم في الزكاة أن الزوجة إذا غرمت ما طحنت وخبرته من الزكاة فإنها ترجع على المالك؛ لأنها مغرورة، وهذا أشبه بها فيتحقق، فيكون هنا قرار الضمان على الوصي؛ لأنه غار للوصي. وفائدته إذا تبرع عنه متبرع أو قبض له من الزكاة ونحوها كما تقدم. (شامي). وهذه الحاشية مبنية على أن القرار ليس على الصبي، والمختار خلافه، ولكن المرأة إذا طولبت رجعت على الوصي، وهو يرجع على مال الصبي متى وجد. (قررد).

(٢) لا لو ملكها بشراء أو نحوه فلا حكم له^[١]. (بستان) (قررد). بل تقسم بينهم كما مر.

(٣) يعني: في الإخراج إلى الفقير أو الإمام أو الحاكم، وفي إخراج العين أو القيمة. (بستان بلفظه).

[١] لأنه قد كان استحقها البائع ونحوه.

وإن حصل له ظن بمعرفة صاحبه فعلى قول أبي مضر^(١) يلزمه الضمان له أيضاً^(٢)، ولو حصل له ظن ثان بأنه شخص آخر ضمن له أيضاً ولم يرجع على الأول، وعلى قول الفقيه يحيى البحيح^(٣) لا يلزمه الضمان بالظن^(٤)؛ لأنه لا يؤمن حصول ظن ثان وثالث فيتكرر عليه الضمان.

مسألة: من أكل من ثمار أشجار على مقبرة أو في طريق فإن كانت مما ينبته الناس لزمه الضمان، يصرف إلى مالك المقبرة إن كان موضعها مملوكاً، وإن لم يكن ففي عمارة المقبرة أو الطريق إن كانت تحتاج العمارة، وولاية صرفه إلى من له الولاية لا إليه، وإن كانت لا تحتاج العمارة صرف إلى بيت المال، وولايته إليه. وإن كانت الشجرة مما لا ينبته الناس فكذا عند المؤيد بالله، وعند أبي طالب لا شيء عليه.

مسألة: من أكل من مال غيره أو أتلف ما لا يجب ضمانه ثم مثله في وقت آخر غير متصل^(٥) بالوقت الأول ثم كذلك حتى صار كثيراً ومالكة واحد ففيه

(١) الذي سيأتي في اللقطة. (سباع).

(٢) ولهذا أوجبوا عليه اليمين على الظن، وفائدته لو أقر به لزمه، والله أعلم، ولا ينزل على اللقطة؛ لأن العمل بالظن في حق الغير لا يجوز، فيكون المختار كلام أبي مضر هنا.

(٣) في (د): وعلى قول الفقيه علي.

(٤) قال شيخنا: وهو مفهوم الأزهار في باب اللقطة في قوله: ويجوز الحبس عمن لم يحكم له بيئته. قلنا: الفرق حاصل؛ لأنه عمل بالظن في حق الغير هناك لا هنا. (مفتي). لأن الخلاف هناك قبل الصرف، وأما هنا فقد حصل الصرف، فلا يتنزل على ما سيأتي في اللقطة. (سباع سيدنا عبد الله ﷺ).

(٥) يعني: فأما المتصل فيضمن قولاً واحداً للمؤيد بالله، ذكر معناه في البرهان والكواكب عن الفقيه يوسف، فاعتبر الفقيه يوسف الاتصال والانفصال لا المجلس والمجالس، وبنى عليه في الكتاب كما ترى. وقال أبو مضر والفقيه محمد بن سليمان: إن كان الإتلاف في مجلس واحد وجب الضمان قولاً واحداً؛ لأنه بمنزلة الفعل الواحد، وإن كان في

قولان للمؤيد بالله، رجح القاضي زيد وأبو جعفر وجوب الضمان، ورجح ابن الخليل عدمه. وهكذا^(١) في المنافع إذا استهلك منها ما لا قيمة له ثم كذلك ولم يتصل بينهما غصب الرقبة^(٢).

مسألة: ومصرف المظالم الفقراء والمصالح. وقالت الحنفية: الفقراء^(٣). وقالت الشافعية: المصالح^(٤). وولاية صرفها إلى من هي عليه عندنا^(٥)، فإن لم يخرجوها أخذها الإمام^(٦) أو الحاكم أو من له ولاية وإلا أجبروهم على إخراجها^(٧)، وسواء كانت عينها باقية أو قد صارت ديناً عليهم. وكذا في النذور المطلقة.

مجلسين فله قولان. وقال الفقيه يحين البحيح: بل القولان إذا أخذ الأول وهو غير ناف للثاني، فأما إذا كان نافياً له فإنه يضمن قولاً واحداً. (بستان).

(١) يعني: عدم الضمان.

(٢) فإن قيل: كيف يمكن استهلاك المنفعة من دون غصب الرقبة؟ قلنا: حيث يأمر عبد الغير بغير إذن سيده يخيظ له في دكان سيده، واليد على العبد لسيدته، ولم ينقله ولا ثبتت يده عليه، فإنها تلزمه الأجرة ولا يكون غاصباً للعبد.

(٣) فقط.

(٤) فقط.

(٥) إشارة إلى قول الناصر والمنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله.

(٦) المذهب ليس له ذلك؛ إلا أن يتقاعدوا عن إخراجها ألزمهم الإمام. (نجري، وتكميل). وظاهر الأزهار في قوله: وأخذ الحقوق كرهاً، وفي قوله: لكن للإمام فقط تضمينهم وأعوانهم - أن له الأخذ. (سيدنا حسن) (قرر).

(٧) الصواب تقدم هذا الطرف على قوله: أخذها الإمام. وفي حاشية السحوي ما لفظه: فإن أحس الإمام تراخيه عن الإخراج كان له إلزامه بذلك أو أخذها وصرفها أو عوضها، وتلزمه النية حيثئذ. (بلفظه) (قرر).

(*) الأولى تقديم إجبارهم على إخراجها إن أمكن، وإن لم يمكن أخذها الإمام.

مسألة: ويجب إخراج عين المظلمة ما دامت باقية، ولا يجزي البدل عنها، خلاف زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبي حنيفة. وكذا في سائر أموال الله تعالى كلها، وكذا في النذور التي لغير معين، فإن كان قد مات الناذر أو الذي أخذ المظلمة ففي وارثه قولان للمؤيد بالله هل له إخراج البدل أم لا، ومبناها هل الوارث خليفة أم لا^(١).

فرع: وبعد تلف عين المظلمة يجب ضمانها بمثلها إن كانت مثلية، وإلا فقيمتها^(٢). وعند زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبي حنيفة أن له إخراج بدلها من أي مال شاء.

قلنا: ويجوز وضع عينها في آبائه وأبنائه^(٣)، وأما في نفسه فمنعه أبو العباس والقاضي جعفر، وأجازَه ابن الخليل وأبو مضر^(٤) والفقهاء يحمي البحيح. قال الفقيه يحمي البحيح: وكذا إذا أخرج قيمتها مع بقائها على قول من يجيزه، وأما بعد تلفها فهي كالزكاة^(٥) سواء، ذكره المؤيد بالله، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى: بل يجوز كما في عينها^(٦).

(١) وقال الفقيه علي: مبناها على الخلاف في كون الولاية تورث أم لا. (شرح أزهار من النذر).

(٢) وتجزي القيمة من أي مال شاء. وقيل: من النقيدين.

(٣) والثلث كالعين، فيصرف في نفسه ومن تلزمه نفقته.

(٤) قلت: وهو الأقرب، كالوكيل المفوض. (بحر).

(٥) حيث لزمته القيمة، لا لو لزمته الغير. يقال: لا ولاية له حيث القيمة من الغير، إلا أن يسلمها إليه ويفوضه في صرفها جاز له الصرف في نفسه. (قرر).

(٦) وهو الذي في الغيث، وقرره المؤلف، ومثله في البحر، لكنه قال فيه: إنه إذا وقع اليأس والعين باقية ثم تلفت فلزمته القيمة كان له صرفها في نفسه كما كان له في العين، وهذه عوض عنها، بخلاف ما لو تلفت قبل أن يجوز التصديق بها فإنه لا يصرّفها في نفسه. وفي تفسير «غالباً» في الأثر أنه لا يصرّف القيمة في نفسه حيث لزمته، وإنما يجوز في القيمة الحاصلة من جهة الغير، والفرق أنها حيث هي منه تشبه الزكاة. (شرح فتح).

فرع: ولا يحتاج في إخراج عينها إلى نية^(١)، خلاف قولي المؤيد بالله. ويحتاج في إخراج قيمتها إلى النية عنها، خلاف الأستاذ وأبي مضر.

مسألة: ومن كان عنده مظلمة أو في ذمته قيمتها فمع عزمه على إخراجها لا يجوز لغيره إخراجها بغير رضاه إلا الإمام^(٢)، ومع امتناعه من إخراجها يجوز لكل من له ولاية أخذها، وأما من لا ولاية له فلا يجوز له، خلاف أبي مضر، وقال الأستاذ: يجوز في العين^(٣) لا في القيمة.

فرع: من كان عنده أو في ذمته لظالم مال فإن طلبه الإمام تسليمه إليه وجب^(٤)، وإن لم يطلبه سلمه إلى الظالم أو إلى الإمام أو الحاكم^(٥)، وبعد موت

(١) إلا أن يصرف في نفسه فلا بد من النية؛ ليفترق حالة الغضب وبعده، وليخرج عن الضمان إذا تلف. (قررو).

(٢) المذهب ليس له ذلك إلا مع الامتناع. (قررو). أو حيث مذهبه أن ولاية الإخراج إليه^[١]. (مفتي) (قررو).

(٣) وعليه الأزهاري في قوله: وللمسلم أخذ ما ظفر به من مال الله لنفسه مستحقاً أو ليصرف.. إلخ، ومثله في البيان في السير عن اللمع وابن الخليل.

(٤) قوله: «وجب» لأن للإمام أن يأخذه قهراً من يد الظالم^[٢] أو من يد وديعه أو من هو في ذمته. (بستان).

(٥) ينظر ما وجه التسليم إلى الإمام أو الحاكم مع عدم الطلب؟ لعله مع غيبة المالك مسافة الحكم فأحدهما ينوب منابه، وإلا لم يبرأ بالتسليم إليهما إلا أن يقبله مريدين تضمينه. (إملاء شامي) (قررو). ويأتي مثل كلام البيان في السير في فصل الباغي في المسألة الحادية عشرة: من كان عليه دين.. إلخ.

[١] مطلقاً سواء تقاعد الظالم أم لا.

[٢] عما عليه من الحقوق الواجبة. (بيان بلفظه من السير). التي أمرها إلى الإمام؛ لتخرج المظالم فإن ولايتها إلى من هي عليه، فإن تقاعدوا عن إخراجها أجبرهم الإمام عليه أو أخذها. (سإع سيدنا حسن بن أحمد الشيبني رحمته الله) (قررو).

الظالم إن عرف أن تركته تزيد على مظالمه بقدر الذي معه له سلمه إلى وصيه أو وارثه أو الإمام مطلقاً^(١)، وإن عرف أن تركته مستغرقة سلمه إلى وصيه أو وارثه أو إلى الإمام إذا كان الوصي والوارث يخرجانه، وإن لم يألئ الإمام أو الحاكم وجوباً، فإن لم يكونا أخرجه إلى مستحقه^(٢). وعلى قول المؤيد بالله يحتاج إلى النصب.

مسألة: والمظالم^(٣) تنطوي^(٤) على المال والقتل والعرض كالغيبية والقذف والأذية، فيجب التخلص من ذلك كله بالتوبة والاعتذار إلى أهله^(٥) وإلى كل من علم به، وبالضمان إذا أمكن، وهو يجب فوراً إن كان لمعين، ويجب طلب صاحبه وإيصاله إليه ولو بعد، وإن كان لا يعرف مالكة فكذا يجب فوراً، خلاف أبي حنيفة وقديم قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب، فعندهم أن الواجبات على التراخي^(٦). قلنا: فلا يفسق بتأخيرها^(٧).

(١) يعني: سواء كان الوصي والوارث يخرجانه أو لا. (بستان).

(٢) وذلك لأنه يصلح لذلك، ومن صلح لشيء فعله على قول الهدوية. (بستان بلفظه).

(٣) فائدة: ذكر الأئمة أن الظاهر مقدم على الأصل، فمن كان الظاهر معه في الأمر كان القول قوله، فإذا استفاض الجور على الرعايا كان القول قولهم على دعواهم، ولا تلزمهم البيئنة كما هي اللازمة في الأصل؛ وذلك لأنه استفاض منه الجور فكان القول قولهم في الظاهر، وكذلك ما شاكل ذلك مما يكون حاله التواتر والاستفاضة.

(٤) قال في الانتصار: الإجماع منعقد على فسق الظلمة، كالظلمة في زماننا الذين اتخذوا أخذ أموال المسلمين عادة، والعادة جراءة على الله، وأما إذا كان أخذه للمال على جهة الندرة ففي فسقه بأخذ عشرة دراهم احتمال، يحتمل أن يفسق كالسرق، وأن لا يفسق، وهو المختار؛ لأن الفسق لا يجري فيه القياس، بل لا بد من دليل قاطع. (زهور).

(٥) من علم منهم. (قرر).

(٦) قالوا: لأنه لا دليل على الفور. قلنا: الواجب المطلق فوري، ولكن لا يفسق مؤخره؛ لأجل الخلاف. وبعضهم توقف هل هي على الفور أو على التراخي؛ لتعارض الأدلة، وموضعها الأصول. (بستان).

(٧) لأجل الخلاف. (بستان).

فرع: والأقرب أن الاعتذار إلى المظلوم شرط في صحة التوبة، وأما إلى من علم بالمعصية فليس بشرط فيها، بل واجب مستقل، لكنه يكون على الخلاف فيمن تاب من معصية دون معصية^(١).

فرع: وما ثبت من الديون برضا مالكة لم يجب قضاؤه^(٢) حتى يطلبه، إلا أن يكون لصغير أو مسجد وهو محتاج إليه^(٣) لم يعتبر الطلب. وبعد الطلب يجب القضاء فوراً، فإن تراخى لزمه الاعتذار، قال الأمير علي: ويفسق إذا كان الدين قدر عشرة دراهم فما فوق، وقال المؤيد بالله: لا يقطع بفسقه^(٤).

فرع: وإذا كان صاحب الدين مشهداً عليه لم يجب قضاؤه إلا في محضر شهود^(٥).

فرع: وما جنى عليه الصبي من نفس أو مال وجب على وليه ضمانه من مال الصبي^(٦) ولو لم يطلبه صاحبه^(٧)، وقال المنصور بالله: لا يجب حتى يطلبه.

مسألة: ومن وهب ماله لغيره أو باعه بثمن يسير فراراً من قضاء دينه في

(١) فعند القاسم والحسن وأبي هاشم لا يصح، وقال المؤيد بالله والمنصور بالله: بل يصح. (بيان من الجنائز). هذا مذهب الهدوية أنه لا يصح، وشبهوه بمن يقتل أحد ابني رجل ثم يعتذر إليه وهو عازم على قتل الآخر، فإنه لا يقبل عذره. (شرفية).

(٢) أي: لم يجب وجوباً مضيئاً.

(٣) لا فرق، إلا أن يكون في بقائه في ذمة من هو عليه مصلحة للصغير ونحوه. (شامي).

(٤) إذ لا يفسق بالقياس هنا؛ لاحتمال كون هتك الحرز جزءاً من علة فسق السارق، واختاره إلياً. (بستان لفظاً).

(٥) ولو غير الشهود الأولين. (قرن).

(*) أو حاكم. (مفتي) (قرن).

(٦) حيث لا تحمله العاقلة. (قرن).

(٧) لأنه مظلمة.

حال صحته أثم وصح^(١)، ذكره أبو طالب، وقال المنصور بالله: لا يصح.
مسألة: من طلب دينه من غريمه وهو عارف لإعساره أثم ولزمه الاعتذار إليه.
مسألة: من كان في ذمته مظالم لا يعرف أهلها ثم افتقر لم تسقط عنه، فلو
 أمكنه قضاؤها من بعد وجب. وقيل: بل تسقط. وهو ظاهر إطلاق القاسم
 ومحمد بن عبد الله.

مسألة: وكل ما يجب مع الكفر كالديون والمظالم والأخماس فإنه لا يسقط
 بالردة والإسلام بعدها، وقال المنصور بالله: يسقط باللحوق بعد الردة^(٢).
 وما كان لا يجب مع الكفر كالزكوات والكفارات والفطر والأعشار فإنها
 تسقط بالإسلام بعد الردة^(٣)، ذكره أبو مضر والفقهاء حسن، وقيل^(٤): تسقط
 بنفس الردة، وهو ظاهر الشرح. وعند زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة
 والشافعي: لا يسقط مطلقاً.

قلنا: فلو كان ما وجب من الأعشار باقياً بعينه لم يسقط، وقال الفقيه يحيى البحيح:
 بل يسقط^(٥). قلنا: قد ملكها الفقراء؛ ولهذا أنهم يكونون أقدم بها من غرماء الميت.
 وما كان لمسجد^(٦) أو نحوه ففيه احتمالان هل هو من حقوق الله فيسقط

(١) قوله: «أثم وصح» أما الإثم فللقصد الفرار، وأما الصحة فلعدم المانع حيث لا حجر
 عليه. وعند المنصور بالله أن قصد الفرار مانع. (بستان لفظاً). ومثل كلام المنصور بالله
 عن الإمام القاسم بن محمد عليه السلام.

(٢) قال المهدي: وهو قوي. (بستان).

(٣) إلا كفارة الظهار. لأنها حق لآدمي.

(٤) وفي الغيث: الفقيه علي.

(٥) واختاره في حاشية السحولي، وهو ظاهر الأزهار.

(٦) المعين، وأما غير المعين فيسقط على ظاهر شرح الأزهار. وينظر، فلعله يقال: المسجد
 حيث كان معيناً ثم التبس يصرف في المنحصر، وغير المنحصر حكمه ما مر، يعني:

بالردة أو لا يسقط، والأظهر عدم سقوطه، وأشار إليه المؤيد بالله.

مسألة: وإذا كان على فقيرين شيء من المظالم أو الزكوات أو الكفارات جاز لكل واحد منهما أن يصرف ما عليه إلى الثاني على أن يرده إليه عما عليه^(١)، فلو كان أحدهما محتاطاً جاز أيضاً إن تقدم المحتاط بالإخراج ثم يرده الآخر إليه عما عليه، لا فيما يرده المحتاط إلى من أخرج إليه عن واجبه فلا يجوز.

مسألة: ورد في الحديث^(٢) عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن قضاء درهم واجب أفضل من

يسرف في الجنس. (قرئ).

(١) قال في شرح الأثرار: ولو مع الشرط ومقارنته. وقال في البحر: أما مع مقارنة الشرط فلا يصح؛ لأنه تمليك معلق، والتمليك المعلق لا يصح. ومثلها في البحر ذكره في شفاء غلة الصادي. وقال الفقيه يمين البحيح: سواء قارن الشرط أو تقدم؛ لأن سبيل هذا سبيل قول البائع: بعث منك هذا على أن تقضي به دينك ونحو ذلك، وكذا صرفت إليك هذا الثوب على أن تلبسه، فإنه يصح الصرف ويبطل الشرط كما في البيع. (زهور).

(*) وذلك لأن المقصود بالواجبات نفع الفقراء، وقد حصل النفع هنا بسقوط ما عليهما من الواجبات إذا كانا متحققين للواجب عليهما أو محتاطين معاً، لا إن كان أحدهما محتاطاً راداً فلا يجوز؛ لأن الرد وقع لا عن حق واجب عليه، فهذا مخالف لمقصود الشرع، ذكره الناصر وأبو طالب والداعي، وقال المؤيد بالله: يجوز؛ لأن الصرف قد وقع على نعت الصحة والكمال. قلنا: الأعمال بالنيات. قال الإمام أحمد بن الحسين عَلَيْهِ السَّلَام: ويجوز أن يقبض الإمام ممن عليه حق واجب ثم يرده عليه لاستحقاقه له لفقر أو تاليف أو لما فيه من نفع المسلمين، قال: أو يملكه الإمام شيئاً مما يملكه ثم يرده إليه عما عليه ثم يضعه الإمام في مستحقه. (بستان بلفظه).

(*) **فائدة:** وكذا مثلاً لو كان في ذمة إنسان مظالم قدر ألف فإنه يبيع من الفقير شيئاً بما تراضيا عليه، فلو باع منه بخمسائة صح ولزم في ذمة الفقير الثمن، ثم إن المالك يصرفه عن المظالم إلى الفقير ويسترد الشيء بهبة أو يبيع أو نحوهما ثم كذلك فتحصل المساقطة، وهي من الحيل المخلصة، وقد تقدم في الزكاة نظيره.

(٢) هذا الحديث فيه حث على قضاء الديون فلاق ذكره عندها كما ترى. (بستان بلفظه).

صدقة درهم فوق درهم إلى السماء، وورد فيه أيضاً أن صدقة درهم في حال الحياة أفضل من صدقة درهم فوق درهم إلى السماء عند الموت^(١).

كتاب العتق

إنما يصح من المالك البالغ العاقل^(٢) المختار^(٣) أو من يقوم مقامه^(٤)، وسواء كان مسلماً أو كافراً، وسواء كان العبد مسلماً أو كافراً^(٥).

مسألة: وقد يكون العتق واجباً، وهو في الكفارات الثلاث وفي المثلة^(٦). وقد يكون مندوباً لمن يريد الثواب. وقد يكون محظوراً، وهو عتق العبد الكافر، وكذا الفاسق إذا كان يقويه على العصيان^(٧). وقد يكون مكروهاً، وهو عتق الصغير الذي لا حاضن له.

مسألة: وللعتق سببان: الأول: اللفظ^(٨)، وهو صريح وكناية، فالصريح ما كان بألفاظ العتق أو التحرير، وسواء كان خبراً أو صفة أو نداء كما في الطلاق، فالخبر نحو: قد أعتقتك أو حررتك، والصفة نحو: أنت حر^(٩) أو عتيتك أو مولاي^(١٠) أو ابني أو ولدي، والنداء نحو: يا حرياً عتيتك يا مولاي، وقال

(١) وبعده.

(٢) ويصح من السكران إنشاء وشرطاً، لا عقداً. وقيل: مطلقاً كالخلع.

(٣) أو مكروهاً ونواه. (قررو).

(٤) وذلك كالوكيل، وكالولي إذا أعتق على مال شرطاً لا عقداً. (بستان بلفظه) (قررو).

(٥) ظاهره ولو في دار الحرب؛ إذ لم يفصل الدليل. وسيأتي مثله في المسألة الثانية قبل قوله: فصل: العتق يثبت في الذمة.

(٦) وفي المنذور به.

(٧) أو قصد^[١] ذلك، وإلا كان مباحاً، فتجيء الأحكام الخمسة في العتق.

(٨) ويصح بالكتابة، ومن الأخرس بالإشارة. (حاشية سحولي) (قررو).

(٩) وهذه صفة معنوية لا نحوية.

(١٠) فإن قلت: كيف جعلت أنت مولاي من باب الصريح وهو لفظ متردد بين العتق وبين غيره، فالمولى قد يكون بمعنى المود والناصر، وقد يكون بمعنى الأولي، نحو: ((من كنت

الإمام يحيى: إن النداء كناية. ولعله القوي. فأما قوله لعبده: يا بني أو يا ولدي أو لأمته يا بنتي فهو كناية، ذكره الإمام يحيى، وروى عن المؤيد بالله أنه صريح^(١)، وقال أحمد بن يحيى: لا يكون عتقاً^(٢)؛ لأنه يستعمل في الخطاب، ذكره في الشرح، وروى عنه في الزهور أنه كناية^(٣).

فرع: وإذا قال: «هو ابني» أو «ولدي» وهو يُعلم كذبه - نحو أن يكون مقارباً له في السن - فإنه لا يعتق، خلاف أبي حنيفة والفقهاء يحيى البحيح. قلنا: كما لو قال: «كنت أعتقته منذ ألف سنة» فإنه لا يعتق إجمالاً. فإن كان يمكن أنه ابنه عتق ولو كان مشهور النسب من غيره^(٤).

قيل^(٥): وكذا الخلاف إذا قال لعبده غيره: «هو ابني» وهو مقارب له في السن ثم ملكه من بعد^(٦).

مولاه فعلي مولاه)) وبمعنى ولاء العتاق ونحو ذلك، والصريح لا يحتل إلا العتاق؟ قلت: لفظه مولى وإن ترددت بين معان كما تقدم فجميعها لا تطلق إلا على الأحرار، ولا يطلق منها شيء على المملوك، فصارت صريحاً في الحرية. (غيث).

[١] الأولى: «وقصد» بحذف الألف.

(١) وعليه الأزهار بقوله: وأنت مولاي أو ولدي.

(٢) لا صريح ولا كناية.

(*) في (أ): لا يكون صريحاً ولا كناية، وفي (ب): وقال أحمد بن يحيى: لا صريح ولا كناية.

(٣) والأقرب أن هذا جميعه حيث لم يعرف من حال المتكلم بذلك عدم قصده لظاهره، كما يجري كثيراً في المحاورات من قول القائل لعبده وغيره: يا ولدي ويا أخي ونحو ذلك ويعرف بالضرورة أنه لم يقصد ذلك حقيقة، وقد قال الإمام يحيى: إن النداء كناية [كما ذكره في متن الكتاب كما ترى]. (شرح بهران).

(٤) لجواز أنه منه وحكم بالشهرة في الظاهر.

(٥) في (ب): قال الفقيه محمد بن سليمان.

(٦) لا يعتق. (قرر).

فرع: فإن قال لعبده: «هو أخي» فهو كناية^(١)، وقال أبو حنيفة: بل صريح. وكذا إذا قال: هو ابن أخي أو ابن أختي أو عمي أو خالي أو أبي - فهو كناية، فيعتق إذا أراد به في النسب أو العتق، لا إن لم يرد، وقال الكافي: إنه صريح^(٢).

مسألة: وسواء أوقع العتق على العبد كله أو على جزء منه مشاع أو على عضو منه كما في الطلاق على الخلاف سواء، وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: إذا أعتق جزءاً من العبد عتق وسعى العبد في قيمة باقيه.

فرع: وإذا أوقعه على عضو معين ففيه وجهان^(٣) هل يقع عليه الكل أو على ذلك العضو ثم يسري إلى باقيه، والآخر هو الأرجح، وفائدة الخلاف حيث قال: «متى فعلت كذا فيدك حرة» ثم فعل ذلك بعدما قطعت يده^(٤).

مسألة: والكنائيات نحو قوله: أنت حر صبور، أو ما أنت إلا حر، أو ما أشبهك بالأحرار أو بالعرب؛ لأن ذلك يحتمل التزكية أو التوبيخ أو العتق. وكذا إذا قال لعبده عند الخوف عليه: «هو حر» لثلاً يأخذه الغير^(٥)، أو قال: هو وقف أو للمسجد، فيدين في ذلك باطناً وظاهراً، وقال أبو حنيفة: باطناً فقط^(٦).

(١) لأن الأخوة قد تكون في الدين. (غيث).

(٢) كلام الكافي هو المختار إلا في ابن أخي وابن أختي [فكناية. (قرر)]؛ لأنه يستعمل الأخ في أخوة الدين. (قرر).

(*) قوي إلا في ابن أخي وابن أختي فهو كناية. (قرر).

(٣) لأصحاب الشافعي.

(٤) فلا يعتق.

(٥) المراد بالقادر الظالم، لا المحق كالإمام والحاكم لو أكرهاه لقضاء دينه فيعتق ولا يكون كناية. (تكميل) (قرر). وفي بعض الحواشي: ولو محقاً ولو لقضاء دينه، وهو ظاهر الأزهار؛ لأن العلة صرف النية. والوجه في ذلك أنه إذا قال ذلك دفعاً للقادر فهو ملجأ، ولا حكم لفعل الملجأ. (تعليق).

(٦) قلنا: الخوف صيره مكرهاً على النطق بالحرية، فلا تقع ما لم ينوها. (بحر).

فَرِيحٌ: وكذا إذا قال لعبده: لست لي بعبد، أو لست لك بسيد، أو لا ملك لي عليك، أو لا سبيل لي عليك، أو قد خرجت عن ملكي، أو لست لك بمالك، أو أنت مالك نفسك، أو أطلقتك، فذلك كله كناية. وإن قال: «فككت رقتك عن الرق»^(١) ففيه وجهان هل صريح أو كناية، رجح الفقيه حسن أنه كناية، ورجح الفقيه يوسف أنه صريح.

فأما ألفاظ الطلاق الصرائح والكنائيات غير ما قد ذكرنا فلا يقع العتق بها^(٢)، وقال الشافعي: إنها كناية. قلنا: وكذا قوله: «بيعتك لا يجوز» لا حكم له، وعند الشافعي أنه كناية. فأما قوله: «أنت لله» فهو كناية، خلاف أبي حنيفة^(٣)، وقال أبو يوسف ومحمد: إنه صريح.

الثاني: غير اللفظ، وهو خمسة أشياء: الأول: استيلاء الأمة، فمن ولدت^(٤) أمته منه ما يعرف أنه حمل كالمضغة^(٥) ونحوها^(٦) - ذكره القاضي جعفر - صارت أم ولد له، فتعتق بموته^(٧) مطلقاً^(٨)، وقال الباقر والصادق والناصر: لا

(١) فلو لم يقل: «عن الرق» ينظر. قال في مذهب الشافعي: إذا قال: «فككت رقتك» ففيه وجهان: أحدهما: أنه صريح؛ لأنه ورد به القرآن، قال الله سبحانه: ﴿فَأَنْتَ رَقَبَةٌ﴾ [البلد]، والثاني: أنه كناية؛ لأنه يستعمل في العتق وغيره. (رياض).

(٢) وعليه الأزهار بقوله: إلا الطلاق وكنايته.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: وأنت لله. فإن ذلك عندنا ليس بصريح ولا كناية. (شرح أزهار).

(٤) ظاهره لا قبل الولادة فلا يثبت حكم الاستيلاء ولو ادعاه حملاً، ولعل دعوته تكون موقوفة على وضعه حياً. (قررو).

(٥) وذلك لأنه يكون متخلقاً وإن لم ينفخ فيه الروح. (قررو). المراد متخلقاً وإن لم تنفخ فيه الروح. (قررو).

(٦) ما فوق المضغة. (قررو).

(٧) أو رده مع اللقوق. (قررو).

(٨) سواء كان له ولد منها أم لا؛ لقوله ﷺ: ((أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن

تعتق إلا أن يكون له ولد منها فيرث منها^(١).
فروع: وكذا أولادها الذين ولدتهم من غيره بعد مصيرها أم ولد، نحو أن يغصبها الغير ثم تلد عنده بعد أربع سنين^(٢) من وقت الغصب^(٣) فهم ملك لسيدتها مثلها، ويعتقون بعقتها مطلقاً^(٤) أو بموت سيدهم بعد موتها. ولسيدها وطؤها لا وطء بناتها، وله تزويج أولادها^(٥)، لا تزويجها إلا بعد عتقها^(٦)، وليس له أن يخرجها ولا هم عن ملكه إلى ملك غيره.
 الثاني: المثلة، وهي اللطم في الوجه^(٧) الذي يغسل في الوضوء، أو الضرب بما

دبر منه)) ولقوله ﷺ في أم الولد: ((لا تباع ولا توهب، ويستمتع بها سيدها مدة حياتها)). والقول الآخر كما ترى، قال ﷺ: ولا وجه له. (بستان بلفظه).

- (١) إذ ملكها ولدها، وسعت لشركائه عندهم.
 (٢) أو بعد حيضة. (شربي) (قرر). وتأتي به لسته أشهر فصاعداً.
 (٣) قلت: هذا إنما يستقيم إذا حصل اليقين بأن السيد لم يطأها في حال غصبها ولا قبله لدون أربع سنين من قبل الوضع، وتيقن ذلك بعيد. (غيث).
 (٤) يعني: سواء عتقت بموت سيدها أو أعتقها في حياتها فحكمهم حكمها، ولا يبطل بموتها قبل سيدها ما ثبت لهم من حرمة الاستيلاد؛ إذ قد ثبت في حياة الأم فلا يسقط بموتها. (بستان بلفظه) (قرر).
 (٥) إذ لا فراش له عليهم. (كواكب).
 (*) من غيره.

(٦) لأن فراشه ثابت عليها كالزوجة، فلا يزول إلا بعقتها، قال ﷺ: وحكي عن أبي حنيفة وأصحابه والمزني أن له تزويجها؛ لأنه يملك وطأها فله تملكه غيره كالمدبرة والمملوكة. قلنا: معارض بالقياس الذي ذكرناه. (بستان بلفظه).

- (*) أو ارتفاع الفراش بينها وبين سيدها، نحو أن ترضع زوجته الصغيرة.
 (٧) قال الإمام يحيى ﷺ: أو يجذع أنفه أو يقطع أذنه أو يسطلم شفته. (بستان).
 (*) بيده أو نعل أو آلة، وفي غير الوجه ما كان دامية فصاعداً، ويكفي التحام الدم فيها. (حاشية سحولي) (قرر).

يجرح^(١) -نحو الحد أو الشوك- في سائر البدن، أو الكي بالنار لغير عذر^(٢)، فمن فعل أي ذلك بعبد^(٣) أو أمته ولو لم يملك إلا بعضه وجب عليه عتقه، فإن لم يفعل أعتقه الإمام أو الحاكم ولو من جهة الصلاحية أو الخمسة وجوباً ولو لم يطلبه العبد ولو عفا عن سيده، فهو حق لله وعقوبة لسيده^(٤).

فرع: وقد صار عتقه مستحقاً بذلك، فلو أعتقه سيده عن غير ذلك كعن كفارة أو عن نذر بالعتق في الذمة لم يجزئه عنهما^(٥)، وإن باعه لم يصح، وليس له استخدامه ولا وطاء الأمة، فإن فعل أثم ولا أجره ولا حد ولا مهر.

فرع: ولا يعتق إلا بإعتاق كما مر، فما كسبه قبل عتقه فهو لسيده، وكذا أرش الجناية عليه، وأما أرش جنائته فعليه يطالب به إذا عتق^(٦)، ولا يكون إعتاق

(١) وحده فوق الحارصة. (غيث) (قرر).

(٢) إذا كان عمداً وإن لم يقصد المثلة على المختار.

(٣) وكذا إذا مثل به غير سيده بإذنه في أقوى احتمالين ذكرهما المهدي عليه السلام، وقال الفقيه إبراهيم بن مسعود: والمحفوظ عن المشايخ أنه لا يصح الأمر ولا يجب عليه العتق؛ لأنه أمر بمحذور^[١]، قال: وهو الصحيح. (من تذكرة المفتي).

(٤) وهذا كله إذا كانت المثلة من مكلف عمداً. (تعليق).

(٥) وفي حاشية السحولي ما لفظه: ويصح عتقه عن النذر والكفارة. وهو ظاهر الأزهار في باب الكفارة في قوله: ويجزئ كل مملوك.. إلخ.

(*) قلت: وفيما ذكره نظر، وقد ذكر الفقيه حسن في تذكرته من نذر بإعتاق عبده فأعتقه بر ولو أعتقه عن كفارة كما سيأتي، فمفهومه أنه يجزئ عن الكفارة، أعني المنذور بعتقه، وإذا أجزأ فالمثول به أولى، فينظر في ذلك. (غيث). وظاهر كلام الأزهار أنه يجزئ حيث قال: ويجزئ كل مملوك.. إلخ.

(*) ومثله للفقيه علي في التنبيه في شرح الأزهار.

(٦) وقال الفقيه يوسف: يكون كجنائية أم الولد^[٢]. اهـ فينظر ما الفرق بينه وبين أم الولد والمدبر، لم كان أرش الجناية عليه هنا وقيمتها على سيدهما كما سيأتي؟ وقد قيل: إنه لا فرق.

سيده له التزاماً بما عليه^(١). ويكون الولاء عليه لسيده مطلقاً، وقال المنصور بالله: لبيت المال^(٢). ومن مثل بعبد غيره فعليه أرشه^(٣) ولا عتق.

الثالث: ملك ذي الرحم المحرم^(٤) أو بعض منه ولو قل فيعتق كله، وقال الشافعي: يثبت ذلك في الأصول والفروع لا في غيرهم.

مسألة: من ملك شقصاً من رحمه عتق عليه كله، ويضمن قيمة نصيب شريكه^(٥) إن كان موسراً وكان ملكه له باختياره، وإلا سعى فيها العبد حيث السيد معسر أو كان ملكه له بغير اختياره كالإرث، وكذا بالنذر أو الوصية على قولنا: إنها لا يحتاجان إلى قبول^(٦). وللهادي والناصر قول: إنه لا يضمن إلا إذا

[١] ويلزم المائل الأرش. (قرئ).

[٢] ولفظ حاشية في باب المأذون: وفي المثل به يجب عليه إعتاقه ويسلم القيمة، فإن أعسر السيد سعى العبد كما تقدم. (إملاء شامي) (قرئ).

(١) إلا أن تكون الجناية من قبل المثلة. (قرئ). مع علمه بتقدم الجناية. (قرئ).

(٢) إذا أعتقه الحاكم. (بستان معني).

(٣) ولو بأمر [بإذن (نخ)] سيده؛ لأنه محظور. (قرئ).

(٤) نسباً لا رضاعاً.

(٥) **فائدة:** إذا كان العبد مشتركاً بين ثلاثة لأحدهم سدسه وللآخر ثلثه وللثالث نصفه،

فأعتق اثنان منهم نصيبهما في حالة واحدة وهما موسران - فضمان نصيب الثالث عليهما

[نصفان] على الرؤوس لا على قدر الحصص، ذكر معنى ذلك في شرح الإرشاد. (شرح

بهران). لاستوائهما في الإلتاف، وهو الموجب، كمن مات بمجموع فعل جماعة. وأما

الولاء فعلى قدر الحصص.

(٦) وهذا على الأصح. لأنه دخل في ملكه فعتق فلا يصح الرد^[١] بعد ذلك، ورجحه الفقيه

يوسف وغيره من المذاكرين، وعند المهدي يبطل بالرد. وهو الأزهار فيما يأتي.

[١] والمقرر أنه يصح الرد. اهـ فيعتق ما لم يرد. (قرئ).

علم بأن العبد رحم له وأن الرحم يعتق، وإن لم يعلم سعى العبد.
فروع: فإن وهب شقصاً من عبد لعبد الرحم وقبله العبد ملكه الرحم وعتق،
 لكن قال الفقيه حسن: إنه لا يضمن الرحم؛ لأنه ملكه بغير اختياره^(١)، وقال
 الفقيه يوسف: إنه يكون الضمان في رقة العبد الموهوب له^(٢)؛ لأن قبوله للهبة
 كالجنانية منه. ولعل الأول أرجح^(٣).

مسألة: فإن ملك العبد اثنان باختيارهما في حالة واحدة وأحدهما رحم له
 فإنه يعتق ويسعى للآخر، ولا ضمان على الرحم^(٤)؛ لأن شريكه كالأذن له
 بالعتق^(٥)، وكذا حيث أذن له أن يملك بعض العبد الرحم. وقال أبو يوسف

(١) الأولى في التوجيه أن مالك العبد الموهوب أسقط حقه بفعله سواء وهبه من الرحم أو
 من عبد الرحم، وسواء علم بالرحامة والعتق أو جهلها أو أحدهما؛ لأن الجهل في
 إسقاط الحقوق لا تأثير له. اهـ ولعله -أي: تعليل البيان- يتصور حيث كان للواهب
 شريك، وللناظر نظره.

(*) ويسعى العبد الموهوب بالزائد على الشقص. (قرئ).

(٢) ويمكن حمل كلام الفقيه حسن على مثل كلام الفقيه يوسف، وأن معنى كلامه أنه لا
 يضمن ابتداءً، بل يتعلق برقة العبد. وما في المسألة الآتية مثل كلام الفقيه حسن.
 (٣) وقواه الإمام المهدي.

(٤) أما إذا اشترياه جميعاً بلفظ واحد فإنه عند القبول استهلك نصف العبد قبل قبض
 شريكه له، فيغرم^[١] الثمن للبائع؛ لأن الاستهلاك في الحقيقة عليه، إلا أن يكون في يد
 المشتري مضموناً من قبل الشراء لم يضمن شيئاً. (إملاء). ومثله في هامش شرح الأزهار
 بخط القاضي أحمد الريمي.

(٥) وذلك لأن كل واحد منهما راض بفعله وأذن فيه، ومن رضي باستهلاك ماله فلا
 ضمان على المستهلك. (بستان).

[١] ولفظ حاشية: وإذا كان ملكها له بالشراء كانت السعاية للبائع في نصف قيمة العبد؛ لأنه كالتلف قبل
 القبض، وأما الرحم فيسلم الحصة من الثمن للبائع. (شامي) (قرئ). ولا ثمن على الأجنبي؛ لتلف المبيع

ومحمد: إنه يضمن حيث ملكاه معاً.

فرع: وكذا إذا باع أو وهب بعض عبده من رحم للعبد فلا ضمان على الرحم، قال الفقيه محمد بن سليمان: المراد به إذا كان البائع عالماً بالرحامة وأن الرحم يعتق، وإن جهل ذلك ضمن له الرحم، وقال الفقيه حسن: لا فرق؛ لأن ذلك إسقاط حق فلا يعتبر فيه العلم والجهل. لكن هل يسعى العبد للبائع ونحوه؟ قال الفقيه يوسف: نعم، كما إذا أذن الشريك لشريكه في عتق نصيبه. ولعله الأولى. وقال في التذكرة والحفيظ: لا سعاية عليه.

مسألة: إذا وهب شقصاً من عبد لرحمه الصغير وقبل له وليه^(١) فحيث هو معسر يصح ويسعى العبد، وحيث هو موسر لا تصح الهبة^(٢)؛ لما فيها من الضمان على الصغير، إلا إذا كان في عتق العبد مصلحة للصغير تزيد على ضمانه—نحو أن يكون العبد ذا جاه أو كسب يعيش الصغير في جاهه أو كسبه، أو لم يكن له من يكفله سوى هذا العبد— فيصح قبول وليه، ويعتق العبد، ويضمن الولي قيمة نصيب الشريك من مال الصغير.

مسألة: وإذا أقر أحد الشريكين في عبد بنصيبه لرحم للعبد فإن رد المقر له إقراره عتق العبد^(٣) لأجل إقرار المقر بالعتق، وضمن المقر لشريكه إن كان موسراً، وإلا سعى العبد، وإن صادقه المقر له فكذا أيضاً^(٤)، إلا أن يضيف المقر

قبل التسليم. (قررو).

(١) ولا يقال: إن الولي يضمن لأجل قبوله؛ لأن العتق حصل في ملك الصبي، والولي كالوكيل له. (برهان).

(*) وهذا يفهم أن قبول الهبة حيث الموهوب له لا يضمن ليس بجناية، خلاف ما ذكره الفقيه يوسف في قبول العبد رحم سيده. (قررو).

(٢) ولم يعتق العبد، ذكر معنى ذلك في تعليق ابن أبي الفوارس. (غيث).

(٣) ويكون ولاؤه في هذا الطرف لبيت المال كما مر في قوله في المهور في الأزهار: وولاء من أنكرته لبيت المال. (مفتي) (قررو). ويتجدد حق^[١] للمقر في الرجوع. (هبل) (قررو).

(٤) لعله يريد بقوله: «فكذا أيضاً» يعتق العبد ويسعى، وظاهره ولا شيء على المقر له ولو موسراً حيث لم يضاف إلى سبب؛ لجواز أنه قد دخل في ملكه بغير اختياره، والأصل براءة

إقراره إلى سبب يوجب الضمان على المقر له كالشراء ونحوه فيضمن المقر له (١) إذا هو موسر (٢).

مسألة: من ملك جارية وولدها ثم حبلت منه (٣) ثم مات عتق ولدها من حصة أخيه (٤) الحمل إذا ولدته حياً (٥)، وسعى العبد لباقي الورثة في قيمة نصيبهم يوم موت السيد (٦).

الرابع: إسلام أم ولد الذمي، فتعتق بانقضاء عدتها (٧) بعد إسلامها (٨)،

الذمة، والله أعلم. ويحتمل أن يريد بقوله: «فكذا أيضاً» أنه يضمن المقر مع إيساره ويسعى العبد مع الإعسار.

[١] وهو الولاء فقط. (قرئ). لا العتق فقد نفذ.

(١) يقال: إن كان البيع من المقر فلا ضمان؛ لأنه أسقط حقه كما اختاره الفقيه حسن، وإن كان الشراء من غير المقر فإقرار المشتري صحيح، وعليه يحمل كلام الكتاب. (هبل). يقال: الضمان للشريك في العبد لغير البائع؛ فلا وجه لقوله: أسقط حقه، فتأمل، إلا أن يكون مال كآله الجميع وباع بعضه إلى الرحم استقام ما ذكر، فتأمل. (شامي).

(٢) وإلا سعى العبد. (قرئ).

(٣) وأدعاه قبل الموت.

(٤) الذي هو أخوه من أمه. (غيث). ولم يرد أن أخاه يضمن؛ لأنه ملكه بالإرث. (غيث). (٥) يعني: إذا خرج الحمل حياً تبين أنه ورث من أخيه، وأنه قد عتق من يوم مات الأب. (كواكب).

(٦) ونظره في بيان حثيث. وينظر في النظر.

(٧) وذلك لأنه لا يجوز استمرار ملك الكافر على مسلم، بل يؤمر ببيعه، وهذه لا يجوز بيعها؛ فوجب عتقها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء]، ولقوله ﷺ: ((الإسلام يعلو ولا يعلى عليه)). (بستان).

(*) وهي حيضتان إن كانت من ذوات الحيض، وإن لم فشهرا [١] تشبيهاً باستبراء البائع والمشتري. (بستان).

(٨) ووجه حصول العتق بالعدة التشبيه بالطلاق الرجعي؛ لأن التحريم لما لم يحصل بنفس الإسلام

وتسعى لسيدها في قيمتها^(١)؛ لأنها لا تقرر على ملكه ولا يجوز بيعها، وقبل انقضاء عدتها هي على ملكه^(٢)؛ فمنافعها له، ونفقتها من كسبها إن كان وإلا فمن سيدها، ويمنع من وطئها، فإن فعل فلا حد ولا مهر، بل يعزر. قلنا: وإذا أسلم في عدتها بقيت له، قال الفقيه محمد بن سليمان: ولا تستأنف عدة أخرى بعد عتقها^(٣). وقال أبو حنيفة: إنها تعتق بتسليم قيمتها. ومثله عن الهادي. وقال الشافعي: لا تعتق، بل يمنع سيدها منها وينفق عليها^(٤). [وقال زفر: تعتق بالحكم عليها بالقيمة. وقال مالك: تعتق بغير شيء^(٥)].

فرع: وأما أمة الذمي وعبدته إذا أسلما فإنه يجبر على بيعهما، وأما مدبره^(٦) فالأقرب أنه يسعى في قيمته ثم يعتق^(٧) إذا كان سيده موسراً، وإن كان معسراً

حصل بالعدة، كما في الرجعي لما لم يحصل التحريم بنفس الطلاق حصل بالعدة. (غيث).

[١] في حق الأيسة. والمنقطة لعارض بأربعة أشهر وعشر. (قرر). وإن آيست بعد حيضة فلا بد من شهرين، وإن انقطع حيضها لعارض بعد أن حاضت حيضة فلا بد من أربعة أشهر وعشر. (قرر).
(١) يوم العتق، وولاؤها لسيدها إذا أسلم. (حاشية سحولي لفظاً).

(٢) وهل تعتق بعرض الإسلام عليه قبل انقضاء الحيضتين؟ قال القاضي إبراهيم حثيث: لا تعتق، بل لا بد من انقضاء الحيضتين؛ لأن العلة الملك لا كالزوجة. (مفتي).

(٣) المذهب وجوب الاستئناف^[١]، وهو ظاهر الأزهار في كتاب الطلاق في قوله: وأم الولد عتقت بحيضتين، وهو لا يحصل العتق إلا بعد حيضتين؛ إذ هما انتظار ثم تعتق بعدهما.

(٤) وعندنا أيضاً لها النفقة عليه في عدتها، وعدتها حيضتان تشبيهاً باستبراء البائع والمشتري. قال في الروضة: ولا تستأنف عدة أخرى على قول أبي العباس؛ لأن هذه ليست بعدة حقيقة، ففارقت امرأة الذمي إذا أسلمت. (غيث).

(٥) ما بين المعقوفين من (ب، ج، د).

(٦) وأما الممثول به فيعتق بنفس الإسلام.

(٧) وفي الكواكب: يعتق ويسعى، بتقديم العتق.

أجبر على بيعه^(١).

الخامس: إسلام عبد^(٢) الحربي مع خروجه إلى دارنا^(٣)، لا إن لم يخرج، فإن أسلم ثم هاجر إلى دارنا عتق وملك ما معه، إلا حيث يكون خروجه إلينا بإذن سيده وبأمان من مسلم فلا يعتق، بل يباع ويرد ثمنه وما معه لسيده، وإن خرج بإذن من دون أمان أو بأمان من دون إذن عتق وملك ما معه.

فروع: فإن خرج إلينا قبل أن يسلم بغير إذن سيده ولا أمان من مسلم فهو مباح قتله^(٤) وأخذه وما في يده قبل أن يسلم، وإن أسلم قبل ذلك عتق وملك ما في يده. وكذا^(٥) إن خرج بإذن من دون أمان، وكذا إن خرج بأمان من دون إذن إلا أنه لا يقتل. وإن خرج بإذن وأمان لم يعتق، بل يباع ويرد ثمنه وما معه لسيده^(٦).

فروع: وإذا ادعى سيده أن خروجه كان بإذنه فمع عدم الأمان لا حكم له، ومع الأمان لا يقبل إلا بشهادة عدلين.

(١) فإن لم يمكن إجباره أعتقه الإمام أو الحاكم. اهـ الأولى: باعه الإمام أو الحاكم. (قررو).

[١] ولفظ حاشية: وعن الهبل: تستأنف عدة إذا أرادت التزويج، وهو ظاهر الأزهار.. إلخ الحاشية.

(٢) سواء كان عبداً أو مكاتباً أو مديراً أو أم ولد أو ممثلاً به، فالكلام فيهم والتفصيل واحد في دخولهم إلى دارنا. (قررو).

(٣) وذلك لأنه بخروجه قد حاز نفسه فيعتق. (بستان).

(٤) ونظره في بيان حثيث بخطه، ولعل وجهه ما سيأتي في كتاب السير أنه لا يجوز قتل العبد ونحوه إلا أن يكون مقاتلاً. يقال: مع عدم الإذن قد ملك نفسه وصار من أهل دار الحرب يجوز قتله. ومثله للمفتي.

(٥) أي: أنه مباح قتله.. إلخ.

(٦) ولا ولاء في جميع هذه الصور؛ لقوله ﷺ: ((هؤلاء عتقاء الله تعالى)).

(*) ينظر لو لم يبتع. يقال: لا شيء لسيده، ويعتقه الإمام أو الحاكم. (قررو).

مسألة: من أعتق كل مملوك له دخل فيه المكاتب^(١)، خلاف أبي حنيفة والشافعي، وكذا من عتق بعضه، قال المؤيد بالله وأبو طالب: وهو المكاتب الذي سلم بعض المال، وقال أبو العباس: إنه من عتق وبقيت عليه سعاية فتسقط عنه. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: لا يدخل فيه من عتق بعضه.

مسألة: من أعتق جارية حبلى عتق حملها معها ولو استثناء؛ إذ لا تلد الحرة مملوكاً قط^(٢). وإن أعتق حملها عتق وحده؛ لأنه يصح إفراده بالحكم، كالنذر والوصية به والإقرار به وله.

مسألة: من قال: «أول ولد تلده أمته فهو حر» عتق أول بطن تلده ولو كان أكثر من واحد، إلا أن يكون نوى إن كان واحداً لم يعتق أيهم^(٣). وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا الأول خروجاً؛ فلو خرجوا معاً أو خرج اثنان ثم واحد لم يعتق أيهم عنده.

فرع: وحيث نوى الأول خروجاً لو خرج الأول ميتاً ثم الثاني حياً فقال الهادي وأبو حنيفة: يعتق الثاني^(٤)، وقال الناصر ومالك: لا يعتق أيهما. وهو الأرجح.

فرع: وهكذا يكون إذا قال: «أول عبد من عبدي دخل علي^(٥)» أو قال:

(١) الأزهار: وكل مملوك لمن لم ينفذ عتقه.

(٢) هكذا تعليل البرهان، وعلة في الانتصار والبحر بأنه كالجزم منها؛ بدليل إلحاقه بها في الإسلام والكفر. قال الوالد: وهذا التعليل لا يستقيم من وجه، وهو العكس إذا أعتق الحمل؛ فكان يلزم منه أن تعتق أمه بعته لكونه جزءاً منها، وليس كذلك، بل العلة ما ذكره في الكتاب. (بستان).

(٣) ويدين ظاهراً لا باطناً. (مفتي). وقياس ما يأتي أنه يدين باطناً لا ظاهراً. (قررو).

(٤) وذلك لأن الميت لا حكم له، فالثاني هو الأول في الحقيقة، وموت الأول لا يبطل عتق الثاني. وحجة الآخرين: أن الثاني ليس أول، وعتقه مشروط بكونه أول. (بستان بلفظه).

(٥) عتق أول من دخل عليه ولو أكثر من واحد، إلا أن ينوي إن كان واحداً لم يعتق أيهم. (قررو).

«أول من أملك من عبيدي» ثم خرجوا عن ملكه ثم ملكهم على قول أبي حنيفة إن ذلك يصح، لا على قولنا فلا يصح^(١).

مسألة: من قال لعبد غيره: «أنت حر من مالي» فلا حكم له وفاقاً ولو أجاز مالكة^(٢).

مسألة: (٣) من كان له ثلاث جوار فقال: «إحداكن حرة» قاصداً لواحدة معينة عتقت، فإن نسيها اعتزلهن من الوطاء والخدمة حتى يعرفها، ويقبل قوله في معرفتها، قال الفقيه يحيى البحيح: وإذا حصل له ظن عمل به^(٤).

فلو قال: «هي هذه لا بل هذه» عتقا معاً^(٥). وإن أيس من معرفتها عتقن الكل وسعت كل واحدة في ثلثي قيمتها يوم الإياس^(٦)، وإن كن أربعاً ففي

(١) لأنه عتق قبل ملك. (بستان). والفرق بين هذا وبين الطلاق أن ملك العبد هنا ملك جديد لا يتعلق به حكم الملك الأول، وفي النكاح هو نكاح واحد ما لم يبلغ الطلاق الثلاث. (سماح ذماري).

(٢) إلا أن يكون عقداً. (قررو).

(*) لأنه استهلاك لا تلحقه الإجازة. (بستان).

(*) ولو ملكه بعد. (قررو).

(٣) وتسمى أم الفروع.

(٤) ويبقى الشك في الباقيات، لكن لا يبطل ملكه بالشك. (زهور). قلنا: بل هو وهم، وهو أضعف من الشك. (شامي).

(٥) قوله: «عتقا معاً» وذلك لإقراره بعتقها، ورجوعه عن الأولى لا يصح؛ لأن العتق هنا بالإخبار، وهو كالإقرار. (بستان).

(*) ولا سعاية على أيها. (قررو).

(٦) الأولى أن تسعى كل واحدة في الأقل من ثلثي قيمتها يوم الإيقاع أو يوم الإياس. (عامر). وهذا على قول أهل الفرائض، والنصف عند أهل الفقه، ويمكن أن يكون على قول الجميع؛ لأن المعتق واحدة، واثنان باللبس.

ثلاثة أرباع قيمتها، وإن كن خمساً ففي أربعة أخماسها، قال الفقيه يحيى البحيح: وهذا حيث لم يتمكن من بيان المعتقة^(١)، فأما حيث قد أمكنه فلا سعاية عليهن؛ لأنه قد استهلكهن بعدم البيان^(٢)، وقال الفقيه علي: لا فرق. وهو ظاهر إطلاقهم.

فرع: وإذا ادعى المعرفة بعد حصول اليأس منها ففي قبوله وجهان، الأرجح عدمه^(٣).

فرع: فإن لم يرد بذلك واحدة معينة كان العتق في ذمته^(٤) يعينه على من شاء منهن، فإن قال: «هذه لا بل هذه» عتقت الأولى^(٥)، وإن مات قبل أن يعين عتق الكل وسعت كل واحدة في ثلثي قيمتها^(٦)، ويحتمل أن يورث التعيين، ذكره الإمام يحيى.

فرع: ولا يقع العتق إلا من وقت التعيين عند الأكثر، وقال الكني: بل قد وقع

(١) وعليه الأزهار بقوله: إن لم يفرط.

(٢) إذا كان في الصحة أو يخرج من الثلث ولا حجر ولا استغراق. (قرر).

(٣) وفي البحر وجهان: يقبل قوله؛ إذ لا يعرف إلا من جهته كقبل اليأس، ولا؛ إذ قد وقع العتق باليأس. والأول أقرب؛ إذ وقوع العتق كالمشروط بأن لا ينكشف^[١].

(٤) وذلك لأن العتق يثبت في الذمة. والفروع إلى آخر المسألة على هذه الصورة. (بستان).

(٥) وذلك لأن ما أوقعه منها في الابتداء فإنه يتعين من عينه أولاً لا غير؛ لأن العتق في هذه الصورة بالتعيين والاختيار، وليس من طريق الإخبار. (بستان بلفظه). وقوله: «بل هذه» ليست بإنشاء؛ فلا تعتق، بخلاف الصورة الأولى فإنه فيها إقرار، فيعتقان جميعاً بالإقرار. (تهامي من خط سيدي الحسين بن القاسم عيلاً).

(*) وهذا على القولين جميعاً، والثانية لغو.

(٦) إن لم يفرط، فإن فرط فلا سعاية. (غيث).

[١] في هامش (ج، د): بأن لا يعرف، والمثبت من البحر.

على واحدة غير معينة، لكن بقي إليه تعيينها. وفائدة الخلاف في جواز وطئهن واستخدامهن الكل قبل التعيين، فعلى القول الآخر لا يجوز، فلو فعل أثم وتعين العتق في الآخرة منهن، وعلى القول الأول يجوز، لكن قال الناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي: إذا وطئ اثنتين تعينت الآخرة للعتق، وقال القاضي زيد وأبو حنيفة: يجوز وطئهن الكل ثم يعين من شاء من بعد إذا لم يحصل بالوطء علوق؛ لأن من علق صارت أم ولد له^(١) وخرجت عن التعيين^(٢)، فلو علق ثنتان تعينت الثالثة للعتق، بخلاف ما لو كانت إحداهن أم ولد له من قبل هذا العتق فإنه يصح التعيين فيها.

فرع^(٣): فإن أعتقهن الكل سقط عنه ما في ذمته من التعيين، وإن أعتق واحدة منهن معينة فإن قصد بعثتها عما في ذمته سقط عنه، وإن لم يقصد عنه بقي الذي في ذمته.

فرع: وكسبهن قبل التعيين للسيد على القول الأول، وأما على القول الثاني فقال الفقيه حسن: يكون لمن كسب واحدة. والأقرب^(٤) أنه يعتبر بالتعيين،

(١) مع الدعوة. (قرر).

(٢) أي: يعين غيرها للعتق. ولكن ينظر ما وجه خروجها عن التعيين؟ أما على أصلنا أنه في الذمة فعليه عتق كامل، وأم الولد عتقها ناقص؛ ولهذا لا تجزئ في الكفارة، هذا ما يمكن من التوجيه. (شامي). وقيل: الوجه أن أم الولد قد تعين عتقها بسبب آخر، فكان كما إذا أعتق إحداهن نافذاً فلا يصح أن يعينها، كذلك هذا. ووجه آخر، أنه يجب أن يعتق واحدة منهن على الصفة التي كن عليها عند التعليق، وهن عند التعليق إماء خالصات، وأم الولد في حكم المستهلكة، فتعين العتق في غيرها، بخلاف إذا كانت عند التعليق أم ولد فقد عينها على الصفة التي هي عليها عند التعليق.

(٣) هذا الفرع ساقط من (د).

(٤) قوي على أصله.

فمن عينها تبين أن كسبها لها، فلا يجوز له استهلاك شيء من كسبهن قبل التعيين^(١).

فرع: وإذا وطئهن الكل فعلقن منه وادعى أولادهن ثبت نسب أولاد الأولتين واستيلادهما، وأما الآخرة فلا تكون أم ولد له^(٢)، لكن إن وطئها قبل علمه بعلوق الأولتين أو بعد علمه بذلك مع جهله بالتحريم ثبت نسب ولدها ولزمه مهرها^(٣)، وإن وطئها بعد علمه بالأمرين معاً^(٤) حُدَّ ولا نسب لولدها إن عرف^(٥)، وإن التبس بالأولين^(٦) ثبت لهم نسب اثنين وميراثهما بينهما أثلاثاً، وثبت لهم أحكام الملتبس نسبه في النكاح وفي الإنكاح، ففي النكاح يعني به التحريم بينهم وبين أولاد الأب وأولادهم وإخوته ونحوهم، وفي الإنكاح يعني به لو كان لهم أخت من أبيهم فلا يزوجها واحد منهم وحده، بل اثنان، فإن لم يبق منهم إلا واحد زوجها هو وابن أحد الميتين أو من يقوم مقامه بعده، فلو كان أحد البنين هؤلاء بنتاً لم يزوجها إلا الحاكم مع الأب^(٧) إن كان باقياً أو مع اثنين

(١) ينظر لو كان الكسب مما قسمته إفرأز هل يجوز له أن يأخذ كسب اثنتين ويبقى حصة واحدة حيث اتفق القدر، وإلا أخذ الأقل والعبرة بالانكشاف - أو لا يجوز؟ لعله لا يجوز. (شامي).

(٢) وذلك لأنها حرة. (بستان).

(٣) مع جهلها.

(٤) العلق والتحريم.

(٥) أي: ولدها.

(٦) أي: بأولاد الأولين.

(٧) والصحيح أنه إذا لم يثبت نسبها من المعتق فعصبتها عصبه أمها من النسب، وهو المعتق وأولاده، فتكون الولاية في الإنكاح إليهم دون الحاكم. (عامر). ولفظ حاشية عن القاضي عامر: لا يحتاج إلى الحاكم مع الأب؛ لأنه إما أب إن صح وإما معتق أم، وهو عصبه يجر الولاء. ولا يحتاج إلى الحاكم أيضاً مع الاثنين أو من يقوم مقامهما، وأما مع واحد فيحتاج إلى الحاكم؛ لأنه يجوز أنه الأجنبي. (عامر) (قرر).

من البنين بعده أو من يقوم مقامهما بعدهما مع الحاكم أو مع وكيلها حيث لا حاكم. ولا سعاية على الأولاد؛ لأنهم أحرار^(١). ويعتقن الإمام كلهن بالتباس الموطوءة آخرأ، ويسعين في ثلثي قيمتهن.

فرع: وإذا مات منهن اثنتان قبل التعيين أو باعها تعينت الثالثة للعتق، فلو باعهن الكل بعقد واحد لم يصح، ولا يصح التعيين فيمن قد ماتت منهن ولا فيمن قد باعها.

فرع: وإذا ولدن أولاداً^(٢) من غير سيدهن فمن عينها منهن لم يعتق ولدها معها^(٣)، ومن مات ولدها لم يمنع من تعيينها^(٤)، وإن متن معاً في حالة واحدة عين السيد من أولادهن من شاء للحرية^(٥)، ولا يرث من عينه من أمه شيئاً؛ لأنه لم يعلم حريتها، ذكره في التفريعات^(٦).

فرع: وإذا قتلهن واحد قبل التعيين ففي حالة واحدة يلزمه ثلثا قيمتهن للسيد، وثلث دية كل واحدة لورثتها^(٧)، وإن قتلهن مرتباً لزمه قيمة الأولتين

(١) قوله: «لأنهم أحرار» وذلك لأن ابني الأولتين له، والآخر ابن حرة. (بستان بلفظه).

(٢) بعد تعليق العتق.

(٣) هذا على قول الأكثر، خلاف الكني. (سإع).

(٤) على القولين معاً.

(٥) ولعل هذا على قول الكني لا على قول الأكثر، فينظر.

(*) أقول: القياس أنه يتعذر التعيين، فتعتق واحدة ملتبسة، ويسعى الأولاد بحسب التحويل كما سيأتي حيث قتلن في حالة واحدة. (مفتي). ولعل هذا على قول الكني، لا على أصلنا فهو لا يعتق ولدها. لأن العتق وقع بالموت، فما وجه عتق الأولاد وهم حادثون قبله؟ (إملاء سيدنا حسن) (قررو).

(٦) قال في البرهان: وهذا على القول الأول. ومثله في البراهين للمصعيري.

(٧) بناء على أن التعيين في الميتة لا يصح. قيل: وبنائها على قول الكني، وأما على قول القاضي زيد ومن معه فيحتمل أن يقال هكذا؛ ولهذا فرق في التفريعات بين القطع

للسيد، ودية الأخرى لورثتها، وإن التبس الحال^(١) في قتلهن فكما إذا قتلهن في حالة واحدة.

فرع: فإن قتلهن جماعة فإن كان مرتباً ففي الأولتين قيمتهما للسيد، وعلى قاتل الآخرة ديتها لورثتها إن عرف قاتلها، وإن التبس أيهم هو لزم كل واحد منهم قيمة أدنانهم، وتكون إحدى القيم لورثة الآخرة إن عرفت^(٢)، وإن جهلت كانت إحدى القيم لورثة الإمام بينهم أثلاثاً، وقيمتان للسيد. وإن قتلوهن في حالة واحدة لزم كل واحد قيمة التي قتلها فقط؛ لأنه المتيقن، فيكون ثلثاها للسيد وثلثها لورثتها، وإن التبس في كل واحدة من الذي قتلها منهم لزم كل واحد منهم قيمة أدنانهم كذلك^(٣)، قال الفقيه يوسف: وهو يستقيم على القولين معاً^(٤).

والقتل، فكأن بقتلها معاً تعذر تعيينه في الميتة، فحكمنا -لتعذر التعيين- بحرية واحدة، ويحتمل أن يأتي خلافهم، فلا يجب إلا القيمة فيها. (رياض).

(*) على قول الكني، وقيل: على القولين معاً؛ لأن قد تعذر التعيين. اهـ وقياس المذهب تلزم قيمة الجميع للسيد. وفي شرح الأزهار مثل البيان، وهو أولى، كما لو مات السيد. (شامي).

(١) لعل هذا حيث التبس في حالة واحدة أو في حالتين، وأما لو علم الترتيب ثم التبس فينظر، ولعله تلزم دية لورثة الثلاث أثلاثاً، والله أعلم. (تهامي من خط سيدي الحسين بن القاسم رضوان الله عليهم).

(٢) الأولى أن يقسم الحاصل على قدر القيم، ولورثة الأخرى حصتهم على قدر قيمة أمهم، والله أعلم. (نظرية). نحو أن تكون قيمة إحداهن عشرة والثانية عشرين والثالثة ثلاثين، فإنه يستحق ورثة الأخيرة نصف الحاصل. (تهامي). فعلى هذا يكون لورثة الآخرة خمسة عشر، وعلى البيان عشرة.

(٣) يعني: ثلثاها للسيد وثلث للورثة. (قرئ).

(٤) لأنه لما تعذر التعيين على الميتة حكم بحرية واحدة. (رياض). يعني: وقد صرن ميتات فلم يصح التعيين فيهن، فحكم بحرية واحدة.

فرع: (١) وإذا ولدن أو ولداً من غير سيدهن ثم قتلن في حالة واحدة لم يرث أولادهن من قيمتهن شيئاً على القول الأول، وعلى القول الثاني من عين منهم للحرية ورث أمه.

فرع: وإذا قطعت يد كل واحدة منهن قبل التعيين وجب نصف قيمة كل واحدة لسيدهن مطلقاً^(٢)، وعلى القول الثاني من عينها بالعتق وجب لها نصف ديتهما، فإن تعذر التعيين - نحو أن يمتن في حالة واحدة - وجب لكل واحدة على القول الثاني سدس ديتهما لورثتها، وثلث قيمتها لسيدها؛ لأنه يجب نصف القيمة في حالين ويسقط في حال^(٣)، ويجب نصف الدية في حال ويسقط في حالين.

فرع: فلو قال لثلاث: «إحداكن حرة وإحداكن حرة» فالأقرب أنه لا يعين^(٤) اللفظين في واحدة، بل في اثنتين^(٥)، فلو زاد قال: «وإحداكن حرة» قبل التعيين عتقن الكل. لا إن قال: «إحداكن حرة وإحداكن حرة» فله أن يعين اللفظين في واحدة، ذكره في التقرير^(٦).

مسألة: وإذا شهد عدلان بأن الميت أعتق عبداً له في مرضه، وهو يأتي قدر

(١) هذا الفرع لا يوجد إلا في (ب، د) وكتب عليه: نخ.

(٢) سواء كان القطع في حالة واحدة أو مرتباً، وسواء كان القاطع واحداً أو جماعة؛ لأن قطع اليد لا يمنع من تعيين العتق، بخلاف القتل فإنه يمنع؛ ولهذا حكمنا بأن أحدهم قتل حرة فتجب ديتهما. (بستان بلفظه).

(٣) وذلك لأن لكل واحدة منهن ثلاثة أحوال، ففي حالين تستحق نصف قيمة، وفي حال نصف دية، فتستحق ثلث ذلك كله. قال في الكواكب: وهذا على طريقة أهل الفرائض، فأما على طريقة أهل الفقه فتستحق كل واحدة ربع القيمة وربع الدية. (بستان لفظاً).

(٤) في (ب، ج): لا يتعين.

(٥) وذلك لأن الواو مغايرة بينها. (بستان بلفظه). أي: بين المعطوف والمعطوف عليه.

(٦) لأن الظاهر التأكيد، وظاهر كلام الأصوليين التأسيس.

ثلث ماله، وحكم الحاكم به، ثم رجعا، وشهد آخران بأنه أعتق عبداً له غير هذا في مرضه، وهو يأتي قدر ثلث ماله، وحكم الحاكم - فإنهما يعتقان معاً، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته^(١) لورثته، ويضمن الشاهدان الراجعان قيمة العبد الذي شهدا به، ولا يمنع ضمانها لقيمتها من وجوب السعاية عليه؛ لأن وجه الضمان مختلف، ذكر ذلك في البحر. ولعل الوجه في السعاية كونها أكثر من الثلث، والوجه في ضمان الشاهدين كونها أكذباً أنفسهما، فكأنهما أقرا بأنهما استهلكا العبد.

(١) المختار أنها يعتقان، ويضمن الشاهدان قيمة الأول، ولا سعاية عليهما. (عامر) (قررو).
ولفظ حاشية: ولو قيل: لا سعاية على الأول؛ لأنه قد غرم الشاهدان، وكذلك لا سعاية على الثاني؛ لأنه يكون من الثلث، وعتق الأول مجبور بما غرم الشاهدان - لم يبعد ذلك، والله أعلم. (سعيد الهبل). ومثله عن سيدنا عامر. يقال: لو كان الشاهدان معسرين أو تعذر تغريمهما هل يسعى العبد ويرجع عليهما؟ لا يبعد ذلك. (شامي) (قررو).
(* قال عَالِيَةً: وذلك لأن كل واحد منهما قد استحق العتق بقيام البينة، لكن ضاقت التركة فلا تسع إلا لواحد منهما، ولا اختصاص لأحدهما باستبداد التركة دون الآخر؛ فلماذا كان الإنصاف ما ذكرناه؛ لأن العتق لا يرد عن مجراه. ويسعى كل واحد منهما بنصف قيمته، ويضمن الشاهدان الراجعان قيمة العبد الذي شهدا به؛ لأنه تلف بفعلها، والضمانان مختلفان، فضايمهما لإتلافهما للعبد، وضمان العبدين لقيام الشهادة بحريتهما وهما أكثر من الثلث. والله در صاحب الكتاب؛ فلقد وافق نظره ما في الانتصار. (بستان بلفظه).

فصل: [في العتق المشروط بغير مال]

يصح تعليق العتق بالشرط، خلاف أحد قولي الناصر^(١)، فإن كان مستقبلاً لم يقع حتى يحصل الشرط، وإن كان ماضياً فإن كان قد حصل وقع العتق في الحال، وإن لم يكن قد حصل لم يقع العتق ولو حصل الشرط من بعد.

فرع: ويعتبر في كون الشرط للمستقبل أو للماضي بنية المعتق^(٢)، فإن لم تكن له نية فلفظه: فإن جاء بإن المكسورة فهي للمستقبل، إلا أن يقول: «إن كان حصل كذا» فهي للماضي، وإن جاء بأن المفتوحة فهي للماضي، فإن كان قد حصل الشرط فيما مضى وقع العتق حالاً، وإن لم يكن قد حصل فقال الأمير الحسين والسيد يحيى: لا يقع العتق، وقال الإمام يحيى والفقهاء يحيى البحيح: بل يقع حالاً^(٣)؛ لأن ذلك للتعليل، كما لو قال: «أنت حر لأنك فعلت كذا» فإنه يعتق ولو لم يكن فعله.

مسألة: من زوج أمته من عبده ثم قال له: «إن ولدت امرأتك غلاماً فأنت حر، وإن ولدت جارية فهي حرة» فولدت غلاماً وجارية عتقاً معاً، لكن حيث يتقدم

(١) قال الإمام يحيى: والعجب من رواية القاضي زيد لما ذكر وكتبه مصرحة بخلاف ذلك، وهو الصحة. (بستان معني).

(٢) لكن ينظر هل يصدق أنه نوى الاستقبال واللفظ للماضي، أو يصدق أنه نوى الماضي واللفظ للاستقبال؟ الظاهر أنه لا يصادق فيما خالف ظاهر اللفظ إلا في الباطن. (قررو). لا في الظاهر إلا أن يصادقه العبد. (قررو).

(٣) هذا إذا كان المعلل ممن يعرف التعليل في الشرط^[١]، فإن كان لا يعرف وأراد الشرط كان شرطاً. (مفتي) (قررو). وقيل: لا فرق. (شامي).
(*) وهو الأزهار في قوله: والمعلل كالمطلق.

[١] في هامش شرح الأزهار: ممن يعرف التعليل من الشروط.

خروج الجارية يعتق الغلام أيضاً^(١)؛ لأنه ولد وقد عتقت أمه، فلو التبس المتقدم في الخروج^(٢) لم يعتق الغلام^(٣)، وقال أبو حنيفة: يعتق ويسعى في نصف قيمته.

مسألة: وإن قال: «إن كان أول ولد تلده امرأتك غلاماً فأنت حر، وإن كانت جارية فهي حرة» ثم ولدت غلاماً وجارية لم يعتق أيهما^(٤)؛ لأن الولد عبارة عن الحمل، فكأنه قال: إن كان أول حمل تلده. قال في بعض نسخ التذكرة: وكذا إذا قال: إن كان أول ما تلده، فجعله كالأول. وإن ولدت غلامين عتق الأب، وإن ولدت جارتين عتقت الأم، خلاف أبي حنيفة. ولا فرق في ذلك بين أن يخرج الولد حياً أو ميتاً.

مسألة: وإن قال: «إن ولدت امرأتك صبياً فأنت حر، وإن ولدت صبياً فهي حرة» ثم ولدت خثى لبسة - عتقا معاً وسعياً^(٥) في نصف قيمتهما؛ لأن الخثى إما صبي أو صببية، وهو يسمى صبي خثى وصببية خثى، فقد حصل الاسم والحقيقة لأحد الأبوين^(٦). والخثى هو من له آلة الذكر وآلة الأنثى أو من ليس له إلا ثقب للبول فقط^(٧).

(١) وإن تقدم الغلام عتق الأبوان فقط. (قرئ).

(٢) أو خرجا معاً في حالة واحدة. (قرئ).

(٣) وذلك لأن الأصل الرق، كمن التبس وقوع شرطه. وحجة أبي حنيفة: أنه عتق في حال دون حال. (بستان).

(٤) وكذا أنثى وخثى أو ذكراً وخثى فلا يقع العتق. (قرئ).

(٥) وإنما صحت السعاية هنا من باب التحويل على من عليه الحق؛ لأنه قد حصل للساعي عوض في مقابلة السعاية، وهو العتق. (صعيتري).

(٦) والآخر عتق باللبس. (قرئ).

(٧) فلو كان له مجرى للغائط فقط فإن هذا لبسة؛ لأنه لا ذكر له ولا فرج امرأة. اهـ. وعند أهل الفرائض هذا لا سيما خثى.

بخلاف ما لو قال: «إن ولدت ذكراً فأنت حر، وإن ولدت أنثى فهي حرة» ثم ولدت خثنى لبسة فلا يعتق أيهما؛ لأنه لا يسمى ذكراً ولا أنثى، فلم يحصل الاسم ولو حصلت الحقيقة لأحدهما. وكذا لو أسقطت^(١) ما لم يتبين هل هو ذكر أو أنثى.

فرع: وإذا قال لأمته: «إن وضعت حملك فأنت حرة» فأسقطت ما لم يتبين هل هو ذكر أو أنثى فإنها تعتق إذا عرف أنه حمل، ويرجع في معرفته إلى النساء الثقات^(٢).

فرع: واسم الولد والحمل يتناول الذكر والأنثى والخثنى والحى والميت والملتبس^(٣) إذا عرف أنه حمل. واسم الصبي يتناول الذكر والخثنى والحى والميت، لا الأنثى والملتبس. واسم الصبية يتناول الأنثى والخثنى والحية والميثة، لا الصبي والملتبس. واسم الذكر يتناول الذكر فقط ولو ميثاً. واسم الأنثى يتناول الأنثى فقط ولو ميثة.

مسألة: من قال: إن كلمت رجلاً اسمه زيد فعبدي حر، وإن كلمت رجلاً اسمه عمرو فجاريتي حرة، ثم كلم رجلاً له اسمان زيد وعمرو^(٤) فإنهما يعتقان معاً^(٥).

مسألة: من قال لعبده وعبد غيره: «أحدكما حر» فقال أصحاب أبي حنيفة وأبو

(١) فلا يعتق أيهما.

(٢) هذا ذكره الشافعي. قال في الكواكب: ولعله يعتبر بقول واحدة ثقة على قولنا كسائر أحكام الولادة. اهـ قلنا: وفيه نظر؛ لأنه لا يتعلق بعورات النساء كما ذلك ظاهر.

(*) ولو واحدة.

(٣) وهو الحمل الذي لا يعرف هل هو ذكر أو أنثى أو خثنى.

(٤) يعني: يسمى بكل واحد منهما منفرداً لا مركباً. (قرئ).

(٥) وذلك لحصول الشرط في حقها معاً. (بستان بلفظه).

مضر: لا يقع شيء، وقال في التفريعات: يعتق عبده^(١)، وسواء كان عبد الغير حياً أو ميتاً. وإن قال لعبده وللجدار: «أحدكما حر» فإنه يعتق عبده. وإن قال لعبده وعبد غيره: هذا حر أو هذا، أو قال لعبده وللجدار: هذا حر أو هذا- فلا يعتق عبده؛ لأن ذلك للتخيير فلا يقع به شيء، كما لو قال: أنت حر أو لا^(٢)، ذكره في التفريعات.

مسألة: إذا قال لعبده: «أنت حر إن شاء الله» عتق إن كان مسلماً عفيفاً^(٣)، لا إن كان فاسقاً؛ إذ لا قرابة في عتقه، ذكره الهادي والناصر والمنصور بالله، وخرج الشيخ عطية من هذا للهادي أن عتق الفاسق لا يجزي في الكفارة. وقال المؤيد بالله: إنه يعتق^(٤) مطلقاً^(٥). وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي: لا يعتق مطلقاً؛ لأن ذلك قطع للكلام عن النفوذ. وهذا اختلاف عرف، فبنى كل على عرفه.

مسألة: من قال لعبده: «أنت حر إن كلمت زيدا بعد عمرو» ثم كلمها والتبس المتقدم^(٦) فلا عتق.

(١) كما تقدم في الطلاق.

(٢) فأما لو شدد كان إقراراً. يقال: ولو شدد أيضاً لم يقع قياساً على قوله: وأمس لا يقع.

(٣) وإلا لم يعتق، هذا مذهب الهدوية، وفيه نظر؛ لأنهم قد صححوا عتق الفاسق في الكفارة وهي قرابة^[١]. (غيث).

(٤) ولعل هذا ما لم يكن في عتقه تقوية على العصيان فلا يعتق.

(٥) قال الإمام يحيى: أو [ولو (نخ)] كافر؛ لأن المقصود به فك الرقاب من الرق وتخليصها عن صفات العبودية بالإعتاق، والله تعالى يريد هذا ويشاؤه، فيقع الإعتاق في الأحوال كلها. وقد مر للإمام يحيى في الظهار خلاف هذا. (شرح بحر).

(٦) قوله: «فلا عتق» وذلك لأن الأصل عدم وقوع الشرط. (بستان).

[١] التذهيب صحيح في محله، أعني في باب الكفارة، وأما هنا فهو يوهم أنه رد على البيان، وهنا غير ما هناك، والفرق ظاهر. (سباع سيدنا علي بن أحمد رضي الله عنه).

مسألة: من قال: «إن فعلت كذا فعبدني حر» ثم أخرجه عن ملكه ثم فعل ذلك فلا شيء عليه، وقال ابن أبي ليلين: يعتق العبد ويرد ثمنه لمشتريه إن كان باعه. قلنا: فإن عاد العبد إلى ملكه^(١) قبل الفعل ثم فعله لم يعتق عندنا، خلاف المنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة.

مسألة: من قال: أول عبد أملكه فهو حر، أو قال: كل ما ملكت في المستقبل من عبد فهو حر - لم يصح ذلك، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة^(٢). وهكذا عندنا في الإقالة قبل البيع لو قال: متى اشتريت منك كذا فقد أقلتك فيه، وكذا في البراء قبل ثبوت الدين لو قال: متى لزمك لي حق فأنت بريء منه - فإنه لا يصح ذلك، ذكر ذلك في الشرح.

فرع: فلو جعل ذلك نذراً - نحو قوله: متى ملكت عبداً فعلي أن أعتقه^(٣) - فإنه يصح، ومتى ملك عبداً لزمه عتقه^(٤). وعلى قول الناصر والباقر والصادق والشافعي يخير بين عتقه أو إخراج كفارة يمين. قلنا: فلو أخرجه عن ملكه لزمه أن يسترده^(٥) ويعتقه، فإن مات العبد قبل أن يعتقه أو أعتقه غيره

(١) بما ليس نقضاً للعقد من أصله. (عامر) (قرئ).

(٢) وحجتهم أنه تعليق على شرط فيعتق بحصول الشرط كما لو قال ذلك لعبده. قلنا: من شرطه الملك عند إيقاع اللفظ؛ للخبر، ولا ملك هنا. (بستان). أما في قوله: «كل ما» فمستقيم على أصلهما، وأما في قوله: «أول عبد» فينظر فيه.

(٣) فلو ملك عبيداً في حالة واحدة فهل يلزم عتق الكل؛ لأن النكرة تعم؟ لا تعم إلا في سياق النفي. وفي حاشية: القياس يعين أحدهم. (سيدنا يحيى بن جابر الله ﷺ). يعني: يلزم أن يعتق أحدهم.

(٤) وذلك لقوله تعالى: ﴿يُؤْفُونَ بِالَّذِينَ﴾ [الإنسان: ٧]. وستأتي في النذور حجة المخالف والرد عليه. (بستان).

(٥) قال القاضي عبدالله الدواري: بما قل أو كثر ما لم يخش ضرراً. (ديباج). وفي حاشية: بما لا يجحف. (قرئ). وإذا تعذر عليه استرجاعه ممن اشتراه فقال في الشرح: إنه يشتري

لزمه كفارة يمين لفوات النذر^(١)، بخلاف ما إذا مات السيد قبل يعتق العبد فإنه يلزم الوارث^(٢) إعتاقه كسائر ما على الميت من النذور^(٣).

فرع: وإذا ملك عبداً ثانياً وثالثاً فهل يلزمه إعتاقهم؟ لعله يأتي على الخلاف في لفظة «متى» هل تقتضي التكرار أم لا.

مسألة: من قال لعبد غيره: «الله علي أن أعتقك» لم يصح؛ لأنه نذر بما لا يملك نذراً مطلقاً فلا يصح؛ بخلاف ما إذا كان النذر معلقاً بشرط^(٤) ثم حصل الشرط بعد أن ملك العبد فإنه يصح النذر، وكذا^(٥) إذا قال: متى ملكت عبداً فلله علي أن أنذر به^(٦)، وبخلاف ما إذا قال: ما تلده أمتي فهو حر أو نذر، أو قال: ما تلده فرسي أو ما تغله أرضي فهو نذر - فإن ذلك يصح سواء جاء به مطلقاً أو مشروطاً؛ لأنه قد ملك سببه.

مسألة: من قال لعبده: «إن قتلت أنت فلاناً فأنت حر» ثم قتله العبد فإنه يعتق، قال الفقيه حسن: ويلزم سيده من الدية إلى قدر قيمة العبد^(٧)، وقال

مثله ويعتقه، وهو محتمل للنظر. (كواكب).

(١) قلنا: ظاهر هذا ولو قبل تمكنه من العتق فينظر، وقد نقل عن الكواكب في المنذور بإهدائه: بعد التمكن فليحقق. (مفتي).

(٢) حيث لا وصي.

(٣) ولا يحتاج إلى وصية.

(٤) مضافاً إلى ملكه كما في الأزهار، نحو قوله: إن اشتريتك فلله علي أن أعتقك، فمتى ملكه بالشراء لزمه عتقه.

(٥) لعل هذا عطف على أول المسألة فلا يصح، ويحتمل أنه عطف على ما يصح، وهو الأولى. (من بيان حثيث).

(٦) فإن مات بعد أن ملك عبداً قبل النذر به هل ينذر عنه الوصي أو الوارث أو تلزمه كفارة يمين؟ قال حثيث: قلنا: ينذر عنه؛ إذ قد صار واجباً عليه في المال ابتداء.

(٧) قوله: «إلى قدر قيمة العبد» وذلك لأنه استهلك العبد بعتقه. وحجة الفقيه يوسف: أن

الفقيه يوسف: بل تلزمه الدية كلها؛ لأن العتق باختياره، فيكون وارث المقتول مخيراً بين قتل العبد وبين طلب الدية من العبد أو من سيده، وأيهما سلمها لم يرجع على الثاني^(١).

فرع: فإن قال له: «إن قتلت فلاناً بعد موتي فأنت حر» ثم قتله بعد موت سيده بقليل أو كثير ما دام على ملك الورثة فإنه يعتق من ثلث تركة الميت^(٢)، وعلى قول المنصور بالله والزوائد والتفريعات وأبي حنيفة لا يعتق^(٣). قلنا: ويخير وارث المقتول بين قتل العبد أو طلبه بالدية أو طلب ورثة السيد بالدية، فيدفعونها إليه من تركة الميت إن خرجت من ثلثه، وإن زادت وجب قدر قيمة العبد يوم القتل من رأس مال السيد؛ لأنه استهلك العبد بعثقه بعد جنايته، والباقي يكون من ثلث باقي التركة، وما زاد عليه يكون ديناً في ذمة العبد كسائر الديون، فلا يسعى فيه، فإن كان السيد لا يملك سوى العبد عتق^(٤) وسعى في

العتق وقع بعد القتل بسبب من السيد مع علمه بالقتل، فهو باختياره. (بستان بلفظه).

(١) هلا قيل: كالمضمون والمضمون عنه، ولا يبرأ العبد إلا بتسليم السيد، يحقق. (مفتي). وقد أوجب عنه بأنه كضمانه التبرع. (منقولة عن السحولي) (قررو).

(٢) حيث عرف من قصده الوصية. (قررو).

(٣) حيث لم يعرف من قصده الوصية. (قررو).

(*) لأنه قد انتقل الملك إلى ملك الورثة قبل حصول الشرط بعد موت السيد. والمختار أنه إن قصد الوصية عتق العبد، وإلا فالمختار كلام المنصور بالله ومن معه.

(*) ورجح في بعض الحواشي هذا القول، قال: لأن العلة في هذه إنما هي يمين محضة؛ لاشتغالها على الشرط والجزاء. (تهامي). وفي البحر: فرع: فإن قال: «إن دخلت الدار بعد موتي» فتعليق لا تدبير؛ إذ التدبير ما علق بالموت وحده، فيعتق بالدخول وصية. وهذا يرجح القول الأول. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٤) يقال: عتقه وصية، والدين مستغرق، فلم عتق؟ ينظر. يقال: السيد مات ولا دين عليه، وإنما لزمه بعد موته بالسبب. (شامي). كحافر بئر في طريق المسلمين. (كواكب معني).

قدر قيمته؛ لأنه وجب على سيده، لكنه معسر فيسعى عنه العبد، وباقي الدية يكون ديناً في ذمته.

مسألة: من قال لأمته: أنت حرة الآن إن صليت الظهر صلاة صحيحة كاشفة رأسك، أو لم يقل: كاشفة رأسك - فلا تعتق حتى تصلي الظهر كما ذكر^(١)؛ لأنه لا يتقدم المشروط على شرطه. ويأتي على قول من صحح مسألة التحسيس أنها تعتق في الحال حيث لم يشرط كشف رأسها، لكنه لا يتبين العتق إلا بالصلاة، لا حيث شرطه فلا عتق؛ لأن الصلاة لا تصح مع وقوع العتق وكشف رأسها إلا عند العذر. وقال أصحاب الشافعي: لا يقع العتق لا قبل الصلاة ولا بعدها^(٢).

فرع: فأما الكاشف فيصح، وليس فيه تقدم للمشروط على شرطه، وهو نحو قوله: أنت حرة قبل أن تصلي الظهر صلاة صحيحة^(٣)، فمتى صلته صلاة

ويمكن الفرق بين الاستغراق الحقيقي من قبل الموت والحاصل من بعد فينظر.

(١) وذلك لأنه جعل صلاتها كاشفة لرأسها شرطاً في عتقها، فلا تعتق حتى يحصل الشرط، ويبطل قوله: الآن^[١]؛ لأنها لو عتقت الآن أدنى إلى تقدم المشروط على شرطه، وهو لا يصح على الأصح، كما ذكره فيمن قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، فلا تطلق حتى يجيء غد. (بستان بلفظه).

(٢) وحجة أصحاب الشافعي أنه جعل الوقوع متقدماً على حصول الشرط، وهو لا يصح الإيقاع في وقت متقدم. (بستان بلفظه).

(*) قوي، واختاره السحولي والفلكي، قال الشامي: وهو المناسب للقواعد.

(*) قوي فلكي، وذهب عن السحولي، وقواه الشامي.

(٣) ولم يقل: كاشفة رأسك.

[١] ينظر ما وجه إلغاء الآن؟ فالقياس أنه من التحسيس فلا يصح العتق، والله أعلم. وقد روي عن القاضي صارم الدين إبراهيم بن يحيى أنه من التحسيس فلا يقع. والله أعلم بالصواب.

صحيحة تبين وانكشف أنها عتقت من وقت اللفظ؛ لأنه علق عتقها بظرف ممتد -وهو قبل صلاتها- فيتعلق بأوله، لكن هل يجوز له وطؤها قبل حصول الكاشف؟ لعله يعتبر بظنه^(١)، فإن غلب بظنه أنه يحصل لم يجز له، وإن لم يحصل له ظن جاز وكره، فلو وطئها ثم تبين عتقها لزمه مهرها^(٢).

فرع: فإن قال: «قبيل صلاتك» لم تعتق إلا في الوقت الذي تعقبه الصلاة، وكذا إذا نوى ذلك في قوله: قبل صلاتك^(٣)، وهكذا في قوله: قبل قدوم زيد أو قبيله، وإن قال: قبل موت زيد وقع في الحال^(٤).

فرع: فإن قال لأتمته: «أنت حرة قبل صلاتك صلاة صحيحة كاشفة رأسك» لم يقع العتق قبل الصلاة ولا بعدها؛ لأنه لو وقع قبلها لم تصح صلاتها كاشفة رأسها، وإذا لم تصح صلاتها لم يصح عتقها، إلا حيث يكون لها عذر في كشف رأسها حال الصلاة فتصح ويتبين وقوع العتق من قبلها.

مسألة: من قال: «إن بعث عبدي فهو حر» أو «إن بعث ثوبي فهو صدقة^(٥)»

() يعني: ولم يقل: كاشفة رأسك، فمتى صلت ساترة لرأسها أو كاشفة عند العذر تبين وانكشف بالصلاة أنها عتقت عقيب كلامه، وإن صلت كاشفة لغير عذر صحت صلاتها ولم تعتق؛ لأنها لو عتقت لم تصح صلاتها، وإذا لم تصح لم تعتق، فهذه صورة الكاشف كما ترى؛ لأنه لم يجعله مشروطاً، بل علق العتق بما قبل الصلاة، وهو ظرف ممتد، فيقع في أوله. فأما إذا شرط في صلاتها كشف رأسها فليس بكاشف، ولا يقع العتق -كما ذكره في الفرع الثالث- إلا حيث لها عذر في الكشف. (بستان).

(١) يقال: بقاء الملك متيقن، وعدم الشرط كذلك، فما وجه التحريم؟ ولعله يقال: ليس كذلك؛ لأن هذا مع التباس وقوع الشرط، فيعمل بالظن.

(٢) ولحقه النسب. (قرر).

(٣) مع المصادقة في قبل أنه أراد به قبيل. (قرر).

(٤) لكونه مقطوعاً بحصوله كما تقدم في الطلاق في شرح الأزهار. (سباع).

(٥) أراد بالصدقة هنا النذر، لا التملك فهو لا يصح تعليقه بشرط. (بستان بلفظه) (قرر).

ثم باعه صح البيع ولم يقع العتق والصدقة^(١)، لكن قال الهادي: وعليه أن يستقبل فيه أو يشتريه ثم يعتقه، فإن لم يمكنه اشترى مثله وأعتقه. فحملة أبو العباس على ظاهره، وهو الوجوب، وحملة المؤيد بالله وأبو طالب على الاستحباب^(٢). وهو الأصح. وعند الناصر ومالك والشافعي أنه يقع العتق أو الصدقة عقيب البيع ويبطل البيع؛ لأنهم يثبتون خيار المجلس^(٣). وأما على قول المؤيد بالله: إن الشرط والمشروط يتقارنان فيبطل البيع والعتق أو الصدقة؛ لأنه إذا صح أحدهما بطل الثاني فيتمانعان^(٤)، ويكون ذلك حيلة في امتناع البيع. ويأتي على القول الضعيف للهادي وأبي حنيفة أنه يقع الحنث بالاسم وحده، فيقع العتق والصدقة عقيب البيع^(٥) ويبطل البيع.

فرع: وكذا لو باعه فاسداً لم يقع العتق والصدقة قبل قبضه؛ لعدم صحة بيعه، ولا بعد قبضه؛ لخروجه عن ملكه، إلا على القول الضعيف فيقعان عقيب البيع. وهكذا إذا باعه بخيار^(٦) مدة معلومة فلا يعتق؛ لأنه قبل انبرام البيع لم يحصل الشرط، وبعد انبرامه قد خرج عن ملكه.

(١) قال الدواري: وفي هذه المسألة ونظائرها مندوحة وسلامة عن لزوم حكم النذر في كثير من محاورات أهل المعاملات في الأسواق وغيرها، فإن الواحد منهم يقول: هذا الشيء صدقة إن بعته أو إن بعته من فلان أو إن بعته إلا بكذا، فإذا باعه ممن ظن أنه لا يبيعه منه أو نحو ذلك لم يكن صدقة؛ لأن الشرط حصل وقد خرج من ملكه. (تكميل) (قرر).

(٢) لأنه يستحب الوفاء بالنذر في القرب. (بستان معني)^[١].

(٣) هذا يستقيم إذا كانوا يعلقون الحنث بالاسم، وإلا فلا، فتأمل. (شامي).

(٤) قوي على أصلهم. (تهامي).

(٥) يعني: عقيب قول البائع: «بعت» قبل قول المشتري: اشتريت. (بستان).

(٦) ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما.

[١] لفظ البستان: لأنه إيفاء بالوعد فيها نواه من القرية.

مسألة: وإذا قال أحد شريكين في عبد: «متى بعث نصيبك فنصيبك حر» ثم باع الثاني نصيبه فيه فإنه يعتق ويبطل البيع^(١)؛ لتلف المبيع قبل قبضه، قال الفقيه حسن: ويضمن المعتق للبائع قيمة نصيبه إن كان موسراً، وإن لم سعى العبد. وقال الفقيه يوسف: لا يضمن له إذا كان قد علم^(٢) بإعتاق شريكه هذا، بل يسعى له العبد؛ لأنه إذا باعه مع علمه بذلك فكأنه قد رضي بعقده؛ كما لو باع بعض عبده من ذي رحم للعبد. وإن باع الشريك هذا نصيبه من العبد في يده رهناً أو إجارة صح البيع والعق؛ لأنه لا يحتاج إلى قبض، ويضمن المعتق للمشتري قيمة نصيبه^(٣).

فرع: فإن قال: «متى بعث نصيبك فنصيبك حر قبل^(٤) بيعك» أو «قبيله» فإنه

(١) يقال: قد بطل البيع هنا فهلا تبين أن العتق لم يقع، اللهم إلا أن يقال: البطان [العتق (نخ)]، رافع لا كاشف كما تقدم لصاحب المعيار. (شامي).

(٢) هذا يأتي على قول الفقيه محمد بن سليمان في اشتراط العلم، ويأتي على قول الفقيه حسن أنه يسقط الضمان ولو جهل كما تقدم في الرحم أو ما الفرق بين هذا وبين ما تقدم؟ (* وكلام الفقيه حسن قوي، وهو الذي نختاره، ولا يقال: قد تقدم له ما يخالفه فيمن باع بعض عبده إلى رحم للعبد؛ فالذي هناك العتق وقع من جهته باختياره مع تمكنه من بيعه إلى غيره، بخلاف ما هنا، وإلا أدى إلى منعه عن التصرف ببيع نصيبه، فافترقا. (ساع شيخ).

(٣) يقال: هل المشتري اشتراه وهو عالم بالحال أم لا؟ فإذا لم يعلم فهذا عيب يرد به [له الرد به (نخ)] لو لم يعتق، لكن قد عتق بسبب متقدم من عند البائع، فهلا رجع بالثمن على الخلف فيمن قتل بسبب متقدم أو يضمن^[١] المعتق للبائع. (من بيان حثيث).

(٤) بناء على إلغاء قبل وقبيل، لكن ينظر ما وجه إلغاء ذلك؟ والقياس أن هذا من باب التحيس فلا يصح العتق ويصح بيع الشريك. وقد نظر المسألة في الرياض؛ لأن فيه تقدم المشروط على شرطه، قال: لكن قد قلنا: إذا قال: «أنت حر الآن إن صليت الظهر صلاة صحيحة كاشفة رأسك» عتقت عقيب الصلاة، وكان القياس هنا أن يقع العتق المعلق عقيب البيع الناجز، هذا معنى ما ذكره الخالدي في تعليقه على التذكرة. اهـ قد اختير فيما تقدم قول أصحاب الشافعي، وهو عدم العتق؛ لتقدم المشروط على شرطه، فيكون هنا كذلك. (قررو).

[١] وفي بعض الحواشي: «ويضمن» من غير ألف.

يصح البيع ويقع العتق بعده، ثم يبطل البيع؛ لتلفه قبل قبضه كما مر، إلا على قول من صحح التحسيس وأجاز تقدم المشروط على شرطه فلا يصح البيع ولا يقع به عتق؛ لأنه لو صح البيع وقع العتق قبله وبطل البيع، وإذا بطل البيع بطل العتق.

فرع: فلو قال: «نصيبي حر حال بيعك لنصيبيك» أو «قبله» فإنه يتمانع فلا يقع أيها^(١)، إلا على القول الضعيف: إنه يعتبر بالاسم فقط فيقع العتق ويبطل البيع.

مسألة: فإن قال أحدهما: «متى أعتقت نصيبك فنصيبي حر» فمتى أعتق الثاني نصيبه وقع العتق المشروط حال وقوع العتق الناجز، فيكون كل واحد منهما معتقاً لنصيبه في حالة واحدة ولا سراية فيه^(٢)، إلا إذا قال: «متى عتق نصيبك فنصيبي حر» فإنه يقع الناجز أولاً ثم المعلق عقبيه حال السراية^(٣)، فتتفق السراية إلى نصيب هذا المعلق وإعتاقه له في حالة واحدة، فلا يجب ضمان على المعتق الأول للثاني^(٤)؛ لأن تعليق عتق نصيبه بإعتاقه أولى من تعليقه بالسراية؛ لأنه أقوى منها ومتفق عليه^(٥)، وقال في الانتصار والحفيظ: يجب الضمان على المعتق الأول—وهو الناجز—إن كان موسراً، وإلا سعى العبد للثاني.

مسألة: وإذا قال لشريكه: «نصيبي حر قبيل عتق نصيبك» فمتى أعتق

(١) لأنه لا شرط فيه ولا مشروط، بخلاف ما قبله.

(٢) لأن الشرط هنا هو اللفظ بالعتق، فيقع عقبيه، وهو حال العتق، وليس الشرط مصيره حرّاً. (من بيان حثيث). لأن الشرط هنا هو وقوع اللفظ، لا بالحكم وهو العتق، فلا يتوهم أنه على أصل المؤيد بالله ﷻ.

(٣) والشرط في هذا مصير نصيب المعتق الناجز حرّاً، فلذا وقع عقبيه.

(٤) ولا سعاية على العبد.

(٥) وفي السراية خلاف.

الشريك نصيبه تبين أنه قد عتق نصيب الأول حال لفظ الشريك^(١) بالعتق، ثم يسري إلى نصيب الشريك في حال وقوع عتقه، فيعتق نصيبه بالناجز^(٢) ولا يجب ضمان^(٣).

فرع: فإن قال الأول: «قبيل إعتاقك لنصيبك» اقتضى أنه يقع الأول قبيل لفظ الثاني ثم يسري إلى نصيب الثاني في حال لفظه، فلا يقع العتق الثاني، وهو الناجز، وإذا لم يقع لم يقع الأول أيضاً؛ لأننا نعتبر حصول الاسم والحكم في الشرط، فيتمانع العتقان^(٤) معاً. وعلى القول بأنه يعتبر في الشرط حصول الاسم فقط يقع العتق الأول ويسري إلى نصيب الشريك ويضمنه له، ولا يقع الناجز.

مسألة: وإذا قال أحدهما: متى مات شريكي فنصيبي حر، وقال الثاني: متى متُّ فنصيبي حر - فقال في الانتصار: إنه يعتق عقيب موته بإعتاقها معاً؛ فلا يجب ضمان. وفيه نظر، والأقرب أن الذي علق عتق نصيبه بموته قد دبره وصار العبد مدبراً له، فقد استهلك نصيب شريكه ويضمنه له^(٥).

(١) ويفرق بين هذه وما بعدها بأن هنا قال: قبيل عتق، والعتق مرتب على اللفظ، فكان القبيل هو حالة اللفظ. والثانية قبيل إعتاقك، وهو لفظه بالعتق، فيكون قبيل اللفظ، فاقضى ما قاله.

(٢) والقياس أنه لا عتق؛ لأنه لا قبل لغير واقع، فأشبهه أنت طالق قبيل أن أطلقك. (سحوي). وفي الكواكب أن هذه مستقيمة على المذهب، وإنما التمانع حيث أتى بحرف الشرط. (٣) ولا سعاية. (قرر).

(٤) ويكون هذا حيلة في منع الشريك من العتق. (قرر).

(٥) وكلام الوالد كما ترى، ومثله ذكر المهدي عليه السلام. (بستان بلفظه).

(*) من حين إنشاء التدبير؛ لأنه وقت الاستهلاك. (تهامي).

(*) ولا سعاية عن المعسر؛ لأنه لا يصير إلى يد نفسه في الحال، فيضمنه المستهلك. (بحر).
فيباع قبل الموت لقضاء الدين.

مسألة: من علق عتق عبده بشرط جاز له بيعه وهبته قبل حصول الشرط ولو قصد الحيلة في بطلان العتق، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب، وقال أبو العباس: يجوز ذلك إلا حيث الشرط حصول نعمة أو زوال بلية وجعل العتق شكراً عليها فإنه يكون كالمدبر لا يجوز بيعه إلا لضرورة. وهو ظاهر إطلاق الهادي.

مسألة: إذا قال: «إن خدمتني سنة فأنت حر» ثم مات السيد قبل كمال السنة أو بعد كمالها وقبل تمام الخدمة فإنه يبطل العتق^(١)، وقال مالك: إنه يخدم ورثته إلى كمالها ثم يعتق. وهكذا إذا قال: «إن خدمت زيدا سنة فأنت حر» ثم مات زيد قبل كمالها. وكذا إذا قال: «إن أعطيتني ألفاً فأنت حر» ثم مات السيد قبل تمام الألف.

مسألة: إذا قال: «أخدم أولادي في هذه الضيعة عشر سنين^(٢)»، فإذا مضت هذه السنون فأنت حر» فهي على وجهين: الأول لا احتمال فيه، وهو حيث يقول: إذا مضت عشر سنين تخدمهم فيها، أو إذا خدمتهم في عشر سنين، فلا يقع العتق حتى تحصل الخدمة والسنون جميعاً، وإن مات السيد قبل كمال أحدهما^(٣) بطل العتق إلا أن يضيفه إلى بعد موته أو يعرف ذلك من قصده^(٤). والثاني يحتمل، وهو إطلاق المسألة^(٥)، فإن تصادق العبد والسيد أو ورثته بعده

(١) لبطلان شرطه كسائر المشروطات. (بستان).

(٢) وتكون الخدمة بين الورثة من الأولاد على الرؤوس، وكذا بين أولاد الأولاد على الرؤوس أيضاً. (قرير).

(٣) لا يتصور كمال الخدمة قبل كمال السنين، بخلاف العكس.

(٤) الظاهر أن المسألة جميعها لا تستقيم إلا بهذا؛ لأنه لو كان من باب التعليق بطل بموت السيد كما ذكر؛ لخروجه عن ملكه، وقد ذكر معناه في البحر والغيث.

(٥) وهو المذكور في صدر المسألة، وهو قوله: اخدم أولادي.. إلخ.

على أنه أراد السنين دون الخدمة لم يعتق حتى تمضي ولو لم يخدم^(١)، وإن تصادقوا على أن المقصود الخدمة دون السنين لم يعتق حتى يخدمهم ولو مضت السنون، ولا يعتق بهبتهم الخدمة له^(٢)، وإن مات السيد قبل كمالها بطل العتق إلا أن يضيفه إلى بعد موته، وإن تصادقوا على أنه قصدهما معاً لم يعتق حتى يحصل جميعاً، وإن لم يتصادقوا على قصده أو عرف ثم التبس فإن مضت عشر سنين وخدمهم فيها في الضيعة التي ذكر السيد عتق وفاقاً، وإن خدمهم في العشر السنين في غير الضيعة المعينة عتق عندنا، خلاف بعض الحنفية وبعض الشافعية، وإن مضت السنون ولم يخدمهم فيها الكل فقال المؤيد بالله: إنه يعتق^(٣)، وإن العبرة بالسنين لا بالخدمة، وذكره الفقيه يحيى البحيح لأبي طالب، وهو الأصح، وذكر ابن الخليل لأبي طالب أن العبرة بالخدمة، فلا يعتق إلا بعدها؛ لأنه قال أبو طالب: إذا وهبوا له الخدمة كلهم عتق ولو لم تمض السنون، وإن وهب بعضهم دون بعض لم يعتق حتى يخدم من لم يهب وتمضي السنون كلها، وقال أيضاً: إذا باع الأب الضيعة التي قال: يخدمهم فيها بطلت الوصية^(٤)، وإن

(١) قيل: ولا يغرم أجره ما فوت هنا. هذا كلام الفقيه علي، قال في البحر: قلت: وهو قوي. واختاره في الكواكب والأثمار، وقواه الذماري. وظاهر الأزهار فيغرم أجره ما فوت. (شامي).

(٢) الأزهار: فيعتق بهبة جميعها لا بعضها. وهذا حيث لم يحصل تصادق على قصد الخدمة، وينظر هل الحكم واحد ويعتق بالهبة على أصلنا مع التصادق كما يعتق على أصل أبي طالب مطلقاً أو ما الفرق؟ ويمكن الفرق بأنه حيث قصدت الخدمة فهي الشرط، فلا يقع العتق إلا به ولو وهبت؛ لأن الهبة بمثابة تعجيل الشرط، وهو لا يصح. (شامي) (قرر).

(*) لأن الخدمة شرط للعتق. (كواكب).

(٣) ويغرم أجره ما فوت. (قرر).

(٤) وعليه الأزهار بقوله: بطل بيعة أحدهما.

باعها أولاده بعد موته حيث أضاف إلى بعده^(١) لم تبطل الوصية^(٢).

فرع: وإذا امتنع العبد من الخدمة أو تعذرت عليه حتى مضت السنون فإنه يعتق على قول المؤيد بالله ولا شيء ^{قوي} على العبد^(٣): لأنه لا يغرم لسيده ما فات من خدمته، وقال السيد يحيى ومحمد بن الحسن: إنه يغرم للأولاد أجرته^(٤) فيما فات^(٥) من خدمته لهم، وقيل^(٦): إنه يضمن قيمته لهم.

فرع: وإذا وهب بعض الأولاد نصيبه من الخدمة للعبد صح وكانت إباحة يصح الرجوع فيها فيما يستقبل^(٧) لا فيما مضى، ويخدم الباقي ويحاصصهم

(١) أو عرف من قصده. (قررو). ولا يصح بيع الورثة لا للضيعة ولا للعبد حيث عرف من قصده تعلق الخدمة بالضيعة؛ لتعلق حق العبد بها. (قررو).

(٢) وعليه الأزهاري بقوله: لا الورثة.

(*) وخدمهم في غيرها، إلا أن يعرف من قصده خدمتهم في الضيعة لم يصح بيعهم لها، كما لو باعوا العبد فلا يصح بيعهم له، ذكره في الوابل وغيره.

(٣) قلت: وهو الأظهر. (بحر).

(٤) وعليه الأزهاري بقوله: فيغرم أجره ما فوت.

(*) تبقى ديناً ولا تلزمه السعاية. (قررو).

(*) فإن قيل: إنه قد لزم العبد ضمان لسيده، وهو لا يلزم العبد لسيده دين - فالجواب أنه لما

كان لا يصح منهم إبطال عتقه ببيع أو نحوه صار كأنه غير مملوك لهم. (عامر). لكن

يقال: يلزم عليه لو استهلك شيئاً من أموالهم أن يضمن، وهو لا يضمن، فينظر. (مفتي).

(٥) حيث العبد المفوت لها، لا لو فاتت لمرض فلا يجب عليه شيء، وهو اختيار الإمام شرف

الدين. (قررو).

(٦) أحمد بن حميد المحلي، وهو مروى عن السيد يحيى أيضاً. (بستان).

(٧) هذا كلام الفقيه يحيى البحيح^[١]، قال الإمام المهدي عليه السلام: وفيه نظر، بل لا يصح؛ لأن

الهبة جارية مجرى الإسقاط؛ لأن الخدمة متعلقة بذمته لأجل الوصية، وما تعلق بالذمة

صح إسقاطه. (غيث).

[١] قوي على كلام القليل الذي في الأزهاري.

بالأيام والشهور لا بالسنين، قيل: لأنه أصلح، وقيل: لأنه يؤدي إلى أن يعتق قبل كمالها، ذكره في الشرح، ولعله حيث يبدأ في المهياة بخدمة الأولاد، لكنه يلزم مثله في الشهور والأيام أيضاً. وكذا إذا وهب الخدمة لغير العبد أو وهب منافع أرضه أو داره لغيره فهي إباحة لا تمليك؛ لأن ذلك معدوم، بخلاف ما إذا وهب للأجير خدمته أو منافعه فذلك إسقاط محض؛ لأنها دين عليه، فلا يصح الرجوع فيه.

فرع: قال الفقيه محمد بن سليمان: وتكون نفقة العبد في مدة خدمته على من يخدمه، وفي مدة الهبة على نفسه، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل هي كلها عليهم كلهم^(١)؛ لأنه عبدهم.

فرع: وإذا مات العبد قبل كمال السنين وقد كان كسب مالا في مدة الهبة فقال السيد يحيى: إنه يكون للواهب^(٢)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه يكون لهم الكل؛ لأنه مملوك لهم.

فرع: وإذا قتل العبد أو جني عليه كانت القيمة أو الأرش للأولاد كلهم، وإن جنى العبد على غيره كانوا مخيرين بين تسليمه بالأرش ولو كره وتبطل الوصية^(٣) وبين تركه وتبقى الوصية على حالها ويدفعون الأرش بالغاً ما بلغ، فإن كان الأرش دون قيمته على حاله هذا خيروا بين دفع الأرش أو تسليم بعض

(١) على أصل أبي طالب.

(*) وعليه الأزهار في القيل وحكم الرق باق للواهب.

(٢) إلا ما أحياه أو وهب له فلهم الكل.

(*) على أصل أبي طالب، وعليه الأزهار.

(٣) وكذا في المؤجر تبطل الإجارة إن سلمه السيد، ذكره في الرياض في كتاب الوصايا.

(قرر).

العبد بقدر الأرش^(١)، ومتى مضت السنون عتق ولا سعاية عليه، ولا ضمان على الأولاد للمجني عليه؛ لأنه لا يملك منه إلا ما كان يملكه الأولاد.

فرع: وليس للأولاد بيع العبد ولو رضي؛ لأن في عتقه حقاً لله تعالى^(٢) وللموصي، وقال السيد يحيى: إذا رضي جاز وبطل عتقه.

فرع: وإذا أعتقه بعض الأولاد عتق وضمن المعتق للباقيين نصيبهم من قيمته على هذه الصفة، لا من الخدمة، وإن كان معسراً سعى العبد في ذلك، ويكون ولاؤه لمعتقه^(٣)، بخلاف ما إذا عتق بمضي السنين أو الخدمة فإنه يكون ولاؤه لعصبة مولاه.

فرع: وإذا مات الأولاد قبل كمال السنين فقال في التذكرة والحفيظ: إنه يخدم أولادهم^(٤) باقي المدة ثم يعتق، وقال السيد يحيى: إنه يخدم ورثتهم^(٥) ثم يعتق،

(١) بل يسلمون العبد جميعه أو كل الأرش، وهو ظاهر الأزهار فيما يأتي في الجنايات في قوله: ويخير مالك عبد جنى.. إلخ.

(*) هذا على اختيار المصنف في تسليم البعض. هنا وفي الجنايات.

(٢) ولعله يقال: إن في عتقه حقاً للموصي فلا يجوز إبطاله، ولا يعلل بأن فيه حقاً لله؛ لأنه يتقضى بالعتق المعلق على شرط. (كواكب). لأنه لا يصح بيعه إذا علل بأنه حق لله.

(٣) فقط. (شرح بهران).

(٤) فإن لم يكن للأولاد أولاد بطل العتق. (شرح فتح). ويبقى مملوكاً للورثة أو لبيت المال. (هامش شرح أزهار).

(٥) الذي في شرح الأزهار عن السيد يحيى: إن مات الأولاد عتق بخدمة أولادهم، فإن كان ورثة الأولاد من غيرهم قال: فيحتمل أن يعتق بخدمة الورثة^[١]؛ لأنه قد أوصى بالخدمة لأولاده فتورث عنهم، قال: فإن لم يكن لهم ورثة لم يعتق^[٢]، قال عليه السلام: ويحتمل أن الخدمة تصير لبيت المال، فيأمره الإمام بالخدمة لمصرف بيت المال ثم يعتق.

[١] وقيل: لا يعتق، بل يبقى مملوكاً لسائر الورثة.

[٢] بل يبقى مملوكاً لبيت المال. (قررو).

وقال الفقيه يوسف: إنه يبطل العتق إن عرف أن الموصي قصد الخدمة أو لم يعرف قصده على قول أبي طالب؛ لأنه فات الشرط، وإن عرف أنه قصد السنين أو لم يعرف قصده على قول المؤيد بالله عتق بمضيها. وكذا إذا مات بعض الأولاد.

مسألة: من قال لعبده: «إذا خدمتني أياماً كثيرة» أو «أكثر الأيام فأنت حر» فإنه يعتق إذا خدمه سنة^(١)؛ لأنها أكثر الأيام، فيعمل بالمتيقن^(٢) في الكثرة على قول الهادي، وعلى قول المؤيد بالله أربعة أيام؛ لأنها أقل الكثير، وأكثره لا حد له. وقال أبو حنيفة: عشرة أيام^(٣)، وقال أبو يوسف ومحمد^(٤): سبعة أيام. فإن قال: «إذا خدمتني أياماً قليلة» عتق بخدمته ثلاثة أيام؛ لأنها أقل الجمع. وعلى قول أبي العباس وأحد قولي المؤيد بالله: إن أقله يومان، فيعتق بخدمته فيهما.

فإن قال: «إذا خدمتني أياماً» فقال المؤيد بالله: يعتق إذا خدمه ثلاثة أيام^(٥)،

فإن مات من الأولاد واحد أو نحوه—وهم ثلاثة—ولا أولاد له هل يسقط نصيبه من الخدمة أو يستحقها أخواه؟ الأقرب ذلك. وظاهر الأزهار في قوله: «فأولاده فقط» أنه يبطل العتق في هذه الصورة. (شامي).

(١) ولو متفرقة. (قررو).

(*) قيل: وكذا «أكثر الشهور» يحتمل أنه لسنة. وقيل: سبعة أشهر. (قررو).

(٢) والرق ثابت بيقين فلا يرتفع إلا بها، وما زاد عليها لا يقال له: أيام، بل يقال له: سنة، وكذا من الشهور والأيام. (شرح بهران).

(٣) بناء على أصله؛ إذ اعتبره الشرع في مواضع: في صوم التمتع، وأقل الطهر وأكثر الحيض. (شرح بحر).

(٤) وحجة أبي يوسف ومحمد: أن الأسبوع أقل ما قيل؛ فكان مجمعاً عليه. لنا ما مر، ولا نسلم الإجماع. (بستان).

(٥) لأنها أقل الجمع. وحجة القاضي زيد أنا لو قلنا: يعتق لثلاث لم يحصل فرق بين قوله:

وقال القاضي زيد: عشرة أيام^(١).

فإن قال: «إذا خدمتني الأيام» عتق بخدمته سبعة أيام^(٢)، وقال أبو حنيفة: عشرة أيام. وهكذا في قوله: إذا مضت أيام أو الأيام أو نحو ذلك فهو كما مر.

مسألة: وإذا قال: «إن أكلت هذه الرمانة أو هذا الرغيف فأنت حر» عتق بأكله كله، لا ببعضه إلا أن ينويه^(٣). قال المنصور بالله: وكذا في قوله: «إن شربت هذا الماء» أو «اللبن» إذا كان يمكنه شربه كله، وإن كان لا يمكنه عتق ببعضه^(٤).

فرع: وإن قال: «إن أكلت رمانة» أو «رغيفاً» ثم أكل نصف رمانة وثلاث أخرى وسدس أخرى عتق ولو اختلفن في الكبر والصغر، إلا أن ينوي رمانة

أياماً، وبين قوله: أياماً قليلة، فوجب أن يعتق بعشرة أيام. قال في الغيث: قلنا: وهذا فرق ضعيف. والمؤيد بالله يفرق بينهما من وجه آخر، وهو أنه إذا قال: «أياماً» صدق إن ادعى عشرة أيام فما دونها إلى الثلاث، وإذا قال: «قليلة» لم يصدق إن ادعى أكثر من الثلاث. (شرح بهران).

(١) ولو مفرقة وغير مرتبة. (قررو).

(٢) وهل يشترط التوالي أم لا؟ قيل: يشترط، وقيل: لا يشترط، ويشترط الترتيب في الأيام. (*) وذلك لأنها الأيام المعهودة. (بستان).

(٣) لأن لفظ البعض يطلق على الكل مجازاً، مثل قوله تعالى: ﴿يَجْعَلُونَ أَصَابِعَهُمْ فِي آذَانِهِمْ﴾ [البقرة: ١٩]، فسمى البعض بالكل. (سماع).

(٤) وعن سيدنا عامر: لا يعتق إذا كان لا يقدر على شربه؛ إذ هو شرط ومشروط، ولم يحصل الشرط.

(*) حيث علم من قصده أنه علق بشرب بعض الماء، وإن علقه بالكل لم يقع عتق، وإن لم يكن له قصد حمل على المتعارف به. (هبل). أما حيث لم يكن له قصد فلا يعتق؛ لعدم حصول شرطه. (قررو).

كاملة^(١). قال سيدنا عماد الدين: ولعل العبرة في النصف^(٢) والثلث والسدس بظن السيد أو بما قامت به الشهادة.

مسألة: من قال لأمته: إن لم تأكلي هذا الرغيف فأنت حرة، وقال لزوجته: إن لم تأكله فأنت طالق - فالحيلة أن يخرج أمته عن ملكه ثم تأكله الزوجة^(٣).

(١) أما لو أكل حب رمان منتشر فقال السيد يحيى: يعتق بأكل ما يأتي [ولو أكل من كل رمانة حبة] رمانة كبيرة ثم يعتق، وقال الفقيه يوسف: لا يعتق^[١]. ولو قيل: إذا كان يأتي رمانة بضم الأجزاء عتق ولو اختلفا صغراً وكبراً كما في الفرع، وإلا فما الفرق؟ (سماح سيدنا سعيد الهبل). وقرر وقوع العتق.

(*) يعني: منفردة لا بالضم.

(٢) والعبرة بالوزن في النصف والثلث والسدس، ولا عبرة بما يتساقط. (كواكب). ما لم يقصد الكل.

وفي حاشية: مع عدم نية الكل. (تذكرة علي بن زيد) (قررو).

(*) وزناً. (تذكرة علي بن زيد).

(٣) وهذه الحيلة مخلصه، ومن هذا القبيل لو قال لأمته وفي فمها تفاحة: إن أكلتها أو أخرجتها أو بقيت على حالها فأنت حرة، فالحيلة أن تأكل بعضها وتخرج بعضها، قيل: أو يخرجها غيرها. فإن كانت على سلم فقال: «إن طلعت أو نزلت أو لبثت فأنت حرة» فالحيلة أن يلقي السلم أو ينزها غيرها، قيل: أو تنتقل إلى سلم آخر. وإن قال لها وقد أكلت تمراً: «إن لم تجربني بعدد ما أكلت فأنت حرة» وهي لا تعلم عدده فالحيلة أن تعد له عدداً يستغرق ذلك. وإن أكلاه جميعاً وقال لها: «إن لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت حرة» فالحيلة أن تفرق النوى كل نواة وحدها. وإن كان ملحاً في كيس فقال لها: «إن أخرجته منه فأنت حرة وإن لم تخرجه فأنت حرة» فالحيلة أن تضعه في ماء حتى يذوب. فهذه حيل شرعية مخلصه كما ترى، وحكم الزوجة حكم الأمة في ذلك إذا حلف بطلاقها. (بستان بلفظه). نقل هذا في الزهور عن وسيط الغزالي.

[١] وقرره القاضي حسين بن علي المجاهد، وسيدنا زيد بن عبدالله رضي الله عنه.

مسألة: ومن قال: كلما أكلت رمانة فعبد من عبيدي حر، وكلما أكلت نصفاً فعبد منهم حر، ثم أكل رمانة - فإنه يعتق منهم ثلاثة^(١).

مسألة: من قال لعبديه: «أيكما أكل هذا الرغيف فهو حر» ثم أكلاه معاً لم يعتق أيهما^(٢).

مسألة: من قال لأمته: «إن وطئتك فأنت حرة» أو «إن جامعتك» ثم وطئها عتقت بالتقاء الختانيين ولزومه الترك، فإن أتم علماً بالتحريم كان عاصياً ولا حد عليه ولا مهر؛ لأن إباحة أوله شبهة له ولو طال الفعل ما لم ينزع.

وقال محمد^(٣): يجب المهر. قلنا: هو فعل واحد فلا يجب العوض في بعضه دون بعض، كما إذا شج غيره موضحة ثم جر السكين حتى طالت الشجة فليس فيها إلا أرش واحد، ذكره في الكافي.

فرع: فإن نزع ذكره ثم عاود حُدَّ مع علمه بالتحريم ولا مهر، وكذا هي إن علمت^(٤)، وإن جهلا معاً فلا حد ووجب المهر ولحق نسب الولد إن حبلت. وهكذا في الزوجة حيث طلقها بائن.

فرع: وإذا كرر الوطء مع الجهل في الزوجة والأمة فلا يتكرر المهر إلا أن

(١) يعني: بالنصف الأول واحد، وبالنصف الثاني اثنان: فواحد لكونه نصفاً، وواحد لكونه تمام رمانة. (بستان بلفظه).

(*) لأجل كلما. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(*) إلا لعرف أو قصد. (قرير).

(٢) وذلك لأن كل واحد منهما لم يأت بمقتضى اللفظ؛ إذ أكل البعض ليس بأكل للكل. (بستان بلفظه).

(٣) واختاره الهاجري.

(٤) وطاوعت. (قرير).

يكرر الوطء بعد دفع المهر أو بعد الحكم[×] عليه^(١) به إذا ظن جواز الوطء لأجل تسليم المهر أو لأجل وجوب العدة عليها بالوطء الأول.

مسألة: إذا قال: «إن فعلت كذا فعبد من عبيدي حر أو اثنان أو ثلاثة^(٢)» ثم فعل ذلك لم يعتق منهم إلا واحد^(٣)، ذكره في التقرير، قال فيه: وكذا لو كرر ذلك اللفظ مراراً ثم فعل الفعل لم يعتق إلا واحد في الذمة، ثم يعينه على أيهم شاء. ولعل هذا على قول الهادي^(٤)، ويأتي على قول المؤيد بالله أنه يعتق منهم بكل لفظ عبد إذا لم يرد به تأكيد اللفظ الأول كما ذكره في الطلاق^(٥).

مسألة: من قال لعبيده: «أيكم دخل الدار فهو حر» ثم دخلوها كلهم عتقوا الكل سواء دخلوها مجتمعين أو مفترقين، إلا إن كان نوى أحدهم فقط^(٦) أو نوى كل واحد وحده عملت نيته باطناً، لا ظاهراً إلا أن يصادقوه. وقال أبو حنيفة: لا يعتق أيهم حيث دخلوا مجتمعين؛ لأن لفظة «أي» تفيد الانفراد. قلنا: وكذا لو قال: «أيكم شاء الحرية» ثم شاءوها كلهم، أو قال: «أيكم حمل هذه الخشبة» ثم حملوها الكل، وسواء حملوها متعاونين^(٧) أو كل واحد وحده. وقال أبو حنيفة والفقهاء محمد بن يحيى: لا يعتق إلا من حملها

(١) المختار أن الحكم لا يفيد التكرار. (تهامي).

(٢) يعني: أن قوله: «فعبد من عبيدي حر أو اثنان أو ثلاثة» لفظ واحد من لفظ المعتق، ولا يعتق بذلك اللفظ إلا واحد؛ لأنه المتيقن.

(٣) وذلك لأنه المتيقن. (بستان).

(٤) إن الطلاق لا يتبع الطلاق.

(٥) يؤخذ للمؤيد بالله من هذا أنه إذا أراد التأكيد في تكرير الطلاق لم يتكرر.

(٦) يعني: ولا يدخل غيره ولا يشاء ولا يحمل، فتعمل نيته باطناً. (كواكب لفظاً).

(٧) في غير الخشبة.

وحده^(١). وهو القوي^(٢).

مسألة: إذا قال: «من بشرني بكذا فهو حر» فبشروه معاً في حالة واحدة عتقوا^(٣)، فإن قال: «أردت إن بشرني منهم واحد فقط» صدق باطناً، لا ظاهراً إن نازعوه. وإن بشروه مرتباً عتق الأول فقط، وإن التبس الأول عتقوا وسعوا في ثلثي قيمتهم^(٤) إن كانوا ثلاثة، وإن كانوا أربعة ففي ثلاثة أرباعها، وعلى هذا فقس. فإن التبس هل بشره العبدان في حالة واحدة أو مرتباً عتقا وسعى كل واحد منهما في ربع قيمته^(٥)، وإن كانوا ثلاثة ففي ثلث قيمته^(٦)، وإن كانوا

(١) واختاره في شرح الفتح، وقواه المفتي والذماري.

(٢) وذلك لأن مع المعاونة لم يحمل كل واحد منهم إلا بعضها. (بستان بلفظه).

(*) قوي إلا لقصد أو عرف.

(٣) قال عليه السلام: لأن لفظة «من» تقتضي العموم، فالخطاب شامل لهم، وكل واحد منهم مبشر له وأفاد بخبره البشارة واستفيدت منه. (بستان بلفظه).

(٤) وصح التحويل على من عليه الحق في هذه الصورة لأن قد صار إليهم العوض، وهو الحرية.

(٥) قوله: «في ربع قيمته» وذلك لأنها تجب عليها قيمة حيث بشراه مرتباً، وتسقط حيث بشراه معاً، فقد وجبت في حال وسقطت في آخر؛ فيجب نصفها عليها. (بستان بلفظه). وعند أهل الفرائض ثلث؛ لأنها تجب في حال التأخر وتسقط في حالي الاجتماع والتقديم. (صعيتري معنى). ولفظ الصعيتري: فلو التبس هل بشراه في حالة واحدة أو مترتباً قيل: فيحتمل أن لا تجب السعاية على كل واحد إلا في ثلث قيمته؛ لأنه لا يجب على أيهما شيء بتقديرهما بشراه في حالة واحدة، وإن قدرت ترتبها وجبت على كل واحد منهما قيمته بتقديره المتأخر، فقد وجبت على كل واحد منهما قيمته في حال وسقطت في حالين، فتقسم قيمة كل واحد منهما على ثلاثة أحوال، يظهر ثلث قيمة. (بلفظه).

(٦) ولفظ البستان: وفي الطرف الثاني يجب عليهم قيمتان حيث بشروه مرتباً، وتسقط حيث بشروه معاً، فتجب قيمة عليهم أثلاثاً. وفي الطرف الثالث يجب عليهم ثلاث قيم حيث

أربعة ففي ثلاثة أثمان قيمته.

فرع: فإن بشره اثنان بذلك مرتباً لكنه كذب الأول ثم بان صدقه فقال أبو طالب: يعتقان معاً^(١)، وقال ابن أبي الفوارس: إنه يعتق الثاني فقط، وقال المؤيد بالله في موضع: يعتق الأول، وفي موضع: مثل قول أبي طالب، فقيل: إنها قولان، وقيل: إن مراده يعتق الأول حيث كذب الثاني أيضاً.

مسألة: فإن قال: «إن بشرتاني بكذا فأتتما حران» لم يعتقا إلا إذا بشراه به في حالة واحدة؛ لأنه مشروط بالبشارة منهما معاً.

والبشارة يعتبر فيها الصدق^(٢) والأول فقط، وهي تثبت بالكتابة والرسالة، نحو أن يقول الرسول: قال عبدك فلان: هو يبشرك^(٣) بكذا، أو يخبرك به، أو أمرني أن أبشرك به.

مسألة: فإن قال: «من أخبرني من عبيدي بكذا فهو حر» عتق كل من أخبره به إذا كان صادقاً، وسواء أخبروه في ساعة واحدة أو مرتباً، ويصح بالكتابة والرسالة. قال المنصور بالله: ويعتبر أن يكون خبره عن علم لا عن ظن^(٤) أو

بشروه مرتباً، وتسقط حيث بشروه معاً، فتجب قيمة ونصف عليهم الجميع. وعلى هذا فقس، وهذا ذكره الوالد في البرهان. (بلفظه).

(١) بغير سعاية. (قرئ).

(٢) هذا كلام مستقل لأنه متصل بما قبله؛ وذلك لأن الأكاذيب لا حقيقة لها من جهة اللغة ولا من جهة العرف، ولا يثبت بها حكم. (بستان بلفظه).

(٣) قال في الثمرات عند قوله تعالى: ﴿يَا زَكَرِيَّا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَىٰ...﴾ الآية [مريم: ٧]، ما لفظه: ودلت على أن المرسل هو المبشر؛ فلو قال رجل: «من بشرني بكذا من عبيدي فهو حر» فأرسل إليه عبده بالبشارة عتق، والرسول أيضاً يسمى مبشراً، قال تعالى: ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ﴾ [النساء: ١٦٥]، فلو أرسل عبداً آخر بالبشارة لزم أن يعتقا معاً. (بلفظه).

(٤) المذهب خلافه، وهو أن العبرة بالصدق في نفس الأمر. (مفتي). يعني: ولو أخبر عن ظن.

حدس^(١). وإن قال: «من حدثني بكذا» فلا يكون إلا بالمشافهة، لا بالكتابة والرسالة^(٢).

فرع: فإن قال: «من أخبرني بأن زيداً قدم فهو حر» عتق كل من أخبره بقدمه ولو كان كاذباً، إلا أن يريد الخبر الصحيح لم يعتق الكاذب. فإن قال: «من أخبرني بقدم زيد» فقال في الحفيظ ومهذب الشافعي: كذا أيضاً^(٣)، وقال في التذكرة والحنفية^(٤): يعتبر فيه الصدق لا الكذب^(٥). وهو يأتي قول المنصور بالله، وهو الأقرب في^(٦) الصورتين معاً.

مسألة: وإذا كان المبشر معتقداً لكذبه فيما بشر به ثم بان صحته من بعد فإنه يعتق على ما رجحه أهل المذهب أن الصدق هو ما طابق^(٧) والكذب هو ما خالف، ولا عبرة باعتقاد المخبر، وقال في التذكرة: إنه لا يعتق، وإن من شرط

(١) الحدس والوهم والتخمين بمعنى واحد. والظن ما كان بأمارات جازمة بخبر أو غيره.

(*) هو الوهم. وقيل: الفراسة. (مفتي). وقيل: هو الوهم والفراسة.

(٢) إلا لعرف.

(٣) قوله: «كذا أيضاً» يعني: من غير فرق بين قوله: «أن زيداً قدم» وبين قوله: «بقدم زيد» أنه يقع بالكذب كالصدق؛ إذ كل واحد مخبر، والخبر يقتضي الصدق والكذب. وحجة الآخرين: أن الباء من حروف الصفات، فاقترضت أن يكون على تلك الصفة. قلنا: لا نسلم. (بستان بلفظه).

(٤) في (د): في التذكرة والحفيظ.

(٥) والأقرب في العادة والعرف أنه يقصد الخبر الصدق، وأما الكذب فلا حكم له ولا يراد. (كواكب).

(٦) والفرق بين الصورتين أن الأولى أراد فيها اللفظ بعينه بأن زيداً قدم، وفي الثانية لم يرد اللفظ.

(٧) الواقع.

الصدق الاعتقاد له والمطابقة. وهو قول بعض أهل الأصول^(١)؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾ [المنافقون]، فسماهم كاذبين مع أنهم شهدوا بما هو حق لما كانوا غير معتقدين له. قلنا: إنما سماهم كاذبين لأنهم أظهروا أن باطنهم كظاهر ألسنتهم، وهم كاذبون في ذلك.

مسألة: إذا قال: «أنت حر اليوم أو غداً» أو قال: «غداً أو اليوم»^(٢) فقال في التذكرة والحفيظ وأحد قولي أصحاب الشافعي: إنه يعتق في الحال، فعلقوه بالأقرب^(٣)، وقال في التفريعات وأحد قولي أصحاب الشافعي: إنه يعتق غداً؛ لأنه المتقين، كما إذا قال: «أنت حر أو لا» فلا يعتق، وكما إذا قال: «عبد من عبيدي حر أو عبدان» لم يعتق إلا واحداً. ولم يقل أحد^(٤): إنه يتعلق بالأول في اللفظ^(٥). وهكذا إذا قال: أنت حر في رمضان أو شوال أو العكس فإنه يتعلق بالآخر منهما^(٦) على الخلاف، وهذا بخلاف ما إذا قال: «أنت حر إن كلمت زيداً أو عمراً» فأبيها كلمه عتق؛ لأن هذا تخيير في الشرط، والأول تخيير في ظرف العتق^(٧).

(١) وهو النظام. وأما من قال: ما خالفها معاً فحجته: ﴿أَفْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أَمْ بِهِ جِنَّةٌ﴾ [سج:٨].

(٢) صورة غالباً في الأزهار في الطلاق.

(٣) قوله: «فعلقوه بالأقرب» يعني: في المعنى، وهو اليوم، ولا عبرة باللفظ، سواء تقدم اللفظ باليوم أو بالغد؛ لأنه جعل اليوم وغداً ظرفين للعتق وخير بينهما، فيقع بأولهما، وهو عقيب لفظه. (بستان بلفظه).

(٤) في (ب، ج): ولم أحد يقول، وفي (د): ولم أجد أحداً يقول.

(٥) بل الأزهار في الطلاق: وأول الأول إن تعدد كالיום غداً ولو بتخيير أو جمع، إلا أنه قد استثناه بقوله: غالباً على ما صرح به في كثير من كتب^[١] الفروع وإن لم يذكره في شرح الأزهار.

(٦) وعندنا بالأول. (قرو). حصولاً.

(٧) والفرق بينهما يدق على قول التفريعات.

[١] في (ج، د): من مسائل.

مسألة: إذا قال: «هذا العبد حر وهذا أو هذا» احتمل أن يعتق الأول ويخير في عتق أي الأخيرين شاء، واحتمل أنه خير بين عتق الأول والثاني وبين عتق الثالث، فيعين أما الأولين وإلا الثالث، فيرجع في ذلك إلى قصده أي الاحتمالين أراد، فإن لم يكن له قصد فالآخر أرجح^(١)؛ لتوسط حرف التخيير بين الأولين والثالث، فيعين الأولين أو الثالث، فلو مات قبل أن يعين فالأقرب أنهم يعتقون ويسعى كل واحد في نصف قيمته^(٢) على الأرجح من الاحتمالين^(٣).

مسألة: وإن قال: «هذا حر أو هذا وهذا» احتمل أن يكون التخيير بين الأول وبين الثاني والثالث، واحتمل أنه قد قطع بعتق الثالث وخير بين عتق الأول والثاني^(٤)، فيرجع إلى قصده في ذلك، فإن لم يقصد شيئاً فالأول أظهر^(٥)، فيعين إما الأول وإلا الآخرين، وإن مات قبل أن يعين عتق الكل وسعى كل

(١) الأولى أن الأول أرجح، ولم يذكر في التذكرة غير الوجه الأول. (تهامي).

(٢) لأنه إذا اعتق [عين (نخ)] الأولين لزم الآخر قيمة، وإن عتق [عين (نخ)] الآخر لزم الأولين قيمتان، كانت ثلاث قيم، على حالين، يأتي [يلزم (نخ)] قيمة ونصف.

(٣) قوله: «على الأرجح من الاحتمالين» وهما لصاحب الكتاب، وهذا أحدهما؛ لأنها تجب عليه قيمة في حال وتسقط في حال، قال: ويحتمل أن يحمل على الأقل، وهو عتق الواحد في هذه الصورة والتي بعدها أيضاً، لكنه التبس الواحد الذي يحكم بعتقه فيعتقون جميعاً، ويسعى كل واحد في ثلثي قيمته؛ لأن الأصل الرق. (بستان بلفظه).

(*) وهو الثاني، وأما على ما صدره في التذكرة فيعتق الأول ولا شيء عليه، ويسعى كل واحد من الآخرين بنصف قيمته، والله أعلم. (نظرية). ومثل هذا يجيء في الاحتمال الثاني من المسألة الثانية، إلا أن الذي لا سعاية عليه هو الآخر. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٤) ومثل هذا في اللمع في الوصايا إذا قال: «ثلث مالي للمساكين أو لفلان وللحج» فإن للحج نصف الثلث، ونصف للمساكين أو لفلان على التخيير، وهذا مثل هذا الاحتمال.

(٥) بل الثاني على المقرر. (سماع سيدنا حسن بن أحمد الشيباني عليه السلام) (قررو).

واحد^(١) في نصف قيمته على الأرجح^(٢).

مسألة: وإذا قال أحد شريكين في عبد: إذا دخلت الدار هذا اليوم فأنت حر، وقال الثاني: إن لم تدخلها في هذا اليوم فأنت حر، ثم مضى اليوم ولم يعلم حاله ما فعل - فإنه يعتق العبد^(٣)، لكنه التبس من عليه الضمان منها لصاحبه، فعلى قول الهادي: يرجع إلى الأصل الثاني، وهو عدم الدخول؛ فيضمن المعلق بالنفي نصيب شريكه بعد أن يحلف شريكه أنه ما دخل إن كان موسراً، وإلا سعى العبد، وعلى قول المؤيد بالله: يرجع إلى الأصل الأول، وهو براءة الذمة؛ فلا يجب ضمان ولا سعاية؛ لأنه التبس من عليه الحق^(٤)، إلا أن يكونا معشرين معاً سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمة نصيبه إن استويا في ملكه، وإن اختلفا فيه سعى في قيمة نصيب الأقل منهما؛ لأنه المتيقن، ويقسم بينهما نصفين^(٥)؛ لأنهما سواء في الاستحقاق^(٦)، وهذا مع عدم البينة واليمين^(٧)، فلو بين أحدهما حكم له، وكذا إن حلف أحدهما دون الثاني، وإن بينا معاً أو حلفا ففيه الخلاف الذي يأتي^(٨).

(١) أما الثالث فلا سعاية عليه على الاحتمال الثاني، ويجب على كل واحد من الأولين نصف قيمة. ومثل ذلك كلام سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام.

(*) أما الثالث فلا سعاية عليه على ما قرره سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام. (قررو).

(٢) من الاحتمالين كما مر.

(٣) وذلك لأن شرطه قد حصل لا محالة. (بستان بلفظه).

(٤) وهو السيد والعبد، ويحتمل أن المراد السيدان.

(٥) الأولى على قدر الحصص فينظر. (شامي).

(٦) على أصل المؤيد بالله.

(٧) وإن نکلا حكم بنكول من عليه اليمين في الأصل عند الهادي عليه السلام.

(٨) في المسألة التي بعد هذه. (بستان).

مسألة: إذا قال لعبده: «إن مت^(١) أنا يوم الجمعة فأنت حر» ثم مات والتبس في أي يوم مات فلا عتق^(٢) إلا أن يبين العبد أنه مات يوم الجمعة، فإن لم يبين حلف له الورثة، فإن حلف بعضهم ونكل بعضهم عتق العبد^(٣) بنصيب الناكل، وضمن الناكل لشركائه، فلو حلفوا جميعاً^(٤) فالعبرة بيمين الورثة؛ لأنها عليهم في الأصل. وإن بين العبد بموته في يوم الجمعة وبينوا بموته في غيرها احتمل أن تبطل البيتان - لأن إحداهما كاذبة لا محالة - ولا عتق^(٥)، وقد ذكره في الحفيظ، وهو يأتي على أحد قولي المؤيد بالله والناصر والشافعي^(٦)، واحتمل أن يحكم بيينة العبد؛ لأنها عليه في الأصل، ولأنها مثبتة^(٧) للعتق والأخرى نافية له، فيعتق العبد، وقد ذكره في التذكرة، وهو يأتي على أحد قولي المؤيد بالله وأبي طالب^(٨).

فرع: فلو قال: إن مت أنا يوم الجمعة^(٩) فعبدي هذا حر، وإن مت يوم

(١) بضم الميم وكسرها.

(٢) لأن الأصل الرق. (بستان).

(٣) حيث عرف من قصد الميت الوصية، وإلا لم يعتق؛ لأنه لم يقع الشرط إلا وقد صار في ملك الورثة كما تقدم. (سيدنا علي بن أحمد رحمته الله) (قر).

(٤) يعني: العبد والورثة.

(٥) لأن الأصل الرق وعدم العتق. (بستان بلفظه).

(٦) يعني: كما ذكره في مواضع كثيرة أنها إذا تكاذبتا بطلتا، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي طالب والقاضي زيد تستعمل بيينة من عليه البيينة من الأصل. (بستان بلفظه).

(٧) وناقلة للملك.

(٨) كما سيأتي في الشهادات في الأزهار في قوله: ولا تصح على نفي إلا أن يقتضي الإثبات ويتعلق به.

(٩) مع قصد الوصية. (سيدنا حسن رحمته الله).

(*) وعلى قول المنصور بالله وأبي حنيفة والتفريعات لا يصح ذلك كله. (بستان من

الخميس فعبدي الثاني حر، ثم مات وادعى كل واحد منهما العتق، وأنكرهما الوارث - فأيهما بين عتق، وإن لم يبين أيهما وحلف الورثة فلا عتق، وإن بينا جميعاً فلا عتق؛ لأن إحداهما كاذبة^(١) لا محالة ولا ترجيح لأيهما.

مسألة: رجل له أربع زوجات وعبيد كثير فقال: كلما طلقت واحدة من زوجاتي فعبد من عبدي حر، وكلما طلقت اثنتين منهن فعبدان حران، وكلما طلقت ثلاثاً منهن فثلاثة منهم أحرار، وكلما طلقت أربعاً فأربعة منهم أحرار، ثم طلق زوجاته الأربع - فقيل: إنه يعتق من عبيده أربعة فقط، وقيل: بل عشرة^(٢)؛ لأن طلاقه لمن قد انطوى على طلاق واحدة واثنتين وثلاث

=
الوصايا). والفرع على كلام الشرح واللمع والأزرقى كما يأتي في الوصايا. في المسألة السابعة قبيل قوله: فصل يجوز أن يكون المسلم وصياً للذمي.. إلخ.

(١) قال الإمام المهدي عليه السلام: تتكاذب البيتان، والأصل عدم الموت، فيحكم بأقرب وقت، فحيث قال: مات يوم الجمعة، والورثة قالوا: يوم السبت - يحكم بالسبت.

(٢) قوله: «بل عشرة» وذلك لأنه يعتق بالواحدة واحد وبالاثنتين اثنان وبالثلث ثلاثة وبالأربع أربعة، فصار العبيد عشرة، هذا قول أبي الحسين بن القطان من أصحاب الشافعي، وخطئ؛ من حيث إن «كلما» تقتضي التكرار. ووجه القول بعق خمسة عشر: أنه يعتق واحد بطلاق الواحدة، وبالثنتين ثلاثة لوجود صفة الواحدة والاثنتين، وبالثلث أربعة؛ لوجود صفة الواحدة والثلث، وبالأربع سبعة؛ بوجود ثلاث صفات: صفة الواحدة وصفة الاثنتين وصفة الأربع. وهذا القول هو الذي صححه في مهذب الشافعي واختاره في الانتصار. وقال بعض أصحاب الشافعي: يعتق سبعة عشر، ووجهه أن في طلاق الثالثة ثلاث صفات: طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة الأولى وطلاق ثلاث. ومن أصحاب الشافعي من قال: يعتق عشرون، ووجهه أن في الثلاث ثلاث صفات كما ذكر، وفي الأربع أربع صفات: طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة الأولى وطلاق أربع، هذه المسألة ذكرها في مهذب الشافعي والانتصار، وذكر في شرح التنبيه هذه الأقوال. (تعليق مدحجي).

وأربع^(١)، ذكره في التذكرة والمنصور بالله وبعض أصحاب الشافعي، وقال في الانتصار وبعض أصحاب الشافعي: يعتق منهم خمسة عشر؛ لأنه يعتق بطلاق الأولى واحد، وبطلاق الثانية ثلاثة: فواحد لكونها واحدة، واثنان لكونها ثانية، وبطلاق الثالثة أربعة: واحد لكونها واحدة، وثلاثة لكونها ثالثة، وبطلاق الرابعة سبعة: واحد لكونها واحدة، واثنان لكونها ثانية للثالثة، وأربعة لكونها رابعة. وقال بعض أصحاب الشافعي: إنه يعتق منهم سبعة عشر، فزاد اثنين في طلاق الثالثة؛ لكونها ثانية للثالثة. وقال بعض أصحاب الشافعي: يعتق منهم عشرون، فزاد ثلاثة في طلاق الرابعة؛ لكونها ثالثة للثانية. قال في البسيط: ولا فرق بين أن يطلقهن بلفظ واحد أو بألفاظ. قال سيدنا عماد الدين: والأقرب^(٢) في ذلك أنه إنطلقهن بألفاظ متفرقة فالقول الثاني أولاها، وإنطلقهن بلفظ واحد فالقول الأول أولى.

مسألة: وإذا قال العثماني^(٣): عبدي حر إن كان علي أفضل من عثمان، وقال العلوي: عبدي حر إن كان عثمان أفضل من علي - فإننا نحكم بعق عبد العثماني^(٤)؛ لظهور الدليل بفضل علي عليه السلام.

(١) قوي إن كان بألفاظ.

(٢) وقواه الشامي.

(٣) أو البكري أو العمري.

(٤) قيل: فلو أنه رجع عبد العثماني إلى العلوي وقال العلوي: «لا أدري أيها أفضل» فإنها يعتقان عليه. وهو يقال: ثبوت الدليل يرفع اللبس. (زهور بلفظه).

فصل: [في العتق على مال عقداً أو شرطاً]

يصح العتق على مال عقداً أو شرطاً، فالعقد على كذا أو بكذا أو لكذا؛ فيحتاج إلى القبول أو السؤال في المجلس إن كان حاضراً، والقبول في مجلس العلم^(١) إن كان غائباً كما في الطلاق، وتلحقه الإجازة إذا قبل له غيره في المجلس، فيعتق بذلك ويصير العوض ديناً عليه.

مسألة: إذا قال: «أنت حر على ألف» فقال العبد: «رضيت» أو «علي ذلك» صح وعتق، وإن قال: «نعم»^(٢) فقال الإمام يحيى والفقهاء حسن: إنه يكفي للقبول^(٣) فيعتق، وقال الفقيه علي: إنه لا يكفي.

مسألة: ويصح فيه شرط الخيار، ذكره في الوافي وأبو جعفر، وقال في التفريعات وشرح أبي مضر والفقهاء محمد بن سليمان: لا يصح فيه. ويتفقون على صحته في الكتابة، وعلى عدم صحته في الطلاق على مال وفي العتق المطلق والوقف والإقالة وسائر عقود التبرعات، كالهبة والنذر ونحوه^(٤).

مسألة: إذا قال العبد: «أعتقني على خدمتك سنة» فقال: «أعتقتك» صح

(١) قال ابن مفتاح: ذلك خاص في العتق والطلاق^[١]، لا في سائر العقود فلا بد من قبولها في المجلس.

(٢) قوله: «نعم» هذا ظاهر اللمع، وبقاه الفقيه حسن على ظاهره، وقال الفقيه علي: لا بد من أن يقبل ولا يكفي نعم؛ لأن لفظة نعم بمنزلة إعادة لفظ المالك، فكأنه قال: نعم أنا حر على ألف، فهذا لا يكفي، بل لا بد من القبول. (صعيري معني).

(٣) قوله: «يكفي للقبول» قال عليه السلام: لأن قوله: «نعم» تصديق لما قبله، كما لو قيل: طلقت امرأتك فقال: نعم. وحجة الفقيه علي: أنها مقررة لما سبقها، فكأنه قال: نعم أنا حر، ذكره المهدي عليه السلام. (بستان).

(٤) البراء والحوالة والصدقة والهبة.

[١] وكذا الإقالة والحوالة، والله أعلم. (حرري).

وعتق، فلو مات العبد قبل أن يخدمه وجبت قيمته^(١) من تركته، وقال الشافعي: تجب قيمة الخدمة. وإذا لم يكن له تركة فلا شيء عليه^(٢). وكذا إذا مات وقد خدمه بعض السنة فيجب بقدر ما بقي منها من قيمته أو أجرته على الخلاف. فلو كان الميت هو السيد خدم العبد ورثته، فإن لم يكن له وارث كانت الخدمة لبیت المال.

مسألة: إذا عتق فضوليان عبد رجل أحدهما على ألف والثاني على مائة فأيهما أجازهُ المالك صح، وإن أجازهما معاً بلفظ واحد عتق ولزمه نصف الألف ونصف المائة، كما لو باعاه من شخصين^(٣) وأجاز المالك بيعهما، فلو أجاز أحدهما غير معين فالأقرب أنه لا يصح^(٤) في البيع، وفي العتق يعين أيهما شاء^(٥)؛ لأنه يقف على الذمة.

مسألة: إذا قال: «أنت حر وأد لي ألفاً» أو «وعليك لي ألف» وقبل العبد أو لم

(١) لأنه استهلك الرقبة بالقبول هنا، وفيما تقدم^[١] استهلك الخدمة، فافترقا.

(٢) يعني: لا يعاقب عليه، وإلا فلو تبرع عنه متبرع صح.

(٣) أما في البيع فلا يصح، فينظر في القياس. (تهامي). ولعل هذا لصاحب الكتاب، والاعتراض مبني على قول المنصور بالله الذي مر^[٢] في البيع، وأهل المذهب قد تقدم لهم في البيان صحة البيع ويقسم نصفين.

(٤) وقد تقدم نظير هذا في البيع.

(*) يعني: الإجازة، والبيع صحيح، وإنما يكون موقوفاً على صحة الإجازة؛ لأن الإجازة لغير معين لا تصح.

(٥) وما عينه تعين عوضه، وهو الألف أو المائة. (قررو).

(*) فإن تعذر التعيين عتق ولزمه نصف المالكين. (من بيان حثيث) (قررو).

[١] في قوله: فيغرم أجرة ما فوت.

[٢] في البيان في البيع الموقوف في آخر قوله: مسألة: والبيع الموقوف.. إلخ.

يقبل فإنه يعتق ولا شيء عليه^(١)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق حتى يسلم الألف إذا قبله، كما إذا قال لغيره: احمل لي كذا أو افعل لي كذا ولك درهم، فإنه يلزم إذا فعل. قلنا: ذلك جعالة^(٢) جرت بها العادة، وهذا لم تجر به عادة.

مسألة: إذا أعتق عبده على ألف وقبلوا عتقوا وقسم الألف بينهم على قدر قيمتهم، بخلاف ما إذا طلق زوجاته على ألف وقبلن فإنه يقسم بينهما على عددهن^(٣).

مسألة: والشرط حروفه إن وإذا ومتى ومتى ما ومهما، فلا يحتاج إلى قبول، ولا يصح الرجوع عنه^(٤)، ولا يقع العتق حتى يحصل الشرط مع بقاء العبد على ملك سيده^(٥)، سواء حصل قريباً أو بعيداً، إلا أن يعلقه بوقت معين تعلق به،

(١) قوله: «يعتق ولا شيء عليه» قال عليه السلام: لأن العتق وقع بقوله: أنت حر، وقوله: أدلي ألفاً أو ولي عليك ألف كلام مستأنف لا تعلق له بالأول، كما لو قال: أنت حر واكتسب لنفسك. (بستان بلفظه).

(*) ووجهه أن الواو للاستئناف.

(٢) بالحركات الثلاث. (قاموس).

(٣) لأنه لا قيمة لخروج أبضاعهن، خلاف الشافعي.

(*) فإن كان حصة إحداهن أكثر مما لزم بالعقد لها؟ لعله يبطل العوض في الكل؛ لأنه عقد واحد، وبصير الطلاق رجعيّاً في حقهن على المذهب؛ لأنه لا يحل أكثر مما لزم بالعقد؛ لأنه عقد يقع الطلاق فيه بالقبول أو ما في حكمه وبصير مختله رجعيّاً، بخلاف ما لو أتى فيه بشرط فإنه لا يقع طلاق على أيتهن. (سيدنا علي بن أحمد رحمته الله) (قرير).

(٤) قولاً، لا فعلاً فيصح، نحو أن يخرج عن ملكه^[١] ولو حيلة.

(*) قولاً لا فعلاً. (قرير).

(٥) فلو أعطاه دون المائة حيث علق عتقه بها ثم مات السيد بقي العبد مملوكاً للورثة؛ لفوات الشرط بالموت. (شرح بهران).

[١] ولو عاد إلى ملكه، ما لم يعد بها هو نقض للعقد من أصله. (سيدنا علي بن أحمد) (قرير).

وكذا إذا نوى حصوله في وقت معين تعلق به باطناً، لا ظاهراً إن نازعه العبد.
فرع: وإذا كان الشرط مالاً يسلمه العبد لسيدته فالعرف أنه يكون مما كسبه
 بعد ذلك، أو مما كان في يده من قبل من كسبه، أو مما كان سرقة من مال سيده،
 لا مما يأخذه منه من بعد ولا مما أخذه من مال الغير مطلقاً^(١) فلا يعتق بتسليمه
 لسيدته.

فرع: إذا قال: «متى أعطيتني ألفاً في كل شهر مائة فأنت حر» فهذا شرط لا
 كتابة؛ إذ لا يحتاج قبولاً. وقال أصحاب أبي حنيفة: إنه كتابة^(٢). قلنا: فإن دفعه
 مرة لم يعتق عندنا^(٣).

مسألة: إذا قال: «أنت حر على دخول الدار» وقبل عتق، ثم إن دخلها وإلا
 ضمن قيمته على قول الهدوية وأحد قولي المؤيد بالله، خلاف أحد قولي المؤيد بالله
 والناصر. وعلى قول القاضي زيد لا يحتاج قبولاً فيما ليس بهال. قلنا: فلو لم يقبل بل
 قام ودخل الدار فقال الفقيه حسن: إن قيامه للدخول^(٤) امتثال فيعتق، وقال الفقيه
 علي: لا يكفي؛ لأن الدخول حصل بعد قيامه من المجلس. وهكذا في البراء من
 الدين إذا أبرأه على أن يدخل الدار^(٥)، بخلاف الطلاق إذا طلقها على أن تدخل

(١) سواء قبضه قبل اللفظ أم بعده إذا كان من غير النقدين، فأما إذا كان من النقدين عتق به
 على أصل الهدوية؛ لأن النقد لا يتعين. (كواكب). وشكك على كلام الكواكب. وقيل:
 لا فرق بين النقد والعرض. وقواه القاضي عامر وسيدنا سعيد الهبل. (قرو).

(*) في غير النقدين، وأما هما فلا يتعينان عند الهدوية.

(٢) لأنه منجم. (كواكب).

(٣) والشرط باق على حاله، فإن سلمه على شرطه صح.

(٤) ويدخل، فإن لم يدخل لزمته قيمته. يستقيم حيث له غرض كما في الأزهار. ولعله في
 قوله: فإن تعذر العوض.. إلخ. (سماح سحولي).

(٥) أي: إن دخل وقع البراء وإن لم يدخل لم يقع البراء. وهذا إذا كان له غرض في

فقبلت ولم تدخل فلا شيء عليها؛ لأن خروج البضع لا قيمة له، خلاف الشافعي فأوجب عليها مهر المثل.

مسألة: إذا قال: «إن فعلت كذا فقد أعتقتك» فلا يعتق حتى يفعل؛ للعرف بذلك، وقال الأستاذ: يعتق في الحال؛ لقوله: فقد أعتقتك؛ لأنها للحال^(١) أو للماضي.

مسألة: إذا قال: «أنت حر بعد موتي على ألف» فهذا وصية له بالعتق على ألف، ويكون قبولها بعد الموت، ذكره^(٢) في الكافي وأبو مضر، وقال الفقيه حسن: بل في المجلس إن حضر الموصى له^(٣)، أو عند علمه بالوصية إن غاب.

الدخول، لا عبثاً لا غرض له فيه فلا حكم له، وكذا في العتق، ذكره الفقيه يوسف. (كواكب).

(*) قال الفقيه يوسف: وكان له غرض بالدخول، وإلا فلا رجوع، ذكره في باب الإبراء في هذا الكتاب. اهـ والمذهب أنه يكون شرطاً فيقع عند حصوله. (صعيتري). ومثله للنجري في الخلع، ورواه عن الإمام المهدي عليه السلام، واستضعفه المؤلف، واختار بقاء كلامهم على ظاهره، فلا بد من القبول. (قرر).

(*) ودخل، وإلا رجع في البراء حيث له غرض كما في الإبراء في الأزهار في قوله: فيرجع لتعذره ولو غرضاً. (سماح سيدنا حسن عليه السلام) (قرر).

(١) قلت: فيلزم تقدم المشروط على شرطه، وأما النحاة فقد قالوا في قوله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ﴾ [يوسف: ٢٦]، أي: فيكون سبباً للإخبار، فلتحقق القواعد. (نظر مفتي).

(٢) هذا الخلاف هنا كما ذكره في الوصايا. (بستان).

(٣) قال في بيان سيدنا إبراهيم حثيث: وفي المسألة نظر، والقياس أن يقع بالقبول تديراً ويطل شرط الألف. لأنه لا يثبت للسيد على عبده دين. اهـ يقال: إن جعل تسليم الألف بعد الموت فليس بتديير؛ لأنه غير مطلق، وإن أراد تسليم الألف قبل الموت كان تديراً معلقاً، وتسليم الألف شرط فيه، وأما قوله: «فلا شيء عليه» فمحل النظر. (شامي).

مسألة: إذا قال لزوجته: «إن فعلت كذا فأنت طالق وإلا فعبدني حر» احتمال أن يكون مراده بالعتق إذا لم تفعل الزوجة ذلك الفعل، واحتمل أن يكون مراده به إذا لم يقع الطلاق على الزوجة مع فعلها لذلك، نحو أن تفعله وهي مطلقة أو مفسوخة، واحتمل أن يكون مراده به التخيير بين الطلاق والعتق، واحتمل أن يكون مراده به التأكيد بالعتق للطلاق، فيكون حلفاً بهما معاً^(١)، فيرجع إليه في أي ذلك أراد، ويقبل قوله فيه، فإن لم يرد أيها فقال الفقيه يوسف: إنه يحمل على الأقل، وهو التخيير بين الطلاق والعتق، فيعين أيهما شاء على قول المؤيد بالله: إنها يثبتان في الذمة، وأما على قول الهدوية فالأقرب - والله أعلم - أنه يقع أحدهما ملتبساً إذا فعلت الزوجة ذلك، فيعتق العبد ويسعى في نصف قيمته، وتحرم عليه مدانة الزوجة ولا تخرج منه إلا بطلاق كما تقدم^(٢) في مسألة الغراب^(٣).

مسألة: من نذر أن يعتق عبده ثم أعتقه على عوض فإنه يجزيه^(٤)، وكذا إذا كاتبه أو دبره وعتق بذلك أجزاءه، وإن أعتقه عن كفارة فقال في التذكرة والحفيظ ومهذب الشافعي: يجزيه عن النذر والكفارة، وقال الفقيه علي: بل يجزيه عن

(١) وكأنه قال: إن فعلت كذا فأنت طالق وعبدني حر.

(*) وقال الهاجري: بل مراده: فإن لم تدخل فإنت طالق وعبدني حر. اهـ وكلام الهاجري مثل هذا الاحتمال. اهـ ليس مثله فيما يظهر.

(٢) قال الوالد: ويحتمل في هذه المسألة أن يقال: يحتمل على الوجه الأول أنها إذا لم تفعل عتق العبد؛ لأنه أقرب إلى الفهم من جهة العادة، كما إذا قال لغيره: إذا لقيك زيد فأعطه درهماً وإلا فعمره، فالمفهوم منه أنه إذا لم يلقيه زيد أعطاه عمراً. (بستان).

(٣) ولعله يقال: إنه يقع الطلاق؛ لأنه لا يقف على الذمة، كما إذا خير بين طلاقين وقع أحدهما ملتبساً. (كواكب).

(٤) لأن المقصود عتقه، وقد حصل ولو كان على عوض. (بستان).

النذر لا عن الكفارة^(١). وأما لو نذر بعثق رقبة غير معينة ثم أعتق رقبة ونواها عن النذر وعن الكفارة فلعله لا يجزيه عن أيها؛ لأنه قد وجب عليه عتق رقتين. **مسألة:** إذا قال لعبيده: «أنتم حران على ألف» فقبل أحدهما عتق ولزمه حصته من الألف على قدر قيمته وقيمة الثاني^(٢). وإن قال: «أحدكما حر على ألف» فقبلا كان له الخيار يعين أيها شاء، فمن عينه عتق ولزمه الألف، وإن مات أحدهما تعين الآخر للعتق، وإن مات السيد قبل التعيين عتقا وسعى كل واحد في نصف الألف ونصف قيمته^(٣). وإن قبل أحدهما فقط فالأقرب أنه يعتق ويلزمه الألف؛ لأن الثاني قد خرج من العتق بعدم قبوله.

مسألة: إذا قال: «أحدكما حر عن كفارتي» فإنه يعين أيها شاء للعتق ويجزيه، فإن تعذر منه التعيين عتقا معاً، قال الفقيه حسن: ويسعى كل واحد في نصف

(١) وكذا عنده في المثلول به أنه يجزي عن النذر لا عن الكفارة؛ لأن عتقه قد صار مستحقاً، وهو الأرجح. (كواكب معني).

(٢) وذلك كما لو باعها من اثنين بألف. (بستان بلفظه). ينظر في القياس؛ فإنه لا يصح ذلك في البيع؛ لتفريق الصفقة. وهنا هو لم يرض بخروجها عن ملكه إلا جميعاً بالألف، فكان القياس عدم العتق؛ لأن هذا عقد يشترط فيه تطابق الإيجاب والقبول، وقبول أحدهما فقط غير مطابق. (سيدنا علي بن أحمد رحمته الله).

(٣) فإن قيل: هلا وجب الأقل من القيمة أو العوض؛ لأنه المتيقن، والزائد مشكوك فيه؛ لأنك تقدر في كل واحد منهما أنه عتق بالعوض فيجب، وأنه عتق باللبس فتجب قيمته، فيحكم بالمتيقن. (رياض باللفظ)^[١]. يقال: الأولى لزوم الأقل؛ لأن الأصل براءة الذمة. (* هذا إذا لم يفرط، فإن فرط لزمه حصته من الألف لا القيمة. (مقرر).

[١] لفظ الرياض: وأما عندنا فعلى كل واحد نصف قيمته ونصف الألف؛ لأنك تقدر في كل واحد تقديرين: الأول: أنه المعتق بألف، والثاني: أنه الذي لم يعتق، فتجب عليه قيمة في حال وألف في حال، فيقسم ذلك نصفين.

قيمتها، ولا تجزيه عن الكفارة^(١)، وقال الفقيه يوسف: إنها تجزيه ولا تجب عليهما سعاية^(٢).

فرع: فلو أعتق عبداً له عن كفارة ثم التبس بعبده له آخر فإنهما يعتقان ولا سعاية، وقد أجزأته الكفارة^(٣)، ذكره الفقيه حسن، ويكون الولاء له عليهما معاً، كمن مثل بعبده ثم أعتقه الحاكم عنه. ولعله يقال: إنها تجب السعاية هنا؛ لأن اللبس حصل بعد وقوع العتق وبعدهما أجزأ عن الكفارة، فيكون كما إذا التبس حر بعبده^(٤).

مسألة: وإذا التبس حر بعبده عتق العبد وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته^(٥) لسيد العبد، كما إذا التبس العتق بالعبده، لكن لا يثبت له الولاء على

(١) يعني: لأجل السعاية. قال المهدي عليه السلام: وهذا يستقيم على قول القاضي زيد وابن الخليل: إنهما يعتقان معاً عند تعذر التعيين وتجب السعاية عليهما حال عتقهما، فلا يجزيانه عن الكفارة، فأما على قول الكني: إنه يتبين بالتعذر أن قد عتق أحدهما من وقت اللفظ عن الكفارة فيجزيه ولا تجب سعاية عليه ولا على الثاني؛ لأنه ملتبس. وحجة الفقيه يوسف: أنهما لو سعيا لم يجزئه عن الكفارة؛ فلهذا سقطت السعاية. (بستان).

(٢) يقال: القوي كلام الفقيه يوسف، إلا عدم وجوب السعاية فتجب؛ لأن اللبس حصل من بعد العتق، والله أعلم.

(*) واختاره المؤلف.

(٣) وعليه الأزهاري بقوله: وإلا فالكفارة.

(*) في (ج، د): عن الكفارة.

(٤) وقواه المؤلف والشامي.

(٥) واختار في الهداية والأثر أنه لا سعاية عليهما، بل يعتق العبد بلا شيء؛ لأن الأصل براءة الذمة. وكذا في البحر؛ لأنه لم يصل إلى الحر شيء في مقابلة السعاية. ونظر السعاية في الرياض وقال: لا يستقيم إلا عند من يحول على من عليه الحق.

أيهما حيث أحدهما حر أصل^(١).

مسألة: من له أمة وزوجة حرة ثم وقع اللبس بينهما عتقت الأمة^(٢) وسعيا في نصف قيمتها للسيد، وحرّم عليه وطؤها، ولا تخرج منه الزوجة إلا بطلاق، فلا يصح تزويج أيهما إلا بعد طلاق الزوجة، إلا أن يتزوج الأمة^(٣) حل له وطؤها.

مسألة: من أعتق في مرض موته أمة له قيمتها ثلاثمائة ولا يملك سواها، وعليه دين خمسمائة، ثم تزوجها في مرضه على مهر مائة ولم يمكنه تزويجها بأقل، ثم مات من مرضه - فإنها تسعى في خمسة أسداس قيمتها، وهو مائتان وخمسون، وتسقط عنها حصة مهرها خمسون؛ وهو بناء على أن ما يحدث من الدين بعد العتق في المرض فهو كالدين المتقدم عليه^(٤). فلو لم يكن عليه دين إلا مهرها مائة استحققت بالعتق ثلث المائتين الباقيتين من قيمتها بعد مهرها، وهو يأتي ثلثي

(١) إلا أن يكون اللبس بين ابنه وعبد؛ لأنه إن قدر أنه ابنه فهو يرثه بالنسب، وإن قدر أنه عبده فهو يرثه بالولاء. (قررو).

(٢) حصل العتق باللبس.

(٣) هذا الاستثناء عائد إلى قوله: وحرّم عليه وطؤها.

(*) فيقول: «قد تزوجت عتيقتي» إذا هو الولي^[١] أو يقول لوليها: «قد تزوجت قريبتك» ولو كانت مجهولة في الظاهر كما إذا التبست زوجته بأجنبية كما تقدم في البيان في الرجعة المبهمة. (قررو).

(*) من وليها من النسب أو الإمام أو الحاكم. (قررو). أو من نفسه حيث لا ولي غيره.

يقال: هي لم تعتق إلا باللبس ولا ولاية [ولاء (نخ)] له عليها، فينظر.

(٤) هذا الكلام لم يرد به الإشارة إلى خلاف، وإنما أراد أن يبين أن الديون سواء هل لزمّت في الصحة أم في المرض، وإنما الخلاف فيما أقر به المريض من الديون في حال مرضه، فعندنا أنه سواء هو وما أقر به في حال صحته، وعند أبي حنيفة يقدم ما أقر به في حال الصحة على ما أقر به في المرض إلا إذا أضافه إلى حال صحته. (بستان).

[١] بغير الولاء، بل من جهة النسب؛ إذ لا ولاية له عليها مع اللبس.

مائة، وبقيت مائة وثلث مائة لها ربعها ميراثاً، وهو ثلث مائة، وبقيت عليها مائة تسعى فيها^(١) للورثة، وإن كانت محجوبة فميراثها الثمن، وهو يأتي سدس مائة، وسعت في مائة وسدس مائة.

مسألة: من قال لعبيده: «أحدكما حر» ثم قال لأحدهما وثلث: «أحدكما حر» فإنه يعين من شاء من الأولين ومن الآخرين، فإن عين من الأولين الذي أدخله مع الثالث في العتق الآخر تعين الثالث^(٢) للعتق الآخر وبقي الأول مملوكاً، وإن عين العتق الأول في العبد الأول فإنه يعين العتق الثاني في أي الآخرين شاء. وإن بدأ بتعيين العتق الآخر وعين المشارك للأول تعين العبد الأول للعتق الأول وبقي الثالث مملوكاً، وإن عينه في الثالث فإنه يعين العتق الأول في أي الأولين شاء. وإن تعذر التعيين فيهم الكل عتقوا جميعاً، وسعى الأول والثالث في نصف قيمتهما^(٣) وسعى المشارك لهما في ربع قيمته^(٤).

(١) فلو ماتت قبله عن مال ورث منها النصف أو الربع، وإذا ورثه عاد لها ثلثه بالوصية، وإذا عاد لها ورثه كذلك، وهلم جرا. (من بيان حثيث). وينظر. لعل وجه النظر أن الوصية تبطل بموت الموصي له قبل الموصي، والله أعلم. (سيدنا علي بن أحمد رحمته). ينظر في التوجيه؛ لأنه قد ملك الموصي له هنا؛ لأن الوصية مجازية كما أفهمه البيان الذي يأتي أول كتاب الوصايا في المسألة السابعة من أوله. (سماح سيدنا عبدالرحمن الأكوغ).

(٢) ولعله يفهم من الأزهار من قوله: فإن مات أو أعتق أو باع أحدهما تعين الآخر.

(٣) قوله: «في نصف قيمتهما» وذلك أنه يجب على كل واحد منهما قيمة في حال حيث عين غيره، وتسقط في حال حيث عينه، فيجب عليه نصفها. وأما المشارك لهما فيلزمه قيمة حيث عين السيد غيره، وحيث عينه تسقط، فيجب نصفها، ثم إن عينه سيده في العتق الآخر سقط هذا النصف، وإن عين غيره وجب ذلك النصف، فقد وجب في حال وسقط في حال، فيجب نصفه، وهو ربع قيمته. (بستان).

(*) إن لم يفرط كما مر. (قررو).

(٤) وذلك لأنه قد كان عليه نصف قيمته فقط قبل دخول الآخر، فلما زاد اللبس بالآخر سقط عنه من النصف نصفه. (صعيتري).

مسألة: ويصح أن يعتق المسلم عبده الكافر، وأن يعتق الكافر عبده المسلم والكافر ولو في دار الحرب. وقال العصفري: لا يصح العتق ولا التدبير ولا الكتابة في دار الحرب مطلقاً^(١).

فرع: وإنما يصح^(٢) العتق من الكافر لا الوقف لأن القرية شرط في الوقف لا في العتق^(٣).

مسألة: من أعتق عبد غيره ثم أجاز مالكه لم يصح إلا أن يكون العتق بعقد على عوض هو مال، فلو كان العوض غير مال كدخول الدار ونحوه فقال في التذكرة: تلحقه الإجازة، وقال في الحفيظ: لا تلحقه فلا يعتق، وعلى قول القاضي زيد يعتق؛ لأنه يقول: إنه لا يحتاج إلى قبول^(٤).

(١) يعني: لا من مسلم ولا من كافر؛ لأنها دار إباحة. قلنا: لم يفصل الدليل بين شخص وشخص ولا دار ودار. (بستان).

(٢) في (ب، د): وإنما صح.

(٣) فيلزم أن يصح النذر من الكافر؛ لأنه لا يشترط فيه القرية، فينظر. يقال: النذر فيه شائبة يمين، فلا ينعقد من الكافر. (سماح شيخ). قيل: هو المحيرسي.

(٤) ينظر في كلام القاضي زيد، وقد وجه أن العقد كالشرط فلا حكم للقبول باللفظ، وإنما يعتبر حصول الشرط، فلو قال: «على أن تدخل الدار» لم تطلق إلا بالدخول ولو دخلت في غير المجلس كالشرط، وأما أن القاضي زيد يقول: يقع الطلاق وإن لم تدخل - فهذا بعيد؛ لأن هذا إفراط في الجهل. (غيث).

فصل: [في ثبوت العتق في الذمة والعتق في المرض وفي تملك العبد]

العتق يثبت في الذمة وفاقاً، فإذا أعتق أحد عبده أو قال: هذا أو هذا عين من شاء منهم كما تقدم، فإن تعذر التعيين بموته عتقوا الكل وسعوا كما تقدم^(١). وقال الإمام يحيى وبعض أصحاب الشافعي: إنه يورث التعيين، فيعين ورثته من شاءوا. وكذا إذا قال: «أحدكم حر بعد موتي» فهذا تدبير مخير، فيعين له من شاء منهم، وإن مات قبل يعين عتقوا الكل وسعوا كما مر. بخلاف ما إذا قال: «أوصيت بعتق أحدكم» ثم مات قبل أن يعين فإنه يورث التعيين؛ لأن هذه وصية، فيكون تعيينها إلى الوصي^(٢) إن كان، وإن لم يكن فالإلى الورثة، كما إذا أوصى بشاة من غنمه أو نحو ذلك.

فرع: وإذا عين بعض الورثة فلعله يقال: يصح تعيينه في العتق؛ لأنه استهلاك، لكن إن عين الأدنى لم يضمن، وإن عين فوق الأدنى ضمن لشركائه نصيبهم من الزائد^(٣). وفي غير العتق^(٤) لا يصح التعيين إلا ما تراضوا به الكل؛ لأنه حق لهم.

(١) ولا يصح من الورثة التعيين؛ لأنه من باب التروي فأشبهه خيار الرؤية كما تقدم. (شرح بهران معني).

(٢) لكن يعين الوصي الأدنى، فإذا عين الأعلى ضمن، ويحتمل أن لا يصح تعيينه^[١]، وهو الأولى. (هبل، وحثيث).

(٣) فإن اختلف الورثة في التعيين فبعضهم عين غير ما عينه الآخر هل يعتقان جميعاً؛ لأنه استهلاك ويضمن معتق الأعلى قيمته، وقيل: يبطل التعيين، فيعينوا من بعد. فلو اتفقا في التعيين في حالة واحدة فقيل: يعتق العبدان ويسعيان في قيمتها. ولفظ حاشية: فإن اختلفوا في التعيين فلعله يعتبر بمن سبق، فإن عينوا في حالة واحدة عتق المعينون معاً وسعى كل واحد منهم في نصيب الآخرين من قيمته. (كواكب) (قررو).

(٤) الوصية والنذر.

[١] يعني: للأعلى، بل يعين الأدنى.

مسألة: من أعتق عبده أو جزءاً منه في حال صحته صح ولو زادت قيمته على ثلث ماله، وقال في المنتخب^(١): يسعى العبد في الزائد منها على الثلث. وإن كان ذلك في مرض موته فإن كان عليه دين يستغرق^(٢) ماله صح العتق وسعى العبد للغرماء في قيمته^(٣)، وقال مالك والشافعي: لا يصح. قال الفقيه يحيى البحيح: وهو القوي؛ لأن على الغرماء ضرراً في انتظار كسب العبد، وربما تعذر عليه أو مات أو تمرد.

وإن لم يكن ماله مستغرقاً بالدين عتق العبد من ثلث ما يبقى بعد الدين، فإذا زادت قيمته على ثلثه سعى في الزائد للورثة، وإن كان لا يملك سواه ولا دين عليه عتق وسعى لهم في ثلثي قيمته، إلا أن يجيزوا أو بعضهم فلا سعاية عليه لمن أجاز.

مسألة: من له ثلاثة عبيد لا مال له سواهم فأعتقهم في مرض موته بلفظ واحد أو بألفاظ متفرقة عتقوا وسعى كل واحد في ثلثي قيمته سواء استوت قيمتهم أو اختلفت، فلو كانت قيمة أحدهم مائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث ثلاثمائة - قسم ثلث قيمتهم - وهو مائتان - بينهم أسداساً^(٤)؛ لأنه كأنه جعل لكل واحد قدر^(٥) قيمته، فيكون للأول سدس، وهو ثلث مائة، ويسعى في ثلثي مائة، وللثاني سدسان، وهو ثلثا مائة، ويسعى في مائة وثلث مائة، وللثالث ثلاثة أسداس، وهو مائة، ويسعى في مائتين. وقال الشافعي^(٦): إذا

(١) قد تقدم الاحتجاج للأحكام والمنتخب في الهبات فأغنى عن إعادته. (بستان).

(٢) ولو حدث الدين من بعد. (حثير) (قررو).

(٣) بل الأقل من القيمة أو الدين. (قررو).

(٤) واختار مثل هذا القاضي عامر في مسألة العبيد في كتاب الإقرار.

(٥) في (أ): قدر ثلث قيمته.

(٦) وعندي أن قول الشافعي هو الموافق للأصول؛ لأنه ينفذ من تصرفه الأول قدر الثلث؛

أعتقهم بألفاظ متفرقة عتق الأول من الثلث، فإن زادت قيمته على الثلث سعى في الزائد، وإن نقصت عنه عتق بغير شيء، وعتق الثاني بعده وسعى في الزائد من قيمته على ما بقي له من الثلث. وله قول آخر: إنه يقرع بينهم في العتق^(١).

مسألة: من أعتق نصيبه في عبد في مرض موته عتق العبد كله، فنصيبه من ثلث ماله بعد قضاء الدين، ويضمن قيمة نصيب شريكه، قال في البحر: ويكون ضمانه من ثلث ماله، فإذا زادت قيمة نصيب شريكه على ثلثه فالزائد على العبد يسعى فيه. وفيه نظر، والأولى أن العتق جنائية منه على نصيب شريكه؛ فيضمن قيمته من رأس ماله، فإن كان معسراً سعى فيها العبد. فإن كان ماله مستغرقاً بالدين سعى العبد في قيمة نصيب المعتق، وكان لشريكه حصته من السعاية ومن المال^(٢)، والباقي من قيمة نصيب الشريك على العبد يسعى فيه^(٣).

إذ قد نفذه، بخلاف الوصية. (مفتي). وهذا قريب، بل هو الأولى.

(١) وحجته أن رجلاً كان له ستة أعبد فأعتقهم في مرضه، فأقرع الرسول ﷺ بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة. قلنا: مخالف للأصول؛ إذ الحرية لا يطرأ عليها الرق إجماعاً، والقرعة لا أصل لها في موارد الشريعة ومصادرها، وما لا يوجد له أصل فلا تعويل عليه. قالوا: قرع رسول الله ﷺ بين نسائه في السفر، وساهم يونس عليه السلام في السفينة، ووقعت القرعة في كفل مريم حيث قال تعالى: ﴿إِذْ يُلقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤]. قلنا: لتطيب النفوس وتأنيس القلوب وسلوك جانب الإنصاف، لا لأمر شرعي يوجب ذلك. قال عليه السلام: وحديث الأعبد أعظم ما يعتمدونه في قاعدة القرعة، قال: وقد قال بعض الحنفية: ما أكيس من قرعة الشافعي تميز بين الحر والعبد. (بستان).

(٢) يعني: من مال الميت؛ لأن السعاية هي ومال الميت قد صارا مستغرقين لأهل الدين، وشريكه من أهل الدين. (بستان).

(٣) ولا يقال: إن العبد يسعى في حصة الشريك جميعها كما في إعتاق المعسر لنصيبه؛ لأن للمعتق تركة، وهي سعاية العبد في حصة المعتق نفسه وسائر التركة، لكنها مستغرقة

مسألة: من أعتق عبده في آخر جزء من صحته فله أن يتصرف فيه بما شاء حتى يمرض فيمتنع منه حتى يبان حاله، فإن مات تبين أن العبد عتق قبيل مرضه من رأس ماله، فلو أعتقه قبل سبب موته بجزئين ونذر عليه بثلث ماله قبل سبب موته بجزء صح ذلك وكان^(١) من رأس ماله^(٢).

مسألة: من مات وله عبد وعليه دين يستغرق ماله فأعتق الغرماء العبد قبل أن يقضوهم الورثة أو الوصي لم يصح العتق^(٣)، وإن أعتقه الورثة قبل قضاء الدين فقال القاضي زيد: لا يصح عتقهم، وأشار إليه المؤيد بالله، وقال أبو مضر: بل يكون موقوفاً على سقوط الدين، فإذا سقط بقضاء أو براء صح العتق، واليه أشار المؤيد بالله أيضاً، وهو الأرجح. وقبل قضاء الدين لا يصح العتق ولو أجازته الغرماء؛ لأن المانع هو الدين، وهو باق؛ لأن الإجازة من الغرماء لا تسقطه^(٤).

فيشترك أهل الدين فيها، ومن جملتهم الشريك، وما بقي من حصة الشريك سعى فيها العبد واختص بها جرياً على القواعد. (إملاء شامي) (قرر).

(*) ويختص به الشريك من بين الغرماء. (من حاشية قال فيها: من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(١) أي: العتق.

(٢) يعني: فلا يجب العتق من الثلث، بل ينفذ العتق من رأس المال، ويستحق ثلث التركة بالنذر. (قرر).

(٣) لأن العتق لا يصح إلا من مالك. ولم يصدر من مالك.

(*) وذلك لأنه لم يصدر من مالكة. (بستان بلفظه).

(٤) وقد تقدم في الوقف. لكن يقال: الإجازة إسقاط حق لا غير، والمانع هو حق الغير، فليعلم. وقد تقدم أن الإجازة تسقط الضمان فليُنظر. يقال: الإجازة من المالك تسقط الضمان، لا إجازة غير المالك، كما نصوا عليه في الزكاة تعليقاً على قوله: لكن تسقط الضمان. فابحث.

مسألة: من ملك عبده شيئاً معيناً من ماله لم يصح؛ لأنه لا يملك، وإن ملكه جزءاً مشاعاً من ماله عموماً وقبل العبد حيث يحتاج إلى القبول فإنه يعتق؛ لأنه يملك ذلك الجزء من نفسه، فيكون كما لو ملكه جزءاً من نفسه^(١). قلنا: ويملك ذلك الجزء من باقي مال السيد ولو زاد على ثلثه، إلا في النذر فلا يجاوز الثلث على قول الهادي الصحيح، فلو نذر عليه بثلاث ماله صح ثلث العبد وثلث باقي ماله ويعتق العبد، ولا يكون عتق باقي العبد من جملة الثلث؛ لأنه ليس من النذر^(٢). وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح ذلك كله؛ لأنه لا يملك العبد حتى يعتق، وهو لا يعتق هنا إلا بعد ملكه لذلك الجزء، فيكون دوراً. قلنا: كما لو ملكه جزءاً من نفسه فإنه يصح ويعتق وفاقاً ولو كان الجزء مجهولاً^(٣)؛ لأنه كالعتق، ذكره عبد الله بن زيد.

فرع: فلو كان مال السيد مستغرقاً بالدين فإن كان تمليكه للعبد في حال الصحة صح التمليك والعتق ولا شيء على العبد، وإن كان في مرض الموت فإن أضافه إلى بعد موته لم يصح؛ لأنه وصية، والدين يمنع الوصية، وإن نجزه صح العتق فقط، وسعى العبد للغرماء في قيمته كما مر^(٤).

(١) مشاعاً. (هداية، وحديث). وظاهر الإطلاق يقضي بعدم الفرق، قلت: كما لو أعتق أحد أعضائه عتق؛ إذ التمليك من ألفاظ العتق. (مفتي). ومثله عن الدواري. قلت: وهو ظاهر الأزار.

(٢) بل عتق محض، ولا سعاية، فيعتق ولا شيء عليه، ويستحق ثلث المال. (هبل) (قرر). (٣) يعني الذي من نفسه، وأما لو كان الجزء مجهولاً من ماله أو من نفسه وماله فلا يعتق. (قرر). (*) هذا في النذر والوصية، وأما إذا كان هبة أو تمليكاً فلا يصح بالمجهول حتى يميزه كما يميزه للبيع. وظاهر ما ذكره في بعض النسخ الصحة مطلقاً. اهـ هذا الكلام كله في تمليكه جزءاً مجهولاً من نفسه كما هو الظاهر، فلا يتوهم عوده إلى المال.

(٤) فإن برئ من مرضه أو أيسر عتق ولا سعاية. قال الإمام عز الدين عليه السلام: ويرجع بما قد

مسألة: من أوصى بجزء من ماله لعبده عتق عقيب موت سيده؛ لأنه يملك ذلك الجزء من نفسه في تلك الحال، ثم ينظر في قيمته: فإن كانت تأتي قدر ذلك الجزء الذي أوصى به له من ماله ومن نفسه فلا شيء له^(١) ولا عليه للورثة إن تراضوا بذلك، وإلا فالواجب أن يأخذ ذلك الجزء من جميع المال ويسلم للورثة باقي قيمته، وهو الزائد على الجزء الموصى به من نفسه^(٢)، وإن كانت قيمته أكثر مما أوصى به له سعى لهم في الزائد منها على ثلث ماله، لا إن خرجت من الثلث فلا شيء عليه^(٣)، وإن كانت قيمته دون ما أوصى له به سلموا له الزائد على قدر قيمته إذا تراضوا بذلك، وإن لم فالواجب أن يأخذ ذلك الجزء من جميع مال سيده ويسلم لهم قيمة باقي رقبته.

فرع: فإن أوصى بذلك للعبد ولغيره فإن كان ذلك الغير محصوراً كواحد أو جماعة معينين ملك العبد حصته وعتق، ويكون الكلام ما مر، لكن حيث أوصى بذلك لعبده ولفلان أو ولبني فلان، أو قال: لعبدي ولفلان وفلان وفلان - فللعبد نصف ذلك، وحيث أوصى بذلك لعبده وبني فلان، أو لعبده وهؤلاء الجماعة، أو لعبده ولفلان ولفلان ولفلان، أو لعبده وفلان وفلان وفلان - فإنه يكون بينهم على عددهم^(٤)، وهكذا في الوقف والنذر والهبة^(٥)،

سلم للغرماء عليهم. وفي بعض الحواشي: إذا أيسر السيد في المرض رجوع عليه، ولعل هذا يصح بنظر الحاكم لكفاية التراجع، وإلا فالأنسب كلام الإمام عز الدين عليه السلام.
(١) كأن تكون جملة ماله ستة وثلاثين درهماً، وقيمة العبد ستة دراهم من جملة التركة، والوصية سدس ماله.

(٢) الظاهر - والله أعلم - أن الجزء الموصى به الثلث فما دون، وقد أشار إليه في الكتاب.

(٣) وذلك لاستهلاكه بالوصية وإن كانت الوصية أقل من الثلث. (قرئ).

(٤) كأنه جعل تكرير اللام مخرجاً لها عن وضعها من كونها قاسمة، وأنه قرينة التشريك.

(٥) والإقرار والبيع. (قرئ).

ذكر ذلك في البحر. وإن كان ذلك الغير لا ينحصر كالفقراء ونحوهم فإن قال: «أوصيت بذلك لعبدي والفقراء» فله نصفه ولهم نصفه؛ فيعتق، وإن قال: «أوصيت به لعبدي والفقراء» فهو هنا كأحدهم^(١)، وهم لا ينحصرون، فلا يعلم كم يملك من نفسه ولا في كم يسعى من قيمته، والسعاية في المجهول باطلة^(٢)؛ فلا يعتق، ذكر ذلك في الشرح واللمع، وقال القاضي زيد^(٣): إنما لم يعتق العبد لأن الوصية للمجهولين لا تعين في جميع المال، فلم يملك العبد شيئاً من نفسه.

فرع: فلو أوصى بثلث ماله لعبده وزيد وعمرو كان للعبد ثلث الثلث من نفسه ومن باقي المال، فيعتق ثم ينظر في قيمته: فإن كانت قدر نصيبه من

(١) لفظ التذكرة: وإن أوصى بالثلث للفقراء وجعله كأحدهم لم يعتق؛ لجهالة الوصية المستلزمة سعاية بمجهول، ولأن الوصية بالثلث للفقراء يجوز أن يعطي من شاء وما شاء قدر الثلث ويفضل، وليس لأبيهم مطالبة. اهـ وينظر لو صرف الورثة الموصى به من جميع تركته العبد وغيره، وعينوا الجزء الموصى به في العبد - هل يصح ويعتق لكونه كأحد الفقراء أو لا يصح؟ أجاب شيخنا المفتي رحمته الله بأنه يصح ويعتق، والله أعلم. (شامي) (قرر).

(*) سيأتي في الوصايا^[١] أنه إذا قال: «أوصيت بهذا لفلان والمساكين» كان نصفين، وهو يخالف ما هنا، وما هنا هو المعتمد.

(٢) وينظر في صحة الوصية هل تصح لهم ويلغو ذكر العبد ولا يكون للعبد شيء؟ ولو قيل: يعتق العبد ويملك من نفسه أدنى ما له قيمة ويسعى بالزائد - لم يكن بعيداً؛ لصحة الوصية بالمجهول. (سيدنا علي بن أحمد).

(٣) وهو المناسب لما في الأزهار في قوله: وإلا فإلى الورثة تعيينه.

[١] في المسألة التاسعة من قبل كتاب السير في قوله: مسألة: من أوصى بشيء لفلان وللحج أو للحج وفلان أو لفلان والمساكين كان ذلك نصفين. وقد وجد الفرق هناك، وهو مذكور في هامش هذا الكتاب.

الكل^(١) فلا شيء له ولا عليه مع التراضي كما مر، وإن كانت أقل وفوه الزائد، وإن كانت أكثر سعى في الزائد من قيمته على نصيبه مع التراضي كما مر، ثم يقسم الورثة وزيد وعمرو باقي المال مع باقي قيمته أربعاً: لزيد وعمرو ربع، وللورثة ثلاثة أرباع؛ لأن لهما تسعين وللورثة ستة أتساع.

فرع: وحيث الموصى لهم معينون فلكل واحد منهم أن يدعي نصيبه، ويستحقون ذلك الجزء من جميع التركة، فليس للورثة أن يسلموه من بعض المال إلا برضاهم. وحيث هم غير معينين كالفقراء ونحوهم^(٢) ليس لأحد منهم أن يدعي لنفسه حقاً فيه، إلا إذا قال الموصي: «واجعلوا فلاناً من جملتهم» أو «كأحدهم»^(٣)، فله أن يدعي حقاً لنفسه في الوصية، ولا يجب تسليمها من جميع المال، بل للورثة أن يعينوها في بعضه، ذكره القاضي زيد للمذهب^(٤)، وأشار في الزيادات إلى أنهم يشاركون في جميع المال.

فرع: وإذا اختلف الورثة في تعيين الوصية بالمال فعين بعضهم غير ما عينه الآخر فلعله لا يصح إلا ما رضوا به الكل^(٥)؛ لأن ذلك كالقسمة.

فرع: وإذا أوصى لعبده بجزء مجهول من نفسه فإنه يعتق بعد موته؛ لأنه قد ملك جزءاً من نفسه، ولا شيء عليه إن خرجت قيمته من الثلث، وإن زادت عليه سعى للورثة في الزائد، وإن كان لا يملك سواه فلعله يسعى في ثلثي قيمته. وكذا يأتي إذا نذر عليه بجزء من نفسه^(٦)، وأما إذا نذر عليه أو أوصى له بجزء

(١) كأن يكون جميع التركة ستة وثلاثين ومن جملتها قيمة العبد أربعة. (سيدنا حسن عليه السلام).
(*) وهو تسع المال.

(٢) الهاشميين والزهاد والعلماء والمتعلمين.

(٣) ويصرف إليه ما له قيمة. (قرير).

(٤) وعليه الأزهار في الوصايا.

(٥) فإن لم يحصل تراض فالحاكم. (شامي). (قرير).

(٦) يعني فيعتق وينظر: فإن خرجت قيمته من الثلث فلا سعاية عليه، وإلا سعى بالزائد.

مجهول من ماله فلعله لا يصح^(١)؛ لأنه لا يتعين في العبد، فلم يملك شيئاً من نفسه، إلا إذا جعل الجزء مشاعاً في ماله^(٢) - والله أعلم - فيرجع إلى الورثة في تفسيره^(٣) ويعتق العبد.

مسألة: والفرق^(٤) بين الوصية للعبد بنفسه أو بجزء منه وبين التدبير أن الوصية تبطل بالدين المستغرق لا التدبير؛ لأن له قوة، وأن الوصية تبطل بالرد لا التدبير، وأنه يجوز بيعه في الوصية قبل موت السيد لا في التدبير إلا لضرورة^(٥)، وأن أولاد الأمة المدبرة يتبعونها في الحكم لا أولاد الموصى لها بنفسها.

وأما حيث الوصية له بعته فقال في الانتصار والفقهاء يحیی البحيح: إنه كالوصية أيضاً^(٦)، وقال في الكافي والتفريعات والمنصور بالله والفقهاء محمد بن يحيى: إنه كالتدبير سواء.

وهو يستقيم حيث النذر في المرض، لا إن كان في الصحة فلا سعاية عليه كما تقدم قريباً في قوله: مسألة: من ملك عبده.. إلخ. (قررد).

(١) يعني: العتق، إلا أن يفسر الورثة ذلك الجزء المجهول بالعبد أو ببعضه صح العتق، والله أعلم. وظاهر الأزهار وصريح قول الفقهاء عبدالله بن زيد أنه يعتق بذلك وإن لم يرد المشاع، ولعل كلام البيان أولى؛ إذ لهم التعيين في سائر التركة، وقد بنى عليه في الغيث ومختصره حيث قال: وبتمليكه جزءاً من المال لا على وجه التعيين، بل مشاعاً في جميع ما يملكه، والله الهادي. (مفتي). والقياس الصحة وأنه يعتق، وهو ظاهر الأزهار حيث قال: وبالإيضاء له بذلك.

(٢) نحو أن يقول: بجزء من جميع مالي، فإنه جزء مشاع. (قررد).

(٣) هل ثلث أو ربع أو عشر أو نحو ذلك. (قررد).

(٤) هذه الفروق الأربعة ذكرها الفقهاء يحيى البحيح. (بستان). وأنها تبطل بقتل الموصي عمداً عدواناً، بخلاف التدبير، وهذا خامس.

(٥) أو لفسق. (قررد).

(٦) ويعتق بالموت من غير إعتاق.

فصل: [في عتق بعض المملوك]

من أعتق من مملوكه شيئاً ولو قل عتق كله سواء كان مشاعاً أو عضواً مخصوصاً ولو شعرة^(١) منه، لا ما كان مجاوراً له كالدمع والريق والعرق والبول ونحوها^(٢) كما تقدم في الطلاق، ولا سعاية على العبد في قيمة باقيه، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة حيث أعتق منه جزءاً مشاعاً فيعتق ويضمن قيمة الباقي.

مسألة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه عتق العبد كله وضمن المعتق^(٣) قيمة نصيب شريكه يوم العتق إن كان موسراً وقت العتق، وإن كان معسراً - وهو الذي لا يملك إلا ما يستثنى للمفلس^(٤) - سعى العبد للشريك ولو أيسر المعتق من بعد العتق. وكذا لو أعسر بعد ما كان موسراً يوم العتق فلا سعاية على العبد.

فرع: ويكون الولاء للمعتق سواء ضمن أو سعى العبد، وقال العيصيفري: إذا سعى العبد كان الولاء للشريكين معاً. وقال الشافعي: حيث يكون المعتق موسراً يعتق العبد ويضمن المعتق لشريكه، وحيث يكون معسراً يعتق نصيبه فقط ويبقى نصيب الشريك له. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: يكون الشريك خيراً^(٥) بين أن يعتق نصيبه أو يكاتبه أو يدبره، وبين أن^(٦) يضمن المعتق قيمة

(١) وهو يؤيد صحة عتقه بتملكه الجزء المجهول من نفسه.

(٢) الدم والمخاط. (قررو).

(٣) وإذا كان المعتق اثنين ضمنا قيمة نصيب الشريك نصفين ولو كان ملكهما مختلفاً. (كواكب).

(٤) فإن أيسر بالبعض سلمه، وسعى العبد في الباقي. (كواكب) (قررو).

(٥) بين ثلاثة خيارات.

(٦) ويرجع المعتق على العبد بما ضمن. وكذا في صدر الشريعة للحنفية، ومثله في شرح

التجريد للمؤيد بالله. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

نصيبه ويعتق^(١)، وبين أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه ويعتق.
فرع: وهل يكون المعتق لنصيبه أم لا؟ قال الفقيه يحيى البحيح: لا^(٢)،
 فإذا وكل غيره بالعتق صح، وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل يأثم، وأشار إليه
 المؤيد بالله، فهل يصح توكيله به؟ فيه نظر^(٣).

فرع: وحيث المعتق معسر والعبد صغير فإنه ينتظر وقت إمكانه للتكسب ثم
 يستسعيه وليه، وهو أبوه أو وصي أبيه أو جده أو وصي جده أو وصي الوصي أو
 الإمام أو الحاكم أو من ولياه، لا المعتق فلا ولاية له عليه ولا للشريك^(٤).

مسألة: وإذا أذن الشريك لشريكه في عتق العبد كله^(٥) أو في عتق نصيب
 الأذن فلا ضمان ولا سعاية^(٦)، وإن أذن له في عتق نصيب المعتق فلا ضمان،
 بل السعاية على العبد.

(١) ظاهره أنه يعتق بإعتاق الأول.

(٢) لقوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ((من أعتق شقصاً له في عبد قوم عليه الباقي)) ولم يبين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المعصية
 مع أنه في موضع التعليم، فيلزم أن يصح التوكيل. (صعيتري).

(٣) لأنه بالنظر إلى أنه استهلاك لمال الغير يكون معصية فلا يصح التوكيل به كما لا يصح
 بالمحظورات، والأصح صحة التوكيل؛ لأنه لم يعتق نصيب الشريك إلا بالشرع؛ للخبر،
 فلم يكن التوكيل معصية. (صعيتري).

(٤) في (أ): ولا لشريكه.

(٥) مضيفاً. (قرر).

(*) والولاء في الأولى لهما معاً، وفي الثانية للأول فقط، وفي الثالثة للمعتق. (معيار معني)
 (قرر).

(٦) إن قلت: إن ظاهره يقتضي أنه لا سعاية لا للمعتق ولا للأذن حيث أذن له بعتق نصيب
 الأذن، ويحتمل أن يقال: لا سعاية في حصة الأذن. وظاهر الأظهار أن العبد يسعَى
 للمباشر؛ لأنه أعتق نصيب شريكه فسرى إلى حصته، فيسعى له. (مفتي). وقيل: لا
 سعاية مطلقاً. (هبل).

مسألة: إذا كان بعض العبد وقفا وأعتق المملوك منه فقيل: إنه يسري إلى الوقف ويكون استهلاكاً له^(١). ولعله القوي. وقال الأمير الحسين: لا يسري إليه^(٢)، بل يكون بعضه حراً وبعضه وقفاً، فلو كانت أمة وولدت أولاداً كانوا مثلها.

مسألة: إذا أعتق الشريك نصيب شريكه بغير إذنه فقال الفقيه حسن: إنه يعتق نصيبه ثم يسري إلى نصيب شريكه^(٣)، وقال الفقيه يوسف: لا يعتق. ولعله القوي.

مسألة: وإذا أذن الشريك لشريكه في عتق العبد كله فأعتق نصيب نفسه، أو أذن له في عتق نصيب الأذن فأعتق العبد كله أو أعتق نصيب نفسه فقط - كان مخالفاً لغرض الأذن؛ لأنه أبطل عليه ثبوت الولاء^(٤)، فيكون كما لو لم يأذن له^(٥). وإن أذن لشريكه في عتق نصيب شريكه فأعتق العبد كله فليس في هذا مخالفة، بل تجب السعاية^(٦) على العبد، والولاء للمعتق.

(١) هذا ذكره السيد الهادي بن يحيى، وقواه صاحب الكتاب، قال: لأن العتق يسري إلى ملك الأدمي فكذا إلى ملك الله تعالى. (بستان).

(٢) وعليه الأزهار في غالباً.

(٣) قال: لأن عتقه لنصيب شريكه يقتضي عتق نصيبه. وحجة الفقيه يوسف: أنه أعتق ملك الغير بغير إذنه؛ فلهذا لم يعتق. (بستان).

(٤) فإن أذن له بعتق العبد كله فأعتق نصيب الأذن فقط ففيه تردد هل يصح العتق أو لا يصح؛ لأنه أذن له بعتق لا سراية فيه، بل بعتق الكل، ولم يفعل ما أمر به، بل أعتق عتقا فيه سراية؟ والأقرب الصحة؛ لأن ليس فيه ما يخالف غرض الموكل، بل فيه زيادة خير له، وهو ثبوت الولاء له وحده، والله أعلم. (برهان).

(٥) يعني: فيعتق ويضمن المعتق الموسر، ويسعى العبد عن المعسر. وهذه المسألة كلها ذكرها الوالد لنفسه في البرهان. (بستان).

(٦) وهذا كما تقدم في آخر المسألة الرابعة، إلا أن يحمل الأول أنه أعتق نصيبه فقط وهنا أعتق الكل.

مسألة: من أوصى لغيره بحمل أمته ثم مات وأعتق الوارث الأمة عتق حملها معها، ثم إن ولدته حيا ضمن المعتق قيمته يوم ولد (١) للموصى له، وإن ولدته ميتا فلا ضمان (٢).

فرع: فلو جنى الغير على الأمة قبل عتقها ثم ألفت الجنين بعد العتق لزم الجاني (٣) غرته للموصى له إن خرج حياً، وهي نصف عشر قيمته يوم ولد لو كان حياً، وإن خرج حياً ثم مات وجبت قيمته يوم ولد للموصى له اعتباراً بحال الجناية، ذكره أبو حنيفة والفقهاء علي (٤)، وقال الشافعي والفقهاء يحنى البحيح: بل يعتبر حال موته، وهو مات حراً؛ فتجب ديته، للموصى له منها قدر قيمته، وباقيها لورثة الحمل.

فرع: فلو وقعت الجناية بعد العتق فعلى الجاني دية الحمل لورثته إن خرج حيا ثم مات، وإن خرج ميتا فغرة حر لورثته، ويلزم المعتق قيمة الحمل يوم ولد للموصى له إن ولد حياً، وإن ولد ميتا فقال الفقيهان حسن وعلي: لا شيء على المعتق (٥)، وقال الفقيه يوسف: إنه يضمن غرة (٦) عبد للموصى له؛ لأنه استهلكها عليه بالعتق (٧). وهو القوي.

(١) لأنه أقرب حال يقوم فيه الولد.

(٢) لأنه لا قيمة له.

(٣) ولا شيء على المعتق من بعد الجناية؛ لأنه أعتق ما هو مقطوع بموته. (غيث).

(٤) وبنى عليه في الأزهار في الجنائيات حيث قال: والعبرة في العبد والكافر بحال الفعل.

(٥) وعليه مفهوم الأزهار في قوله: حياً فقط.

(٦) قوي شامي وذماري وسحولي وتهامي.

(٧) لأن المعتق هنا قد استهلك على الموصى له ما له قيمة، بخلاف حيث خرج ميتا بغير

فروع: قال في البحر: وإذا ألقى المرأة الجنين عقيب الجنانية^(١) فالظاهر أنه منها ولو أنكر الجاني كونه منها.

مسألة: إذا أعتق الشريك نصيبه في أمة حامل عتقت وحملها، وضمن لشريكه قيمة نصيبه فيها، ويدخل حملها فيها^(٢)؛ فلا يضمن قيمة نصيبه فيه يوم يولد^(٣)، بخلاف ما إذا استولدها فإنه يضمن قيمة نصيب شريكه في الأمة يوم

(١) في الوقت الذي يلي الجنانية بحيث لا يجوز أنه من غيرها، ولا فرق بين أن تلقيه وهي حية أو بعد موتها. (بستان لفظاً من الجنائيات من باب الديات).

(*) أو بقيت متألماً إلى الإسقاط؛ إذ هو الظاهر. وإن تراخى الإسقاط وأنكر الجاني استمرار الألم فالقول قوله؛ إذ الظاهر معه، والأصل براءة الذمة. (بستان بلفظه من الجنائيات). (قرره).

(٢) وذلك لأنه استهلكها في حالة واحدة، وفي صورة الاستيلاد كأنه استهلك الولد أولاً بثبوت نسبه عنه ثم حصل استهلاك الأمة بعده بثبوت كونها أم ولد له. قال الوالد: هذا الفرق غير واضح؛ لأن ثبوت نسب الولد وثبوت الاستيلاد يقع في حالة واحدة. (بستان). يقال: بينهما ترتب ذهني.

(٣) جعل في الأثر غالباً احترازاً من أن تكون الوصية بالحمل للشريك في الأم فإن المعتقد للأم لا يضمن لشريكه قيمة الحمل كاملاً على تلك الصفة المتقدمة، بل يضمن قيمة نصيب شريكه في الجارية حاملاً وقيمة النصيب الموصى به من الحمل كاملاً على تلك الصفة المتقدمة، مثاله: لو كانت الأمة نصفين، وقيمتها مثلاً في حال كونها حاملاً ثلاثون وغير حامل عشرون، وقيمة الحمل في أول وقت له فيه قيمة ستة عشر، فأوصى أحدهما للآخر بنصيبه في الحمل ثم أعتق الجارية، فإنه يضمن له في الحال ثلاثة وعشرون؛ فخمسة عشر قيمة حصته في الأمة حاملاً؛ إذ تدخل قيمة الحمل في قيمة أمه، وثمانية قيمة النصف الموصى به من الحمل، هذا هو القياس الملائم الذي يستقيم عليه مراد أهل المذهب في هذه المسألة، وأما عبارة الأزهار فلا يستقيم عليها المعنى الصحيح، سيما مع تفسير الإمام لها في الغيث، وذلك حيث قال: يضمن قيمة نصيبه في الأم حاملاً، وتدخل قيمة الولد في قيمة الأم، وحيث لا فائدة في الوصية؛ لأن قيمة الحصة في الأم حاملاً لازمة من دون وصية، فلم يكن لذلك فائدة. (شرح أثمار، ووابل) (قرره).

حبلت وفي الولد يوم ولد؛ لأن استهلاكه لها مختلف، فاستهلاكها بثبوت كونها أم ولد له، واستهلاكه بثبوت نسبه^(١)، وهذا الفرق ذكره الفقيه يحيى البحيح، وفيه خفاء، ولعل الفرق أنه حيث أعتقها حاملاً قد كانت زادت قيمتها بالحمل؛ فدخلت قيمته في قيمتها، وحيث وطئها وعلقت منه لم تزد قيمتها بالوطء؛ فلم تدخل قيمة الولد في قيمة أمه، والله أعلم.

مسألة: إذا شهد الشريك^(٢) أو أقر على شريكه بعتق نصيبه في العبد وأنكر فإنه يعتق العبد؛ لإقرار الشاهد بعتق نصيبه بالسراية^(٣)، فيكون هو المعتق في الظاهر، ويضمن قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسراً سعى فيها العبد، ثم إن صدق العبد الشاهد سعى له في قيمة نصيبه عن المشهود عليه إذا هو معسر، لا إن كان موسراً ولا إن لم يصدق الشاهد فلا شيء عليه له، هكذا في اللمع والانتصار، وقال في التقرير والتذكرة والقاضي زيد والناصر وأبو حنيفة: إنما يعتق العبد إذا^(٤) صدق الشاهد في شهادته؛ لأنها إقرار يحتاج إلى التصديق، وإن لم يصدقه لم يعتق. ويأتي على هذا الخلاف إذا أقر السيد أنه قد كان أعتق عبده ولم يصادقه العبد هل يعتق أم لا^(٥).

فروع: ويكون الولاء في هذا العبد لها معاً عند الناصر، وعند القاسمية^(٦) لا

(١) فهذا الاستهلاك مرتب، بخلاف الأول فهو استهلاكهما في حالة واحدة. وضعفه في الكواكب وقال: الاستهلاك في حالة فيهما.

(٢) قوله: «إذا شهد الشريك» ولو كافراً أو فاسقاً، ولو خيراً بغير شهادة. إذ المراد الإخبار أو الإقرار لا أنه يشترط لفظ الشهادة. (قرئ).

(٣) إلى ملكه.

(٤) هذا قيل في الأزهار.

(٥) الظاهر من المذهب أنه يعتق.

(٦) وعن سيدنا عامر: الولاء للشاهد.

يثبت لأيهما؛ لأنه كل واحد منكر له، إلا أن يرجعا أو أحدهما إلى الإقرار به قبل موت العبد ثبت لمن رجع^(١).

فرع: فإن شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه أعتق نصيبه ضمن كل واحد قيمة نصيب شريكه، فيتقاصان إن استويا في الملك، وإن اختلفا ضمن صاحب الأقل لصاحب الأكثر الزائد من قيمة النصف على نصيب نفسه، فإن كانا معسرين سعى العبد لكل واحد منهما في قيمة نصيبه ولا قصاص، وإن كان أحدهما موسرا والثاني معسرا ضمن الموسر للمعسر، وسعى العبد للموسر عن المعسر ولا قصاص^(٢)، وسواء صدقهما العبد أو كذبهما على الخلاف المتقدم. فإن شهد مع أحدهما أجنبي لم يتغير الحكم، إلا أن يحلف مع شاهده حكم على الثاني بالشاهد واليمين^(٣).

فرع: فلو كان العبد بين ثلاثة فشهد اثنان منهم وهما عدلان على الثالث بالعتق لم يحكم بشهادتهما؛ لأنهما يجران لأنفسهما وجوب الضمان على المعتق أو السعاية على العبد، وقد عتق العبد بإقرارهما^(٤)، ويضمنان قيمة نصيب

(١) هلا قيل: فيه مصادقة على بيت المال. عن المفتي: أنه ينزل على الخلاف في الإقرار بالعين هل يصح الرجوع أم لا، والله أعلم. وفي حاشية: ولعله ينزل على قول من يقول: بيت المال وارث حقيقة أم لا.

(*) وسواء رجعا معاً أو مرتباً ما دام العبد حياً.

(٢) قال **عليه السلام**: وهذا إذا وقعت شهادتهما في حالة واحدة، فأما إذا ترتبا فإنه يعتق العبد بشهادة الأول، ثم يسقط الضمان عنه والسعاية عن العبد بشهادة الثاني. وقال الفقيه يحيى البحيح: لا فرق؛ لأن كل واحد منهما يقول: إن صاحبه أعتق قبل شهادته عليه. (بستان).

(٣) فيضمن قيمة نصيب الخالف. (قررو).

(٤) ولا ولاء لأحد على العبد؛ إذ كل واحد منكر لعتقه، فيكون الولاء لبيت المال. (قررو).

شريكهما. وقال العصفري: يحكم بشهادتهما^(١).

مسألة: إذا شهد عدلان على رجل أنه أعتق عبده البالغ^(٢) لم تصح الشهادة إلا أن يدعي العبد العتق، وقال أبو يوسف ومحمد^(٣): بل تصح حسبة^(٤). قال الفقيه يحيى البحيح: وهو القوي^(٥)؛ لأن بقاءه يؤدي إلى بيعه، وهو لا يجوز بيع الحر ولو رضي.

فأما عتق الصغير^(٦) والأمة فإنها تصح الشهادة عليه من باب الحسبة ولو أنكروا المشهود له؛ لأن ترك الشهادة به يؤدي إلى منكر. وكذا على حرية الأصل؛ قيل: لأن تركها يؤدي إلى إثبات الولاء عليه وقطع الإرث منه بالنسب. وكذا على الوقف وعلى الطلاق الثلاث^(٧) والطلاق قبل الدخول، والرضاع بين الزوجين، وكل ما كان ترك الشهادة عليه يؤدي إلى حصول منكر^(٨)، وعلى حقوق الله تعالى المحضة التي ليس لها طالب معين، كحد الزنا والشرب والسرقة

(١) اعلم أن العصفري ذكر أنه يحكم بشهادتهما، ونظره الفقيه يحيى البحيح بأنها يجزى إلى أنفسهما ويدفعان عنها وجوب الضمان في الظاهر، واستحسنه صاحب الكتاب، وبنى عليه، وجعله صدر المسألة. (بستان بلفظه).

(٢) لا فرق. (قرر).

(٣) قيل: ولا يشترط لفظ الشهادة، بل يكفي حضور الخصم المشهود عليه. المختار أنه لا بد من لفظها إلا أن يوجد نص.

(٤) سميت حسبة بهذا الاسم لأنها لا تحتاج إلى دعوى، فهي مستغنية عن الدعوى، من قوهم: حسبك هذا الشيء، أي: كافيك ومغنيك. (رياض).

(٥) وقواه الإمام المهدي عليه السلام في البحر.

(٦) والمجنون.

(٧) المجمع عليه. (قرر). أو في مذهبه عالماً. وكذلك الرضاع. (قرر).

(٨) ولا يصح التراضي عليه؛ لثلاث يلزم في مال الغير المغصوب ونحو ذلك. (قرر). فإن كان يصح التراضي عليه كالأموال لم تصح إلا المدع. (قرر).

على خلاف في السرقة (١).

(١) لا تصح إلا المدع. (شرح أزهار من الشهادات) (قرو). شرح قوله: ولغير مدع في حق آدمي محض.

فصل في التدبير

هو يصح بقوله لمملوكه: دبرتك أو أنت مدبر، ولو علقه بشرط^(١)، فمتى حصل الشرط صار مدبراً، وبقوله: أنت حر أو عتيق بعد موتي أو بعدي أو نحو ذلك إذا علقه بموته مطلقاً، فإن قال: بعد موتي من مرضي هذا أو في سفري هذا أو في عامي هذا أو نحو ذلك فقال في الكافي والتفريعات والتذكرة والحنفية: يكون ذلك وصيةً بعته^(٢) لا تدبيراً، وقال في الانتصار والحفيظ ومهذب الشافعي: يكون تدبيراً. ولعل المراد به إذا مات في ذلك الحال الذي وصف تبيين أن التدبير صحيح، لا قبل موته فيه فلا يقطع بصحة تدبيره، ولا إن لم يمت في ذلك الوقت الذي شرطه فلا عتق.

فرع: فإن علق العتق بموته وبأمر آخر نحو موته وموت زيد أو نحوه فإن حصل الأمر الآخر قبل موته^(٣) صح التدبير^(٤)، وإن مات السيد قبل الأمر

(١) ولو جعله عقداً على مال أو دخول دار ودخل صح التدبير وبطل المال. اهـ وكذا لو دبره فضولي عقداً وأجاز سيده صح التدبير كالعتق. (من بيان حثيث).

(٢) والقياس أن لا يعتق مالم يعرف أنه قصد الوصية. (مفتي) (قرر). قيل: وقد ذكره المنصور بالله وأبو حنيفة والفقهاء يحیی البحيح والتفريعات والحفيظ والزوائد. (* والمختار لا يكون وصية ولا تدبيراً؛ لخروجه إلى ملك الورثة، ما لم يعرف من قصده الوصية. (قرر).

(٣) أو حاله.

(٤) فإن ماتا معا أو تقدم الغير كان تدبيراً. (شرح فتح). فإن التبس فلعله يعتق ويسعى بالنصف، والله أعلم. والأولى أن لا يعتق؛ لأن الأصل بقاء الملك. (إملاء شامي) (قرر). حيث كان اللبس من الأصل كما ذكر، وإن كان اللبس بعد أن علم عتق وسعى بنصف قيمته^[١]. (حثيث) (قرر).

(* وهو مفهوم قوله في الأزهار: إن تعقب الغير.

[١] إن خرج من الثلث والا فبحسبه. (قرر).

الآخر كان كما لو قال: بعد موتي بيوم^(١) أو بشهر أو بسنة - فقال المنصور بالله وأبو حنيفة والفقيه محمد بن يحيى وفي الحفيظ والتفريعات والزوائد: إنه لا يصح العتق^(٢)، وقال في الشرح واللمع والتقريب والانتصار والمؤيد بالله والأزرقى والبحر: إنه يصح، لكن قال في التقريب والانتصار والتذكرة: إنه يكون وصية لا تدبيراً^(٣)، وقال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: إنه يكون تدبيراً، قال الفقيه يحيى البحيح: ويكون لورثة السيد بعده ما كان له من جواز بيعه عند الضرورة قبل حصول الشرط الآخر، وقال الفقيه علي: لا يكون لهم ذلك؛ لأنه قد ثبت للميت حق في عتقه.

(١) يقال: ليس كما إذا قال: «بعد موتي بشهر أو سنة» لأن ذلك وصية بالعتق كما في مسألة الخدمة، وأما في هذه المسألة فالقياس بطلانه حيث تعقب الغير ما لم يعلم أنه أراد الوصية، فيقال: ما علم تأخره عن موت السيد كيوم [بيوم (نخ)] أو شهر فوصية قطعاً، وما جوز تقدمه وتأخره كموتي وموت زيد فتدبير إن تقدم الغير، وإلا بطل. (تعليق ابن مفتح).

(٢) إلا أن يعلم من قصده الوصية. (بحر، وغيث). ومثله في الهداية.

(٣) والذي في البحر^[١] عن أبي جعفر وصححه عليه السلام أنه عتق معلق على شرط، لا تدبير ولا وصية، ويقع العتق عند خروجه إلى ملك الوارث؛ لقوة نفوذه. وقد ذكره في الوابل أيضاً عن النجري. وفي شرح الفتح وغيره أنه يصادف خروجه إلى ملك الوارث فلا يقع عتق، وهو يخالف كلام أبي جعفر [من] هذا الوجه.

(*) وهذا قوله في الأزهار: قيل: فوصية تبطل بالاستغراق.

[١] لفظ البحر: مسألة: الإمام يحيى: ويصح مطلقاً كـ «أنت حر بعد موتي»، ومقيداً كـ «بعد موتي من مرضي أو سفري أو شهري هذا».. إلى أن قال: قلت: الأقرب قول أبي جعفر: إن المقيد تعليق لا تدبير؛ إذ الظاهر التعليق، فيعقبه لقوة نفوذه حال الانتقال إلى الورثة... إلى أن قال: قلت: فإن قال: «بعد موتي وموت فلان» فتدبير إن تقدم موت فلان، وإلا بطل بخروجه إلى ملك الورثة قبل وقوع الشرط إن لم يعلم أن قصده الوصية في هذه والأولى.

مسألة: إذا قال السيد لعبده: «إذا مت أنا فشئت الحرية فأنت حر» كان ذلك وصية بالعتق لا تدبيراً^(١)، وتكون مشيئة العبد عقيب علمه بموت سيده - لأن الفاء للتعقيب - ولو تأخر علمه بعد موت السيد، وفيه الخلاف الأول^(٢).

فرع: فإن قال: «أنت حر بعد موتي إن شئت» كانت المشيئة في الحال^(٣)، فإن شاء صار مدبراً، وإن لم يشأ بطل العتق. فإن قال: «أردت بالمشيئة بعد موتي» وصادقه العبد في ذلك كان مثل قوله: «إذا مت فشئت فأنت حر» أو «بعد موتي ودفني» يكون وصية، وفيه الخلاف المتقدم^(٤).

مسألة: والمدبر يعتق من ثلث تركة سيده، وقال زفر والحسن والليث والنخعي: من الرأس. قلنا: فإذا زادت قيمته على الثلث سعى في الزائد للورثة، وإن كان ثم دين مستغرق سعى في قيمته كلها. وعلى قول مالك والشافعي والفقهاء يحى البحيح لا يعتق. قلنا: وهذا بخلاف أم الولد فهي تعتق من الرأس^(٥)، والفارق بينهما الخبر^(٦) الذي ورد في المدبر أنه من الثلث.

- (١) قوله: «وصية بالعتق لا تدبيراً» وذلك لأن للتدبير أحكاماً قبل موت السيد، وهو لا يعلم هنا قبل موته ثبوت التدبير؛ لأنه يجوز أن يشاء العبد وأن لا يشاء، فلا يعلم صحة عتقه حتى يشاء؛ فلهذا كان وصية، وفيه الخلاف الأول هل تصح الوصية المعلقة بشرط أم لا. (بستان).
- (٢) والمختار أنه إن فهم منه الوصية كان وصية، وإلا بطل. (ذماري).
- (*) للمنصور بالله والحفيظ ومن قال بقولها، والشرح واللمع ومن قال بقولها.
- (*) هل تصح الوصية المعلقة بشرط أم لا. (بستان).
- (٣) وذلك لأن قوله: «إن شئت» مقصورة على المجلس. قال في الانتصار: ويحتمل أن تكون المشيئة بعد الموت؛ لأن الظاهر تقييدها به. (بستان).
- (٤) والمختار أنه إن فهم منه الوصية كان وصية والابطل. (ذماري).
- (٥) إلا أن يستولدها في مرض مات منه فمن الثلث. (نظرية). وهو قريب، كما لو أعتق مملوكه في مرض موته، بل حالها دون ذلك. (إملاء شامي). وعلى المذهب وهو ظاهر الكتاب ولو استولدها في مرض موته، ولو مستغرقاً بالدين. (قرر).
- (٦) روي عن النبي ﷺ أنه قال: ((المدبر لا يباع ولا يشتري، وهو حر من الثلث)). (تعليق).

مسألة: إذا قتل المدبر سيده فإنه يعتق سواء قتلته عمداً أو خطأ، لكنه يقتل به في العمد^(١)، وفي الخطأ لا شيء عليه^(٢)؛ لأن التدبير أقوى من الوصية فلا يبطل بالقتل، وقال أبو حنيفة والشافعي: إنه يبطل به مطلقاً^(٣)، وقال في الكافي عن الهادي والناصر: إنه يبطل بالعمد لا بالخطأ كالوصية. ومثله في عقد الفرائض.

مسألة: ولا يجوز بيع المدبر إلا لضرورة إلى قيمته أو بعضها كما تقدم^(٤)، وحيث يجوز بيعه^(٥) لا يصح الرجوع عنه بالقول، خلاف المنصور بالله والشافعي^(٦). وإذا بيع لضرورة ثم تقايلا فيه عاد ملكاً^(٧)، وإن رد بخيار الشرط أو الرؤية عاد مدبراً؛ لأنه فسخ للبيع من أصله، وكذا في الرد بالعيب إذا كان بالحكم، لا بالتراضي إلا على قول القاسم ومن معه، وكذا في الرد بالفساد بعد القبض^(٨). قال المنصور بالله: وإن رد لفقد الصفة أو للخيانة عاد مدبراً^(٩).

(١) فإن عفوا عن القود فلا دية؛ لأنها أصلان، وهو رق حال الجناية.

(٢) لأن حالة القتل وهو ملكه له، والعبد لا يضمن لسيده، والعقق إنما وقع بعد القتل.

(٣) لكن قال الشافعي: ويبقى العبد ملكاً للورثة، وقال أبو حنيفة: يعتق ويسعى في قيمته. (بستان).

(٤) في البيوع من الخلاف، وقد ذكرنا هناك الاحتجاج فأغنى عن إعادته. (بستان).

(*) وقال الناصر والشافعي: إنه يجوز بيع المدبر على كل حال. (شرح أزهار بلفظه).

(٥) مملوكا. (بيان معنى).

(٦) يعني: فإنه يصح الرجوع عن التدبير بالقول كالوصية. قلنا: بل كالعقق على شرط، نحو دخول الدار، فإنه لا يصح الرجوع عنه بالقول. (بستان).

(٧) لأنه ملك جديد. (بستان).

(٨) لأنه من أصله.

(*) إذا كان بالحكم. (قرر).

(٩) إن كان بالحكم؛ لأنها كالعيب. (قرر).

مسألة: إذا كان لرجلين عبدان^(١) فأعتق أحدهما عبده ووقف الثاني عبده ثم التبس العتيق بالوقف فالأقرب أنهما يعتقان معاً^(٢)، ويسعى كل واحد في نصف قيمته للموقوف عليه^(٣).

فرع: فلو كان عبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ووقف الآخر نصيبه والتبس المتقدم فلعله يعتق ويسعى في نصف قيمة نصيب الواقف للموقوف عليه^(٤) على قولنا: إن العتق لا يسري إلى الوقف، وإنما أوجبنا السعاية لأنه التبس وجوب الضمان فسقط^(٥).

مسألة: فإن كان لرجلين عبدان فدبر أحدهما عبده ثم التبس بعبد الثاني

(١) من هنا إلى مسألة: «ولا يبطل التدبير» للوالد عليه السلام، ذكره على أصول أصحابنا، فجزاه الله خيراً كثيراً. (بستان).

(٢) ينظر في الولاء لمن يكون؟ لعله يكون للمعتق. (قرر). وفي حاشية: يكون لهما.

(٣) وقياس ما يأتي يسعى كل واحد للموقوف عليه في نصف قيمة الأقل. (سيدنا علي بن أحمد عليه السلام) (قرر).

(٤) هذا كلام الوالد عليه السلام، ويمكن أن يقال: يبقى للموقوف عليه ربع منافع العبد ويسعى العبد في قيمة ربه للواقف؛ لأننا إذا قدرنا تقدم الوقف استحق الموقوف عليه منافع نصف العبد، وهو نصيب الواقف، وإن قدرنا تقدم العتق استحق الواقف قيمة نصف العبد؛ لأن المعتق استهلكه عليه ولم يصح وقفه حيثئذ، فتقسم على حالين. قال الوالد عليه السلام: «وهذا مبني على قولنا: إن العتق لا يسري»، فمفهومه وأما على القول بالسراية فله حكم آخر، لكنه لم يبينه، ويمكن أن يقال: يضمن المعتق للواقف نصف قيمة نصيبه؛ لأنه يستحقها في حال حيث تقدم العتق على الوقف، ولا يستحقها حيث تقدم الوقف على العتق. ويضمن للموقوف عليه نصف قيمة نصيب الواقف؛ لأن الموقوف عليه يستحقها في حال حيث تقدم الوقف على العتق، ولا يستحقها حيث تقدم العتق على الوقف. (بستان).

(٥) لعله يريد سقوط الضمان للواقف؛ لأنه لا تحويل على من عليه الحق، ولم يصر إلى المعتق عوض في مقابلة الضمان فيصح التحويل عليه.

فلعلها يشتركان في منافع العبدین^(١) حتى يموت الذي دبر عبده فيعتقان ويسعيان كل واحد في نصف قيمته^(٢) لمالك العبد^(٣).

فرع: فإن كان أحدهما كاتب عبده ثم التبس بالآخر، وادعى كل واحد من العبدین أنه المكاتب - فلعله يجوز فسخ الكتابة هنا للعدر^(٤)، فإن لم يفسخ كان لسيد العبد نصف منافعها ونصفها لهما، ويسعيان في مال الكتابة^(٥)، ثم يعتقان ويسعيان في نصف قيمتهما^(٦) للثاني.

مسألة: عبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ودبر الثاني نصيبه، والتبس المتقدم منهما - فالأقرب أنه قد بطل حق المعتق في العبد، ويبقى للمدبر له نصف منافع العبد، ونصفها للعبد، ويسعى للمعتق^(٧) في نصف قيمة نصيبه، ولا يعتق إلا بموت الذي دبره.

فرع: فإن كان أحدهما أعتق نصيبه والثاني كاتب نصيبه والتبس المتقدم

(١) وهذا على أصله أن العتق ليس باستهلاك للمنافع ويبقى له، وعندنا أنه استهلاك؛ فيضمن ربع قيمة العبد كما يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى.

(*) لأن منافع المدبر مملوكة كمنافع العبد. (بستان).

(٢) هلا قيل يسعيان في قيمة الأقل منهما؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد، ولها نظائر أيضاً. ولعله كذلك. (شامي). (قرر).

(٣) الذي لم يدبر.

(٤) لتعذر الإيفاء على صفته فأشبهه العجز، فيصح من كل واحد من السيدین والعبدین فسخها. (قرر).

(*) الأولى عدم الجواز إلا حيث عجز.

(٥) يعني للمكاتب.

(٦) أي: الأقل من قيمتهما. (قرر).

(٧) مفهومه لا للذي دبر، والذي يلزم من كلامه في بقية المسائل أنه يسعى هنا للذي دبر في نصف قيمة نصيبه أيضاً. (بستان).

فالأقرب أنها قد صارت منافع العبد كلها له، ويسعى للذي أعتق في نصف قيمة نصيبه، وللذي كاتب في نصف مال الكتابة ونصف قيمة نصيبه، ولا يعتق إلا بإيفاء نصف مال الكتابة.

فرع: فإن كان أحدهما دبر نصيبه والثاني كاتبه والتبس^(١) المتقدم فالأقرب أنه يبقى للذي دبر نصف منافع العبد، ونصفها للعبد، ويسعى للذي دبر^(٢) في نصف قيمة نصيبه، وللذي كاتب في نصف مال الكتابة ونصف قيمة نصيبه، ولا يعتق إلا بموت الذي دبره وإيفاء نصف مال الكتابة.

مسألة: عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه، ودبر الثاني نصيبه، وكاتب الثالث نصيبه، والتبس المتقدم منهم المستهلك له - فالأقرب أنه قد بطل حق المعتق من العبد^(٣)، ويسعى له في ثلثي قيمة نصيبه، ويسعى للذي كاتب في ثلث مال الكتابة وثلثي قيمة نصيبه، ويبقى للذي دبر ثلث منافع العبد^(٤)، ويسعى له

(١) فرع: فلو وقع التدبير والكتابة في حالة واحدة فلعل التدبير أقوى؛ لأنه لا يصح فسخه إلا لضرورة، والكتابة يصح فسخها لغير عذر بالتراضي. (شرح بحر).

(٢) يقال في هذا الفرع والذي بعده: ما وجه السعاية للمدبر ولم يعتق إلا بموته ولا فات عليه شيء؟ والمختار لا سعاية فيها، وقد نقل عن الذماري مثله. وكان القياس لزوم السعاية للمدبر في المسائل كلها، ولا يبقى له من المنافع إلا نصف ما كان يستحق قبل ذلك، إلا أن هنا أصلاً، وهو بقاء الملك؛ فبطلت السعاية وبقيت المنافع على حالها رجوعاً إليه، والله أعلم. (مفتي) (قرر).

(*) هذا على قول القاضي زيد، والمختار لا سعاية كما يأتي لأبي طالب في المسألة التاسعة.

(٣) وحق المدبر من السعي.

(٤) والظاهر أن الولاء في هذه المسائل والفروع للشركاء كلهم مع تصادقهم على الالتباس في العتق. (سماح حثيث). إلا في المسألة الأولى فللمعتق.

(*) حصته، وهو ثلث الثلث، وقد بناه القاضي رحمته على أن منافع حصة المدبر جميعها باقية؛ لأن الأصل بقاء الرق، وحيث فلا سعاية له - إذ لم يفته شيء - ولا عنه؛ إذ لم يصر العبد

في ثلثي قيمة نصيبه^(١)، ولا يعتق إلا بموت الذي دبره وإيفاء ثلث مال الكتابة.

مسألة: ولا يبطل التدبير بالردة واللعوق، ولا يجوز سببه^(٢).

مسألة: وما ولدته المدبرة قبل التدبير لم يتبعها في حكمها وفاقا، وما كان حاصلها في بطنها حال التدبير تبعها وفاقا، وما علقته به بعد التدبير من غير سيدها تبعها عندنا، خلاف الناصر وأحد قولي الشافعي، فلو اضطر إلى قيمتها أو بعضها أو بعض قيمة أي أولادها الصغار كان عذراً في بيعها وبيعهم الكل؛ لأنه لا يجوز التفريق بينهم في الملك.

فرع: ويجوز عتق المدبر في كفارة اليمين والظهار، خلاف أبي حنيفة، وفي كفارة القتل أيضاً إذا كان سيده معسراً، وإن كان موسراً فقال الهادي عليه السلام: يكره، قال أبو طالب: يعني كراهة حظر فلا يجزي، وقال القاضي زيد: كراهة تنزيه فيجزي^(٣).

مسألة: وتجوز كتابة المدبر مطلقاً؛ لأن فيها تعجيلاً لعتقه، فيعتق بالأسبق من وفاء مال الكتابة أو موت سيده، وإذا سبق موت سيده فإن كان يخرج من ثلث تركته فلا شيء عليه، ولعل التركة هي قيمة العبد مع باقي مال السيد، فيعتق من ثلثها، ويسعى فيما زاد عليه من الأقل من قيمته أو مال الكتابة، فلو

إلى يد نفسه بالنظر إليه؛ لبقاء منافع حصته له، وهذا عام في جميع ما مر من المسائل. (شامي).

(١) والسعاية في المسألتين على قول القاضي زيد، والمذهب لا سعاية على قول أبي طالب. (قرر).

(٢) وذلك لأن ملك السيد باق عليه لم يبطل، وإن سبي وجب رده لسيده، وإن كان سببه بعد موت سيده لم يحل أيضاً؛ لثلا يبطل الولاء المتقرر للسيد عليه. (بستان بلفظه).

(٣) وهو الذي في شرح الأزهار على قوله: وله قبل الموت حكم الرق، قال فيه: فيجوز عتقه في الكفارات، ويكره في القتل.

كان مال الكتابة قدر الثلث فلا شيء عليه، وإن كان لا يملك سواه سعى في الأقل من ثلثي قيمته أو ثلثي مال الكتابة^(١)، ذكره في التفريعات. وقال المنصور بالله: لا تصح كتابته إلا حيث يصح بيعه.

فرع: فأما أم الولد فقال الفقيه علي: لا تجوز كتابتها، وقال في الانتصار والتفريعات والتذكرة ومهذب الشافعي: بل تجوز؛ لأن فيها تقريباً لعتقها، وليست بيعاً حقيقية، وتعتق بالأسبق من وفاء المال أو موت سيدها.

مسألة: وللسيد أن يستخدم مدبره كمملوكه سواء، ويؤجره، ويأذن له في التجارة، ويطأ مدبرته^(٢)، فإن علق صارت أم ولد^(٣).

مسألة: من أوجب على نفسه تدبير عبده ثم دبره ثم باعه للضرورة فعليه أن يشتريه متى أمكنه ويدبره^(٤)، وإن دبره ثم مات العبد قبل سيده فلا شيء على سيده،

(١) والأولى بطلان عقد الكتابة؛ لأنه عتق بالتدبير، فتلزم السعاية في ثلثي القيمة ولا ينظر إلى مال الكتابة، فيحقق. وإطلاق البيان مناسب لكلام الفقيه علي^[١] أن الكتابة لا تبطل بالموت فلا يعتق^[٢] إلا أن يعجز نفسه.

(٢) وذلك كفعل عمر في مدبرته، وهو لا يفعله إلا توقيفاً من جهة الرسول ﷺ.

(بستان).

(٣) ويبطل التدبير؛ لأن أحكام التدبير داخلة تحت أحكام الاستيلاء وزيادة. (شرح بهران).
(٤) قال الدواري: حيث أوجب على نفسه العتق بالتدبير، فأما لو أوجب التدبير فقط فقد برّ بذلك وإن باعه للضرورة. قلت: إن قلنا: إنه يتعلق البر بالاسم. (مفتي). يعني: والمذهب أنه يتعلق بالحكم.

(*) وقال الذماري: لا يجب. ولعل وجهه أن جنسه غير واجب. وعن المفتي: يجب؛ لأن له أصلاً في الوجوب، وهو العتق.

[١] في شرح قوله: فصل ولا تبطله الكتابة وقتل مولاه.

[٢] لفظ شرح الأزهاري: وقال الفقيه علي: لا تنسخ الكتابة بموت السيد، بل يعتق بالأداء، إلا أن يعجز نفسه عتق بالتدبير.

ولعلها تلزمه كفارة يمين نفوات نذره^(١). وكذا إذا أوجب تدبير عبد مطلقاً ثم دبر عبداً له ثم مات العبد أو باعه للضرورة فعليه أن يشتري غيره ويدبره^(٢)، إلا على القول الضعيف: إنه يتعلق البر والحث بالاسم وحده فقد بر بالتدبير الأول مطلقاً.

مسألة: وما ولدته أم الولد والمكاتبة من غير سيدهما فحكمه حكمهما يعتق بعتهما مطلقاً^(٣)، خلاف الناصر. فأما المعلق عتقها على شرط فلا يتبعها ما ولدته قبل حصول الشرط إذا حبلت به بعد اللفظ^(٤).

فرع: وإذا اختلفوا في الأولاد هل حصلوا قبل التدبير أو الكتابة أو الاستيلاء أو بعدها فالقول قول السيد أو ورثته؛ لأن الأصل بقاء الملك له^(٥)، بخلاف ما إذا اختلفوا في كسبه هل كسبه قبل عتقه أو بعده فالقول قول العبد؛ لأن اليد له على كسبه، ذكره في البحر، فإن بينوا جميعاً حكم بيئته من عليه البيئته في الأصل في الكل^(٦).

(١) يقال: لا كفارة؛ لعدم الامكان. (قرئ).

(٢) وإذا لم يدبر عن نذره حتى جاءه الموت فإنه يوصي بكفارة يمين [بعد التمكن]. (قرئ).
نفوات نذره، بخلاف ما إذا نذر بالعتق فإنه يوصي بأن يعتق عنه. (كواكب) (قرئ).

(٣) يعني: هل بتعجيل العتق أو بموت السيد أو بتسليم الكتابة؛ لأن الولد تابع للأُم في الرق والحرية، فيسري حكمهما إلى أولادها. (بستان).

(٤) وكان الأرجح في العبارة أن يقول: ولو حبلت به بعد اللفظ، ولكنه أراد أن يبين أن حكمها مخالف للمدبرة فيما حبلت به بعد التدبير، والمعنى متقارب، وحاصل الكلام: أن ما ولدته قبل حصول الشرط لم يتبعها في الحكم ولو كان في بطنها حال اللفظ. (بستان بلفظه).

(٥) هلا قيل: يحكم بأقرب وقت مع الإطلاق. ويقال: والتدبير يحكم بأقرب وقت، ولا مرجح، فيرجع إلى الأصل. (شامي).

(٦) لأنها خارجة.

مسألة: إذا جني على المدبر فالأرش لسيدة، وكذا ولد المدبرة إذا قتل فقيمتها لسيدة، بخلاف المكاتب إذا جني عليه فالأرش له يسلمه عن مال الكتابة، وكذا قيمته إذا قتل^(١). قال في البحر: فأما ولد المكاتبه إذا قتل فقيمتها لأمه^(٢) - إذ لا تصرف لسيدة عليه^(٣) - تسلمها في مال الكتابة^(٤)، وإذا بقي شيء منها فلورثة الولد، وإن رجعت في الرق كانت القيمة للسيد.

مسألة: عبد بين ثلاثة فدبروه كلهم في أوقات صار مدبراً للأول واستهلك نصيب شريكه؛ فيضمنه لهما، قال أبو طالب: فلو كان معسراً فلا سعاية على المدبر^(٥)، وقال القاضي زيد: بل يسعى. والأقرب عدم الخلاف^(٦)؛ لأن منافعه ملك لمن دبره أولاً، فإن رضي الشريكان بانتظار كسبه وإلا بيع لقضاء الدين. وإن دبروه في حالة واحدة صار مدبراً لهم الكل، ويعتق بموت أولهم،

(١) ولعل هذا حيث كانت القيمة تفي بمال الكتابة، وإن كانت لا تفي كان الأرش للسيد بقدر ما بقي رقيقاً وللورثة بقدر ما قد سلم.

(٢) ولعله يقال: إنها تكون موقوفة، فإن عتقت الأم كانت قيمته لورثته، وإلا فللسيد كالكسب وأرش الجناية عليه. (من خط المفتي).

(٣) وذلك لأنه قد صار تابعاً لأمه^[١]؛ فلهذا استحقت قيمته. وهذا آخر كلام البحر، وباقى الكلام لصاحب الكتاب. (بستان).

(٤) وهذا حيث لم تسلم شيئاً من مال الكتابة، وإلا تبعضت الدية والأرش لها وللورثة. (قرير).

(*) انتهى كلام البحر من باب الكتابة.

(٥) لأنه لا يصير إلى يد نفسه.

(٦) قال مؤلف الأثمار: إنه يتأتى الخلاف؛ إذ قد تجب السعاية حيث حصل موت الشريك المدبر له في الحال، وكذا حيث تعذر الضمان واختار الشريك الصبر حتى يحصل الكسب. (وابل) (قرير).

[١] ويكون كسبه موقوفاً؛ فإن عتق فله، وإن لم فلسيده. (برهان) (قرير).

ويسعى العبد للآخرين^(١) في قيمة نصيبها على صفته، وقيل: لا شيء عليه، وقيل: بل يجب الضمان من تركة الميت، وقال المنصور بالله: لا يعتق إلا بموت الآخر منهم. وهكذا في أم الولد بين جماعة. فلو التبس أيهم المتقدم في التدبير أو التبس هل دبروه في وقت أو في أوقات فلعله يكون مدبراً لهم الكل، ولا يعتق إلا بموتهم الكل^(٢).

مسألة: وإذا جنى المدبر على غيره في نفس أو مال فالأرش على سيده إلى قدر قيمته فقط، والزائد في ذمة المدبر، فإن كان السيد معسراً جاز له تسليم المدبر بالأرش، فلو مات السيد قبل تسليم المدبر كان الأرش عليه يطالب به^(٣)، لا على ورثة السيد.

(١) وسواء كان الميت موسراً أو معسراً. (كواكب معني) (قرير).

(٢) وفي شرح الأزهار: وإذا التبس عتق بموت الأول. اهـ ولعله حيث علم المتقدم ثم التبس.

(٣) ولعل المراد أنها تكون الديون في ذمته يسلم منها ما قدر عليه، لا أنها تلزمه السعاية والتكسب لها كما في الحر، والله أعلم؛ لأنها لم تلزمه بنفس العتق. (بيان من الجنائيات من قبيل باب الديات). هذا في الزائد على قيمته، وأما قيمته فهي لازمة قبل موت السيد؛ فيسعى فيها؛ لأنها لزمته بنفس العتق. (قرير).

(*) ينظر في وجهه، وسيأتي في الجنائيات كلام عن البحر.

باب الكتابة

لها شروط ستتر:

الأول: كون السيد بالغا عاقلاً أو مميزاً مأذوناً له^(١)، وأن يكون مالكا ولو جزءاً قليلاً فتسري الكتابة، وتصح من الفضولي إذا أجازها السيد، وكذا إذا كاتب فضولي عن العبد ثم أجاز العبد. وتصح من مالك التصرف في العبد كولي الصغير^(٢) إذا كاتب عبده لمصلحة رآها، خلاف الشافعي. وكذا المكاتب له أن يكاتب عبده^(٣). وكذا يصح من الولي ومن المكاتب أن يعتقا على مال شرطاً لا عقداً^(٤)، وقال الفقيه علي: لا يصح.

الثاني: كون المكاتب بالغا عاقلاً أو مميزاً^(٥). قال في البحر: ولا تصح مكاتبه العبد الموقوف ولا المؤجر؛ لتعذر الكسب عليهما، وكذا ما منفعته للغير^(٦). لكنه يقال في المؤجر: إن الأجرة بعد الكتابة تكون للمكاتب؛ كما إذا بيع المؤجر فالأجرة للمشتري، فالأقرب أنها تصح كتابته وتسلم الأجرة لسيدته من مال الكتابة. قال فيه: وتصح في المعار والمودع.

(١) قال في شرح الذويد: وهو المعتمد، بشرط أن يأذن له بالكتابة إذناً خاصاً. (غاية). لأفروق.

(٢) ولا يحتاج إلى إضافة إلى الصبي. (قررو).

(٣) بالقيمة فصاعداً. (قررو). لا بأقل إذا كان لا يتغابن الناس بمثله كما سيأتي قريباً.

(٤) وذلك لأنه لا خطر في الشرط؛ إذ لا يعتق إلا بحصول الشرط كالكتابة، وأما العقد فهو يعتق بالقبول ويبقى العوض في ذمته، وفيه خطر. (بستان).

(٥) ليملكه التكسب. (بستان). إذا كان العوض منه، وأما إذا كان من غيره فلا يشترط كالحلخ. (كواكب، ووابل) (قررو).

(٦) هذا لصاحب الكتاب. (بستان). بناءً منه على أن ما منافعه للغير إذا عتق تبقى المنفعة للمالكها؛ لأن منفعة الحر تملك، والمذهب خلافه كما يأتي، وهو أنه يضمن المكاتب لصاحب المنافع وتصح الكتابة. (منقولة) (قررو).

الثالث: أن يقع عقدها بالتراضي^(١). وقال مالك: يصح إكراه العبد عليها. قلنا: فلو شرط في عقدها عود المكاتب مملوكا أو وطئ الأمة المكاتبه فسد العقد^(٢)، ذكر ذلك في البحر. ولعل المراد في شرط العود إذا كان من غير عجز. وقال مالك: يصح العقد لا الشرط.

الرابع: أن يقع عقدها بلفظها^(٣) كما في الشفعة والحوالة والإقالة والشهادة. وقال الناصر والشافعي والإمام يحيى: لا يحتاج إلى لفظها. **الخامس:** أن تكون على عوض له قيمة^(٤)، ويكون معلوما كما في المهر إذا ذكر جنسه كفى مع قدره، فيجب الوسط مما يختلف كالعبيد ونحوهم^(٥)، ويجوز كونه منفعة المكاتب مدة معلومة، والتنجيم فيها حاصل^(٦)؛ لأنها تستوفى حالا بعد حال ولو لم يذكر، ذكره في البحر. ويصح أن ي كاتب عبيدين أو أكثر على ألف أو نحوه ويقسط بينهم على قدر قيمتهم، كما لو بيعوا من جماعة بألف^(٧).

السادس: أن يكون عوضها مؤجلا منجما^(٨) بنجمين أو أكثر^(٩)؛ لأنها وردت كذلك، ولثلا يعجز العبد. وعن المؤيد بالله مذهبا وتخريجا ومالك وأبي حنيفة: أنها

(١) ويقع القبول في المجلس قبل الإعراض، ولو مجلس بلوغ الخبر. (قررو).

(٢) قوله: «فسد العقد» لأن هذا الشرط يتضمن نقض العقد، ولأنه خلاف موجبها فأفسدها كالبيع. وحجة مالك قوله ﷺ: ((ما بال أقوام يشترطون ما ليس في كتاب

الله [ولا في سنة رسوله؟] كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)). (بستان).

(٣) ممن يمكنه، أو الكتابة مطلقاً، أو الإشارة من الأخرس ونحوه. (حاشية سحولي لفظاً). (قررو).

(٤) في كل نجم. وقيل: لا فرق. اهـ إذا كان للجملية قيمة. (قررو).

(٥) كثوب ذكر جنسه، فيلزمه الوسط. (برهان).

(٦) وعن المفتي: لا بد من التنجيم فيها لفظاً، وهو صريح الأزهار.

(٧) فإنه يصح ويكون الثمن مقسوما على قدر القيمة، ذكره صاحب الكتاب. (بستان لفظاً).

(٨) لفظاً.

(٩) تبيينه: فلو كاتبه على عبد أقبضه في النجم الأول نصفه وفي الثاني نصفه على أصلنا. (غيث).

تصح حالة. ويتفقون إذا وقعت مؤجلة ثم دفع العبد المال مرة واحدة أنه يصح.
فرع: ويسلم المكاتب ما لها مما يكتسبه بعد عقدها، لا مما كان في يده عند الكتابة، ذكره في الشرح. وهذا يخالف ما تقدم فيمن أعتق عبده على عوض شرطاً فقال: إنه يسلمه مما يكتسبه ومما في يده ولو من مال سيده^(١)، والفرق أن المكاتب قد ملك منافعه، وفي الشرط باقية على ملك السيد^(٢).

ويتفقون في بيع العبد من نفسه أنه يصح حالاً؛ لأنه يعتق بنفس العقد.
فرع: وأقل النجم قال الفقيه علي: ساعة^(٣)، وقال الفقيه حسن: ثلاثة أيام^(٤).
 هذه شروط الكتابة الصحيحة.

مسألة: وأما الباطلة فهي التي تكون بغير عوض، فلا يقع العتق بها كما لا تقع الهبة^(٥) بالبيع بغير ثمن. وكذا إذا كان عوضها مما لا يقوّم في حال، كالحرق والدم والميتة، فلا يقع العتق في ذلك، إلا أن يقول: «إذا سلمته فأنت حر» عتق

(١) من قبل الشرط، كما صرح بمعناه في شرح الأزهاري حيث قال: فأما لو غضبها على الغير أو سرقها من مال سيده في المستقبل أو غضبها فإنه لا يعتق بتسليمها. (بلفظه).
 (*): قلت: ولا يرجع به السيد بعد عتقه؛ إذ لا يثبت للسيد على عبده دين. (مفتي). بخلاف العقد. اهـ. ولفظ حاشية: ذكر في الحفيظ أن العبد إذا دفع في العقد من مال السيد رجع عليه، وأما في الشرط فلم يذكر فيه شيئاً، والأظهر أنه لا يرجع بشيء في الشرط؛ لأنه لا يثبت للسيد على عبده دين. (قرن).

(٢) في (أ، ج، د): عاده ملك للسيد.

(٣) أي: أجل كل نجم ساعة.

(٤) قوي شامي، كأجل السلم، وقواه في البحر، وبنى عليه في الهداية. اهـ. وكأجل الشفيح. وإنما اشترطنا تقدير الأجل حذراً من الجهالة. (بستان).

(٥) لو قال: «كما لا يقع الملك بالبيع بغير ثمن» لكان أحلى.

(*): أي: التملك.

بحصول الشرط^(١)، وهو تسليمه متى حصل.

مسألة: والكتابة الفاسدة هي التي تكون حالة، أو يكون عوضها مجهولا لم يذكر قدره أو جنسه، كثوب أو ثياب أو حيوان أو دراهم، أو على قيمة العبد^(٢)، ذكره في الزيادات والكافي. ولعل الوجه كون جنسها وقدرها مجهولين. وكذا إذا كان عوضها فاسدا، كالخمر^(٣) والخنزير فيما بين المسلمين^(٤)، فأما بين الذميين فيصح، فلو أسلم أحدهما قبل قبضه لزم العبد قيمة نفسه^(٥).

مسألة: وحكم الفاسدة أنه متى سلم ما كوتب عليه عتق^(٦) ولو لم يقل في عقدها: إذا سلمته فأنت حر، وقال في الكافي: لا يعتق إلا إذا قال ذلك. قلنا: ثم تجب عليه قيمته^(٧) كما في البيع الفاسد سواء، ويقتضى المال الذي سلمه له^(٨). ولكل واحد منهما فسخها^(٩)، قال المنصور بالله: بالتراضي أو بالحكم^(١٠)، يعني

(١) لا بالكتابة.

(٢) وعن الفقيه يوسف صحة الكتابة في هذا الطرف. (قرر). لأنها جهالة مغتفرة^[١].

(٣) والمختار أنها باطلة. (قرر).

(٤) لأنها يقومان على المسلم حيث أتلّفهما على ذمي. (ديباج).

(٥) الأولى قيمة الخمر كما قالوا في المهور حيث أسلم السيد، فإن كان المسلم العبد سلم المعين وقيمة غير المعين. (هبل) (قرر).

(٦) وعليه الأزهار بقوله: ويعتق بالأداء.

(٧) يوم العتق، وهو يوم ما سلم ما كوتب عليه، وقرره الشارح والشامي.

(*) فلو سلم القيمة ابتداء لم يعتق بتسليمها، وإنما يعتق بتسليم المسمى. (قرر).

(٨) إذا كان الذي سلمه لا يصح تملكه للسيد، وإلا ملكه السيد^[٢] وطالبه بالتوفية.

(٩) قبل الأداء لا بعده. (هداية).

(١٠) قال عليه السلام: ولا يحتاج إلى حكم حاكم كالمبيع قبل القبض في البيع الفاسد. (شرح أزهار معني). إلا في المختلف فيه فبالتراضي أو بالحكم. (حاشية سحولي).

[١] لفظ الكواكب: وقيل: إنها تصح كما إذا كاتبه على عبد غير موصوف؛ لأن القيمة أقل جهالة.

[٢] مع المرأضة. (عامر).

حيث الفاسخ السيد.

فروع: ولا تبطل بموت السيد^(١)؛ فإذا سلم العبد ما كوتب عليه لورثة سيده عتق. ولا بموت العبد؛ فإذا سلم ورثته^(٢) ما كوتب عليه عتق.

مسألة: وإذا عقدت الكتابة على مال للغير فإنها تصح ويلزم العبد قيمة المال مع أن القيمة هنا مجهول جنسها، لكنها جهالة طارئة؛ لعدم إجازة مالك المال؛ لأنه لو أجاز سلمه بعينه^(٣) وضمن لمالكة قيمته. وقال أبو جعفر: لا تصح الكتابة عليه، إلا أن يكون نقدا صحت على القول بأن النقد لا يتعين.

مسألة: ويستحب إجابة العبد إلى الكتابة إذا طلبها وعرف منه الدين والوفاء، وإن لم كرهت^(٤).

مسألة: ولا يجب الحط عنه من مالها^(٥). وقال الشافعي: يجب كمّا شاء السيد. وقال مالك: يجب حط ربه^(٦).

مسألة: إذا تراضيا على تعجيل بعض مالها المؤجل وإسقاط بعضه فإن كان ذلك تبرعا جاز، وإن كان شرطا فقال المؤيد بالله وأبو العباس والشافعي: يصح، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا يجوز ولا يصح؛ لأنه ربا.

(١) وهو ظاهر الأزهار، وصرح بمعناه في شرحه في شرح قوله: ويعتق بالأداء.

(٢) وهذا في الفاسدة، ذكره في التفرعات. (كواكب). وكذا في الصحيحة بالأولى.

(*) أو الغير إذا قبله السيد.

(٣) لكن لا يلزم المكاتب تسليمه له إلا على ما عقدا عليه من التنجيم، فيسلم له في كل نجم بعضه، إلا أن يرضى المكاتب بتسليمه دفعة جاز. (بستان بلفظه) (قرور).

(٤) للتنزيه.

(٥) وحمل الهادي عليه السلام ما في الآية من ذكر الإيتاء^[١] على الزكاة للمكاتبين. (زهور).

(٦) وعنه في الانتصار والبحر كقولنا. (بستان).

[١] أي: قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

فأما الزيادة فيه للتأجيل فهي ربا وفاقاً، وهكذا في سائر الديون.

فرع: ويصح الصلح عن مالها^(١) بمعنى الإبراء، فأما بمعنى البيع فلا يصح^(٢)؛ لأن مالها غير مستقر؛ ولهذا للعبد إسقاطه عن نفسه بفسخها^(٣) ولو كره السيد، فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه^(٤) بهبة ولا غيرها^(٥)، ولا بالحوالة حيث يحيل السيد غريمه على العبد، فأما حيث يحيل العبد سيده على غريم له فيصح، ويعتق بنفس الحوالة حيث أحاله بها كله.

مسألة: وإذا رضي المكاتب ببيعه من الغير فإن كان ليسترقه أو ليأخذ منه مال الكتابة لم يصح إلا بعد فسخ الكتابة^(٦) وإن كان ليعتقه المشتري فقال المؤيد بالله: لا يصح أيضاً إلا بعد فسخها، وقال أبو طالب: بل يصح بمثل ما بقي عليه

(١) حيث هو من جنسه ليكون بمعنى الإبراء، لا إن كان من غير جنسه فلا يصح؛ لأنه بمعنى البيع.

(٢) والمذهب يصح كما هو إطلاق البحر. وادعى فيه الإجماع. ولفظ البستان: وقال في الانتصار ويصح بيع مال الكتابة من المكاتب؛ لاستقراره عليه، فيعتق بتسليم الثمن كما يعتق بتسليم مال الكتابة؛ لأن الثمن عوضه، لا من غيره فلا يصح؛ لعدم استقراره، ولأنه لا يصح التصرف فيه إلى غير من هو عليه. (بستان بلفظه).

(٣) بعجزه فقط.

(٤) هذا حيث كان معيناً، وأما غير المعين فما صح في الدين من التصرف صح فيه. اهـ سيأتي في المسألة الثانية ما يخالفه.

(٥) يعني مما يفتقر إلى القبول. (بستان).

(٦) وذلك لأنه قد خرج عن ملك السيد بالكتابة؛ بدليل تحريم استخدامه ووطء المكاتب، وكبيع ما قد بيع. وقال مالك وأبو ثور: يصح؛ لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. قلنا: المراد حيث عجز. (بستان).

(*) وعجز نفسه. (قرر).

من مالها^(١)، لا بأكثر^(٢).

فرع: فلو أعتقه المشتري عن كفارة فقال الفقيه حسن: يجزيه^(٣)، وقال في التقرير والفقهاء محمد بن سليمان وعلي: لا يجزيه إلا إذا كان البيع بعد فسخها. وهو الأولى. ولعل هذا الخلاف يأتي فيمن أعتق عن كفارته عبدا رقبته له ومنافعه لغيره^(٤).

فرع: فلو امتنع المشتري من عتقه فلا مطالبة للبائع في ذلك، وأما العبد فيحتمل أن يكون له فسخ البيع ويعود مكاتباً، ويحتمل أنه يسلم ما بقي عليه من مالها إلى المشتري^(٥) ويعتق، ويكون ولاؤه للمشتري^(٦)، كما إذا سبى الحربي مكاتباً لمسلم فإنه لا يملك منه إلا ما كان لسيدته عليه، وهو باقي مال الكتابة الذي عليه، فإذا دفعه إليه عتق، ويكون ولاؤه لسيدته الأول.

مسألة: والكتابة واردة على خلاف القياس؛ لأنها معاوضة السيد ماله بهاله، ولأن فيها إثبات العبد يملك، ولأنها إثبات منزلة بين الرق والحرية يكون فيها مطلق التصرفات ممنوع التبرعات، كالقرض والعتق والهبة والعارية والكفالة

(١) والولاء لمن أعتق، كما شرت عائشة بريرة وأعتقتها وجعل لها الولاء. اهـ ولفظ حاشية: ويكون الولاء للبائع إن عتق بتسليم ما عليه، وإن عتق بإعتاق المشتري كان الولاء له كما يأتي نظيره في السير. (قررو). (من هامش شرح الأزهار).

(٢) وظاهر الأزهار ولو بأكثر، ولا يلزمه أن يسلم إلا بقدر ما بقي عليه. اهـ يعني العبد، وأما المشتري فيسلم جميع ما عقدا عليه من الثمن.

(٣) لفظ التذكرة: ويجوز بيع المكاتب إلى من يريد عتقه في الكفارة من غير فسخها، وشرطه المؤيد بالله.

(٤) الأقرب أنه يصح عتقه ويجزيه، ويضمن لصاحب المنفعة قيمتها، وهي أجرته كما سيأتي في الوصايا. اهـ قال في الأزهار: وأعواض المنافع.

(٥) ويكون المشتري كالوكيل للبائع بقبض ما بقي عليه. (شرح بهران).

(٦) صوابه: للبائع. (قررو).

والمحابة والغبن في تصرفاته إذا كثر، ولأن دينها يخالف سائر الديون؛ لأنه ضعيف لا يصح التصرف فيه قبل قبضه، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب والناصر والمنصور بالله، وقال أكثر فقهاء المؤيد بالله والفقهاء يحمي بن أحمد: إنه يصح.

مسألة: وللمكاتب أن يبيع من سيده، وأن يسافر ويبيع بالنقد والدين ولو شرط عليه سيده ترك السفر، ذكره الأخوان للهادي عليه السلام. قال الفقيه علي: فإن خاف سيده منه الإباق طالبه بكفيل ببدنه^(١)، لا بالمال فلا تصح الكفالة به؛ لأنه غير ثابت في ذمة العبد؛ لأن له إسقاطه عن ذمته^(٢). وأما أخذ الرهن عليه فقال الشافعي: لا يصح، وقال أبو حنيفة: يصح^(٣). ومثله في البحر. وقال مالك وأحد قولي الشافعي وأبو يوسف: ليس للمكاتب أن يسافر إلا برضا سيده.

مسألة: وإذا اشترى المكاتب من يعتق عليه صح، خلاف الشافعي. قلنا: وكان عتقه موقوفاً على عتق المكاتب، وليس له بيعه، وكسبه له، وكذا^(٤) لو ملكه بالإرث[×] أو الهبة، وإن رجع في الرق كان ملكاً لسيده مثله^(٥).

مسألة: وللمكاتب أن يكاتب عبده^(٦)، فإن أوفى الثاني قبل الأول^(٧) [عتق

(١) المذهب بهما جميعاً. (قررو).

(٢) ابن أبي ليلى: يصح كسائر الديون. قلت: وصح للمذهب قول ابن أبي ليلى؛ لصحة الضمان بما سيثبت. (بحر بلفظه). قلت: ومنه ضمان التبرع.

(٣) ويكون موقوفاً، ولا يضمه قبل ثبوت الدين.

(٤) أي: يكون عتقه موقوفاً على عتق المكاتب.

(٥) إلا الإرث فيرده للورثة كما يأتي.

(٦) يعني: بقدر قيمته أو أكثر، أو أقل بقدر ما يتغابن الناس به، لا أكثر مما يتغابن الناس به؛ لأنه تبرع، وهو ممنوع منه. (بستان معني) (قررو).

(٧) أو حاله أو التيس؛ لأن الأصل بقاء الملك. (قررو). لا إذا التبس بعد أن علم فيشتركان

[فيحول]^[١]. (مفتي) (قررو).

[١] ما بين المعقوفين في (د) فقط.

و^(١) كان ولاؤه للسيد، وإن أوفى بعد ما أوفى الأول كان ولاؤه للأول.
فرع: وليس له أن يتزوج، فإن فعل كان موقوفاً على إجازة سيده أو عتقه.
 وليس له أن يطاءً بالملك، فإن فعل لم يحد مطلقاً^(٢). وليس له أن يعتق ولو على
 مال بعقد^(٣)، ولا يرفه على نفسه^(٤) في معيشته ونحوها زائداً على المعتاد^(٥).
 وليس للسيد أن يطاءً أمته المكاتبه، فإن فعل فلا حد^(٦)، ولها المهر، ويثبت لها
 الخيار في الفسخ^(٧) كما تقدم^(٨)، وإن حملت^(٩) صارت أم ولد، وتبطل كتابتها

(١) ما بين المعقوفين من (أ).

(٢) سواء علم^[١] أو جهل، وأما بالنكاح فيحد مع علمه بالتحريم لا مع جهله. (بستان
 معني).

(٣) لا شرطاً فيصح.

(٤) يعني في المطاعم والمشارب والملابس؛ لأن ذلك يؤدي إلى استغراق ماله في التبرعات
 وبطلان الكتابة، ولأنه لم ينقطع عنه حق السيد؛ لأنه قد يعجز فيعود المال إلى سيده.
 (بستان بلفظه).

(٥) لمثله. (قررو).

(٦) يعني: مع العلم والجهل؛ لأن شبهة الملك تدفعه، بل يعزر مع علمه بالتحريم؛
 للمعصية. (بستان) (قررو).

(٧) قال الفقيه يحيى البحيح: الخيار الأصلي حيث لا وفاء، وقال الفقيه حسن: بل يتجدد لها
 خيار آخر، ذكره في الزهور.

(*) حيث كانت مكرهه، وهذا خيار آخر لا الثابت لها من قبل؛ فعلى هذا ولو كان معها مال
 من قبل؛ لأن الوطاء جنابة ولو كانت مطاوعة. (قررو). ونظره في البحر.

(٨) في فصل وطاء الإمام في آخر النكاح. (بستان).

(٩) في (ج، د): حبلت.

[١] بل يعزر مع العلم.

على قول من يمنع مكاتبة أم الولد^(١). ويكفر المكاتب بالصوم^(٢) لا بالمال.
مسألة: وليس لسيده أن يأخذ مما في يده شيئاً، ولا أن يشغله عن الكسب،
 فإن فعل فعلى أحد قولي الشافعي: إنه يمهل مثل المدة^(٣) التي شغله فيها، وعلى
 أحد قولي الشافعي: إنه يسقط عنه قدر أجرته في تلك المدة^(٤). وهو الأرجح.
 فإن كان الشاغل له هو الغير ففيه وجهان هل يمهل مثل تلك المدة أم لا،
 الأرجح عدم الوجوب. وكذا لو كان المانع سماوياً^(٥). قال في البحر: وإذا حبسه
 الغير فلا تلزمه أجرته^(٦)؛ لشبهه بالحر. ومثله في تعليق الفقيه يوسف^(٧). ولعل
 الوجه كون منافعه ملكاً له، وهي تلفت تحت يده.

مسألة: وإذا أخل بنجم فإنه يؤجل من ثلاث إلى عشر^(٨)، فإن سلم وإلا رد
 في الرق إذا طلبه سيده، ولو لم يبق عليه إلا درهم، فإن كان غائباً راسل^(٩) إليه،

(١) وهو الفقيه علي كما تقدم. (بستان).

(*) وقيل: تعتق بالأسبق على قول الانتصار والتفريعات.

(٢) يعني إذا لزمته كفارة يمين أو ظهار أو قتل؛ لأنه لا يملك ما معه من المال ملكاً خالصاً. (بستان).

(٣) وهذا خاص في هذا الموضع أن المنافع تضمن بمثلها. (قرر).

(*) قدراً وصفة. وهو الذي بنى عليه في التذكرة، واختاره في شرح الأثمار.

(*) قوله: «مثل المدة» وذلك لأنه دخل معه في عقدها على أن يمكنه من التصرف؛ فلهذا

لزمه الوفاء بذلك؛ لأنه مقتضى عقد الكتابة. (بستان).

(٤) قوي حثيث، وجزم به في البحر.

(٥) ففيه الوجهان.

(٦) فلو تلف عنده فلعله يضمن القيمة كما لو قتله، ويحتمل أن لا ضمان. (من بيان حثيث).

(*) ما لم يرجع في الرق. (عامر) (قرر). وهذا حيث لم يستعمله. (قرر).

(٧) يعني الزهور.

(٨) والمختار أنه على ما يراه الحاكم؛ لأنه موضع اجتهاد. اهـ من الثلاث إلى العشر.

(٩) في (ج، د): أرسل.

فإن تعذر فسخت الكتابة، ولا تفسخ إلا بالحكم^(١) أو التراضي.
فرع: وتصح الإقالة فيها^(٢). وإن طلب السيد فسسخها لا لعذر لم يصح إلا
برضا العبد^(٣)، وإن طلب العبد فسسخها فحيث معه مال^(٤) يوفي لا يجاب،
وحيث لا مال معه يوفي ص يصح فسسخه ولو كره سيده ولو أمكنه التكسب، فإن
كان قد استقرض ما لا رد لصاحبه^(٥) ولم يجبر على تسليمه^(٦).

(١) لقطع خلاف ابن عباس ومن تابعه، فهم يقولون: قد عتق بنفس عقدها ويبقى مالها دينا
في ذمته. (شرح بهران معنى).

(٢) هذا ذكره في شرح النكت. (بستان).

(*) قلت: لعل هذا بناء على جوازها في حق العبد حيث لا وفاء. وقيل: لا يصح الفسخ وإن تراضيا.

(*) وفي البحر ما لفظه: قلنا: التقايل فيها لا يصح. (منه لفظا). ومثله عن الشامي. قال

مولانا عليه السلام: والأقرب صحة التقايل فيها؛ إذ الإقالة هنا فسسخ، والتفاسخ في الكتابة

بتراضيهما جائز، والله أعلم. (من هامش البحر).

(*) المقرر في الفسخ والإقالة الصحة فيها حيث لا وفاء عنده، كما قرره في الأزهار وشرحه

وغيرهما من كتب أهل المذهب. (قررد).

(٣) قال الفقيه يوسف: ولو تراضيا؛ لأن في تمامها حقاً لله. وهو ظاهر الأزهار.

(*) وفي الفتوح: ولا يصح التراضي على فسسخها حيث معه وفاء. ورواه عن جماعة، وهذا

يخالفه فافهم.

(٤) حاضر، أو غائب وكان يصل إليه في مدة الإمهال، وإلا أجيب. (سحولي). وقرر أن الاعتبار

بوجود الوفاء، فإذا وجد الوفاء في ملكه لم يرد [في الرق]^[١] ولو بعدت المسافة. (قررد).

(٥) قلت: لعله مع طلب رد القرض لمالكة يقدم على مال الكتابة. (قررد).

(٦) يستقيم كلام البيان حيث لا يوفي، وإلا فقد ملكه لو كان يوفي^[٢]، وقد صدق عليه

الأزهار في قوله: ولا وفاء عنده.

[١] ما بين المعقوفين زيادة لتوضيح المعنى.

[٢] إلا أن يطالبه المقرض؛ لأنه يقدم، ذكر معناه المفتي. (قررد). وهو ظاهر ما سيأتي في البيان في قوله:

مسألة: إذا اتفق على المكاتب، المسألة التاسعة بعد هذا الفرع.

مسألة: إذا كاتب العبد عن نفسه وعن أولاده أو غيرهم من عبيد^(١) سيده أو من عبيد الغير^(٢) فهو على وجهين:

الأول: أن يكونوا كبارا وأذنوا له بالكتابة عنهم أو أجازوها، أو صغارا مميزين مأذونين^(٣) وأذنوا له بالكتابة عنهم أو أجازوها - فإنها تصح عن الجميع، ويلزم كلا حصته من المال على قدر قيمته أو ما شرط عليه إن تميزت الأعراض، ولا يعتقدون إلا بتسليم المال كله سواء كان العوض عنهم واحدا أو لكل واحد عوضا معلوما إذا كان العقد واحداً؛ فلا يفرق^(٤)، وسواء كان التسليم منهم أو من أحدهم^(٥) أو من الغير؛ لأنه يصح التبرع بقضاء ديون بني آدم إذا قبله الغريم^(٦)، لا إن امتنع^(٧). قال عطية^(٨): وليس لأحد منهم أن يعجز نفسه ويرد في الرق من دونهم^(٩).

(١) ينظر؛ فهو تبرع.

(٢) إذا أجاز سيدهم. (قررو).

(٣) قلت: دخول السيد معه في الكتابة إذن له في الكتابة عنهم، فلا يفتقر إلى كونهم مأذونين.

(٤) فلو عجز البعض منهم هل يكون عذرا في فسخها؛ لثلا يفرق العقد؛ لعله يكون كذلك. (شامي). (قررو).

(٥) قيل: هذا لا يصح؛ لأنه تبرع منه بدفع المال لغير سيده، وهو ممنوع من التبرعات. (مفتي).

(٦) يعني من له الدين.

(٧) قيل: والحيلة أن ينذر بالمال على من عليه الدين فيملكه ويقضي منه الدين بأمر الحاكم إذا كان غائبا. (بستان).

(٨) مذهب عن سيدنا عامر.

(٩) قلت: والمذهب خلافه. (مفتي وشامي). وهو ظاهر الأزهار في قوله: ويرده في الرق.. إلخ.

(*) حيث معه ما يفني بهال الكتابة.

الثاني: أن يكونوا صغاراً غير مأذونين، أو كباراً ولم يأذنوا له ولا أجازوا، فتصح الكتابة منه عنهم، ويلزمه العوض وحده^(١) لا هم. وقال الشافعي: لا تصح الكتابة.

فرع: فإن كانت الكتابة عنه وعنهم بعقود متفرقة فمن أدى ما عليه عتق، أو أداه غيره عنه، ومن عجز رد في الرق وحده. وإذا سلم العاقد عنهم فإنه يرجع عليهم إن أذنوا^(٢) له في الكتابة، وإن لم يأذنوا له لم يرجع عليهم؛ لأن المال عليه، إلا إن أجازوها ودفع بإذنها رجوع عليهم.

مسألة: إذا كاتب السيد جماعة من عبيده بعقد واحد فإن تميزت الأعواض فمن أدى ما عليه عتق^(٣)، ومن عجز رد في الرق وحده، وإن كان العوض عنهم واحداً لزم كل واحد حصته على قدر قيمتهم، ومن أوفى ما عليه عتق، ذكره القاضي زيد، وقال أبو حنيفة: لا يعتقون إلا بتسليم الكل. وهو القوي. ومن عجز منهم لم يكن للباقي إجباره، خلاف مالك^(٤). وإذا شرط السيد في العقد

(١) والعقد من السيد معه على أولاده إذن له بذلك، فيصح كما يصح خلع الزوجة إلى أجنبي منه المال؛ وعلى هذا لا فرق بين أولاده وغيرهم من عبيد سيده، ولا يصح ذلك في عبيد الغير؛ لأنه يكون تبرعاً منه بدفع المال لغير سيده، وهو ممنوع من التبرعات؛ لما قدمنا أنه كالمملوك في ذلك. (صعيتري) (قررد). اللهم إلا أن يكون بإذن السيد كما لحظ إليه في الكواكب. (قررد).

(٢) بناء على أنها تعلق الحقوق بالوكيل على كلام الزيادات الذي سيأتي في المسألة الرابعة، والمذهب خلافه.

(*) ويسلم بإذنها؛ لأن الحقوق لا تعلق به. (قررد). إلا أن يميز المسلم عنه رجوع عليه. (قررد).

(٣) المذهب خلافه. (مفتي، وشامي). فلا يعتقون إلا بتسليم الجميع كما صرح به في شرح الأزهار.

(٤) فقال: لهم إجباره؛ لثلا يفرق العقد. قلنا: للمكاتب أن يفسخ الكتابة إذا أحب؛ لما مر.

ضمان المال على كل واحد منهم فسد العقد^(١)، خلاف أبي حنيفة. قلنا: لأنه شرط ما لا يصح، وهو الضمان بمال الكتابة.

مسألة: إذا كان مالها دراهم أو دنانير فسلمها ثم وجد فيها رديء فإن كان رديء عين لم يقع العتق حتى يبدل الرديء أو يرثه السيد، وإن كان رديء جنس أو غيره مما يعد عيباً فلا يقع العتق حتى يرضى به السيد^(٢) أو يبدل، وهذا يدل على أنه يثبت الرد بالعيب في مال الكتابة.

مسألة: إذا كاتب رجلان عبدهما بعقد واحد سلم إلى كل واحد حصته مما دفع، وإن سلمه إلى أحدهما لم يصح؛ لأن ذلك تبرع منه لا يصح إلا برضا الثاني. وإذا أوفى أحدهما برضا الثاني فإنه يعتق^(٣)، ويسعى العبد لشريكه^(٤)، وإن أبرأه أحدهما من حقه عتق، وضمن المبرئ لشريكه إن كان موسراً، وإلا سعى العبد. والأقرب أن الضمان هو قيمة نصيب الشريك^(٥) لا حصته من مال الكتابة كما إذا قتله قاتل.

(يستأن بلفظه). وكلام مالك هو المناسب لما تقدم عن عطية. (سماح شامي).

(١) المختار الصححة ولا مانع، وقد تقدم على البيان خلافه في قوله: مسألة: للمكاتب أن يبيع من سيده.. إلخ.

(*) بناء على عدم صحة الضمان بالمال، وقد تقدم للبحر خلافه، وهو المقرر.

(٢) فلو تلف ضمنه وساقط؛ لأنه عن الثمن، ولا يقال: إنه يستحق الأرش.

(٣) أقول: الظاهر بقاء الكتابة، فلا يعتق حتى يسلم حصه الشريك غير المستوفي؛ لأن العقد واحد.

(٤) ولو كان المستوفي موسراً.

(٥) ولو موسراً، ولعله يسعى في قيمة ما بقي منه مملوكا على هذه الحالة، فلو كان قد سلم لهم النصف ثم أوفى أحدهما بإذن الآخر سعى للآخر بنصف قيمة حصته في العبد.

(*) بناء على اختيار صاحب الكتاب أنه يعتق، لا على ما اختير. (شامي).

(*) على صفتها هذه.

مسألة: إذا كاتب أحد الشريكين العبد فيأذن شريكه يكون وكيلا له، ويكون التسليم إليه، ذكره في الزيادات^(١)، وبغير إذنه تصح الكتابة له وحده ويضمن قيمة نصيب شريكه، فإن كان معسرا سعى فيها العبد، ذكره في التذكرة والحفيظ، وقال في الشرح^(٢) عن السيدين^(٣): لا سعاية على المكاتب، بل يضمن الشريك لشريكه مطلقاً^(٤). وهو أولى.

فرع: واختلفوا بما يكون الاستهلاك حيث كاتب أحد الشريكين نصيبه أو العبد كله بغير إذن شريكه، فقال في الزيادات: إنه يقع بعقد الكتابة، وقال في شرح التجريد وشرح القاضي زيد وشرح الإبانة: إنه يقع بدفع شيء من مالها. وهو القوي. فإذا عجز نفسه بعد دفع شيء عاد ملكا لمن كاتبه وحده، وإن كان قبل دفع شيء فكذا على القول الأول^(٥)، وعلى القول الثاني يكون ملكا لهما معا.

مسألة: وإذا عجز المكاتب نفسه وقد كان دفع بعض المال فإنه يطيب لسيدته ما كان من كسبه أو وهب له، وما كان عليه من دين تعلق برقبته وما في يده، وما كان دفع إليه من الزكاة من إمام أو من غيره فإنه يرد إلى من دفعه إليه - لأنه بطل استحقاقه له^(٥) - ولو كان سيده فقيراً؛ لأنه لم يدفع له، فما كان منه باقياً رد

(١) يعني لكونه وكيلاً، والحقوق تعلق بالوكيل، ومثل هذا ذكره الفقيه حسن في باب الكتابة من التذكرة، وذكر في كتاب الوكالة منها أن الحقوق في الكتابة تعلق بالموكل، ومثله في البحر. (بستان). وهو المختار.

(٢) وهو ظاهر الأزهار في قوله: ويوجب الضمان.

(٣) موسراً أو معسراً.

(٤) وعليه الأزهار بقوله: ويستبد به الضامن إن عجز.

(٥) في البحر في الزكاة قبيل الفرع الذي قبيل قوله: «السادس الغارم» ما لفظه: فإن رق أو تبرع عنه أو أعتقه السيد رد، إلا أن يعتقه لأجل ما سلم. (بحر لفظاً). وفي الصعيتري: يطيب له ما كان

بعينه، وما استهلكه المكاتب فهو في رقبته^(١) كدين المعاملة، ذكره الفقيه محمد بن سليمان، وما استهلكه السيد ضمنه، وما تلف بغير جناية ولا تفريط فلعله لا يجب ضمانه^(٢).

وقال أبو حنيفة والشافعي: إنه يطيب للسيد مطلقاً. ورواه في الكافي عن زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله.

فروع: فإن كان قد ورث شيئاً بقدر ما أدى فإنه يرد لمن كان يستحقه بالإرث، وإن كان قد أتلفه العبد فهو في ذمته يطالب به متى عتق، ذكره في الدرر. والأقرب أنه يكون في رقبته^(٣) كما في الزكاة التي أتلفها، ولعل الأمير علي والفقيه محمد بن سليمان يختلفان في الكل.

مسألة: إذا اختلف السيد والمكاتب في قدر المال فالقول قول العبد، وإن اختلفا في جنسه تحالفا^(٤) وبطلت الكتابة، ذكره في التفريعات.

مسألة: من كاتب عبده في صحته ثم أعتقه في مرض موته ولا مال له سواه سعى المكاتب للورثة في الأقل من ثلثي قيمته أو ثلثي مال الكتابة^(٥)، ذكره في

عن حق حيث نجز عتقه. (قرر).

(*) وذلك لأنه إنما يستحقه إذا تم عتقه، فإذا رد في الرق استبان أنه غير مستحق. (بستان).

(١) وما في يده. (قرر).

(٢) والمختار وجوب الضمان؛ لأنه قبضه قبض معاوضة. (ذماري). ولا فرق بين أن يتلف في يده أو في يد سيده فيجب ضمانه؛ لأنه دين معاوضة. (ذماري).

(٣) وما في يده. (قرر).

(٤) حيث لا بيئة.

(*) لعله حيث ادعى غير نقد البلد، وإلا فالقول لمدعيه كما تقدم في البيع. (قرر).

(٥) فإن كان ماله مستغرقاً سعى في قيمته كلها على القول ببطلان الكتابة، وعلى كلام الكتاب يسعى في الأقل من قيمته أو مال الكتابة.

(*) يقال: قد بطلت الكتابة بإعتاقه، فيسعى في ثلثي قيمته. (من بيان حثيث). وهذه

التفريعات. وكذا لو كاتبه في مرضه من غير محاباة في مال الكتابة^(١).

مسألة: إذا اتفق على المكاتب دين الكتابة ودين جنانية أو ثمن ما اشتراه ولو ولده فإنه يقدم ما طوب به^(٢)، فإن طوب بالكل فقال القاضي زيد والسيد يحيى: إنه يقدم دين الكتابة^(٣)؛ لثلا يعجز، وقال في التفريعات: يقدم دين غيرها؛ لأنه مستقر^(٤).

فروع: وإذا أقر المكاتب بدين عليه أو بجنانية صح إقراره^(٥) وأخذ به^(٦)، وفي التقديم الخلاف، فإن رجع في الرق ولم يصدقه سيده كان في ذمته متى عتق، وما

موجودة في بعض النسخ المقروءة على المصنف بلفظ: والأقرب أنه يسعى في ثلثي قيمته. اهـ ومثله عن الإمام محمد بن علي الوشلي السراجي.

(١) ثم أعتقه بعد ذلك في مرض موته. (قرئ).

(٢) وعليه الأزهار بقوله: ويقدم ما طلب.

(*) قال الفقيه يوسف: وفي العبارة تسامح؛ لأن دين الجنانية هو مطالب به وإن لم تجدد مطالبة. (رياض، وكواكب). لأن الذي لم يلزم بعقد متضيق من دون طلب، وهو دين الجنانية، فلا معنى للطلب فيه. (بحر).

(٣) وفي الغيث عن القاضي زيد: يقدم دين الجنانية، وفي البيان عنه في الجنائيات مثل ما هاهنا. وقوله هنا مخرج، خرج له الفقيه محمد بن سليمان، ذكر معناه في الصعيتري.

(٤) إذ لا بدل لها، بخلاف الكتابة فلها بدل، وهو الرجوع في الرق. (شرح فتح).

(٥) وذلك لأنه صدر من أهله وصادف محله، لكن إن كانت الجنانية توجب القصاص صح إقراره واقتص منه؛ لأنه غير متهم في نفسه، وإن كانت توجب الأرش صح على المختار، كما لو أقر بدين في معاملة، ويحتمل المنع من إقراره^[١] كالقن. (بستان).

(*) بل يكون موقوفاً؛ لأنه من التبرعات. (من خط حثيث).

(٦) فيما يوجب القصاص، وإلا بقي موقوفاً. (قرئ).

[١] ويكون موقوفاً.

كان قد سلمه منه^(١) رد لسيدة.

فرع: إذا مات المكاتب وقد اشترى من يعتق عليه أو زوجته ثم وطئها بالنكاح^(٢) فولدت له ولدا فإنه يقوم مقامه^(٣) إذا سلم^(٤) ما بقي عليه عتق، لكن يقع فيه الخلاف الأول هل يقدم مال الكتابة أو ثمنه إذا هو باق عليه؟ وإذا عجز عن مال الكتابة كان سيده مخيراً بين تسليم العبد وما في يد المكاتب في قضاء ديونه وبين التسليم منه^(٥) إلى قدر قيمة هذا العبد المشتري وما في يد المكاتب، لا الزائد كما في دين المعاملة في العبد المأذون، وإن كان السيد معسراً كان لبائع العبد أن يسترجه كما في سلعة المفلس.

فرع: وإذا أعتق المكاتب عبداً كان موقوفاً على عتقه أو إجازة سيده^(٦).

مسألة: وإذا جنى المكاتب على نفس أو مال ففيها يلزمه من الأرش وجهان: أحدهما: إلى قدر قيمته فقط؛ لأنه بدل عنه، وهو قول أبي حنيفة، والزائد في ذمته.

(١) أي: من الدين الذي أقر به.

(٢) بأن يكون نكاحه لها قبل عقد الكتابة، أو بعده بإذن سيده، ثم اشتراها. (تعليق ابن مفتح) (قرير).

(٣) لأنه يعتق بعتقه، فإذا عجز بقي مملوكاً لسيدة. (قرير).

(٤) وإن لم يسلم زوجها، وكذا الزوجة.

(٥) أي: من مال السيد.

(٦) ولو لم يكن عبداً؛ لأنها إسقاط حق؛ لأن المعتق المكاتب. وقيل: إذا كان عبداً. ولعله بناء على الإطلاق أولاً. وقد يقال: إنها صحت لأن الوقف مجازي، وهي إسقاط حق، فتصح الإجازة وإن لم يكن عبداً. [في بيان حثيث ما لفظه: ينظر، ولعل هذه إنما صحت لأنها ممن له الحق في العبد كما قلنا في المحجور عليه ونحوه، فلم تصدر الإجازة من المالك؛ إذ لم تلحق].

(*) إذا كان عبداً؛ بناء على أن الإجازة لا تلحق إلا العقود.

والثاني: أنه يلزمه الكل^(١)، كما إذا فداه سيده ليبقى مكاتباً له فإنه يسلم الكل، وكذا إذا أعتقه^(٢)، بخلاف ما إذا عتق بتسليم مال الكتابة فلا شيء علي سيده.

مسألة: إذا قتل السيد مكاتبه ومعه كسب فهو للسيد^(٣)؛ لأنه ملكه، وليس ذلك كالإرث^(٤). فإن كان المكاتب قد سلم بعض المال ضمن السيد لورثته من ديته بقدر ما سلم^(٥).

مسألة: وإذا جنى الغير على المكاتب ما يوجب القصاص فالخيار فيه إلى السيد^(٦)، فإن اختار الأرش كان للمكاتب كسائر كسبه. وإذا قتله الغير لزمه من قيمته للسيد بقدر ما بقي له من مال الكتابة، ولورثته^(٧) من ديته بقدر ما قد كان سلم.

فرع: وإذا أقر المكاتب على نفسه بدين صح إقراره^(٨)، ويصح الحجر عليه

(١) ويكون من كسبه، وليس له أن يسلم نفسه.

(*) وبني عليه في البحر.

(٢) عالماً بجنائته كما مر في المأذون.

(٣) حيث لا يفني بمال الكتابة، فإن كان يفني سلم في كتابته^[١]، وكذا في المسألة الثانية.

(٤) يعني أن قاتل العمد لا يرث.

(٥) ولعل هذا حيث لا تفي الدية بمال الكتابة، وإلا وجب تسليم ذلك إلى السيد، فتقديم حرثته أولى كما تقدم.

(*) من مالها.

(٦) هلا قيل: الخيار إليهما كالشريكين فينظر. اهـ يقال: هو لا يتبعض.

(٧) ولعل هذا حيث لا تفي الدية والقيمة بما بقي من مال الكتابة؛ لثلا يخالف ما تقدم في آخر باب التدبير في البيان حيث قال: بخلاف المكاتب.

(٨) موقوفاً على المختار في دين الجناية ونحوها. (قرو).

[١] ولزم السيد الدية للورثة؛ لأنه مات حراً. اهـ وفي المقصد الحسن ما لفظه مسألة: إذا خلف المكاتب الوفاء وموته كان يقتل سيده له لزم السيد القيمة للورثة؛ لأن العبرة بحال الجناية، ذكره بعض مشائخنا. (بلفظه).

لسائر الديون التي عليه غير دين الكتابة فلا يصح له^(١)؛ لأنه يمكنه إسقاطه عن نفسه بتعجيله، ذكره في البحر.

مسألة: إذا سلم المكاتب بعض المال كان في حكم الحر بقدر ما أدى، وفي حكم العبد بقدر ما لم يؤد، وذلك فيما يدخله التبويض^(٢) كالدية والأرش، والإرث حيث يرث أو يورث، والوصية^(٣) فتكون من ثلث ما يورث عنه، وفي جلد الحد. وما كان لا يدخله التبويض فحكمه فيه كالعبد، وذلك في القصاص، والرجم في الزنا، والحج، والنكاح^(٤)، والوطء بالملك. وقال أبو حنيفة والشافعي: إنه عبد مهما بقي عليه شيء من المال.

(١) وظاهر الأزهار أنه يصح الحجر لدين الكتابة. (قررو).

(٢) قوله: «فما يدخله التبويض» وذلك لقوله ﷺ: ((المكاتب يرث ويورث ويودى بقدر ما أدى)). إلخ. وحجة الشافعي وأبي حنيفة قوله ﷺ: ((المكاتب قن ما بقي عليه درهم)). لنا: ما مر، وحملنا خبرهم على الأحكام التي لا تتبع كالرجم والحج والوطء بالملك. (بستان).

(٣) منه^[١]، لا له فتصح وتكون لسيدة. اهـ وفي هامش البحر: فإن أوصى له صح، وإن مات كانت بين سيده وبين ورثته على حسب ما أدى. (قررو).

(*) في عدهم الوصية فيما يتبع نظر؛ لأنها إن كانت منه للغير فهو تبرع^[٢] وهو ممنوع منه، وإن كانت من الغير إليه فسيأتي في الوصايا أن الوصية للمكاتب تكون له إن عتق، ولسيدة إن رق، فظاهر ما سيأتي أنها تكون موقوفة على تمام عتقه ولا تتبع، فراجع ذلك، والله أعلم.

(٤) والإنكاح؛ لأن الولاية لا تتبع. (قررو).

[١] القياس أنها تبرع فلا تصح منه. وقيل: تصح وتكون من الثلث بقدر^[٠] ما صار إلى الورثة كما هي عبارة الكتاب.

[٠] إلا أن يميز الورثة.

[٢] قلنا: التبرع هنا في قدر جزء الحر، وقد تقررت الحرية بالموث. (حاشية سحولي).

مسألة: إذا مات المكاتب قبل يدفع شيئاً فإن لم يخلف ما يوفي مات عبداً^(١)، وما معه لسيدته، إلا ما كان من الزكاة ونحوها، وإن خلف ما يوفي^(٢) فقال في التذكرة والأستاذ: يموت حراً^(٣)، ويأخذ سيده قدر مالها، وما بقي فلورثته. وقال في بيان السحامي والمذاكرة: يموت عبداً^(٤) وتبطل الكتابة. ومثله في التقرير عن الهادي عليه السلام.

فرع: وإذا مات وقد أدى شيئاً فإن لم يخلف شيئاً تبعضت الأحكام في حقه، وإن خلف شيئاً فإن كان يوفي ما بقي عليه مات حراً، وأخذ السيد منه قدر ما بقي له، والزائد لورثته، وروى في التقرير عن الهادي أنها تبطل الكتابة في قدر ما بقي عليه ويعتق منه بقدر ما كان قد أدى. وإن كان لا يفي به فقال القاضي زيد: لا يعتق منه إلا قدر ما كان قد أدى؛ فيورث عنه بقدره، ويقدر ما لم يدفع يكون لسيدته^(٥)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يكون للسيد كله^(٦) يأخذه عن دين الكتابة؛ لأن عتق ثلاثة أرباعه مثلاً أولى من عتق نصفه.

مسألة: إذا مات المكاتب وعليه دين الكتابة ودين غيره وخلف قدر ما لا يوفي بالكل فقال الإمام المهدي: إنه يقدم الدين الآخر على دين الكتابة؛ لأنه أكد.

(١) إلا أن يتبرع عنه بالوفاء ورضي السيد مات حراً. (قرئ).

(٢) في بيان حثيث ما لفظه: هل يقال: ولو قيمته حيث قتله الغير، فيكون التفصيل فيها كما لو مات وخلف مالاً أهـ قيل: وكذا سيده لو قتله.

(٣) وظاهره وإن لم يقبض. وقيل: لا بد من القبض.

(٤) لأنها قد بطلت بالموت، ولا تبعض الأحكام في حقه هنا؛ لأنه مات قبل أن يدفع شيئاً من مالها. (بستان).

(٥) والحيلة في أخذ الجميع أن يرثه السيد من الزيادة ويأخذ الجميع قولاً واحداً.

(٦) قال: لأنه دين على المكاتب للسيد، والدين مقدم على الميراث. (بستان). قال في الزهور:

وهو جلي، لكنه مصادم لقول الهادي عليه السلام.

(*) قوي حثيث ومفتي.

مسألة: وإذا مات السيد قبل الوفاء فوارثه يقوم مقامه في القبض إن كان كبيرا^(١)، وإن كان صغيرا فوصيه إن كان، وإلا فالحاكم أو منصوبه.

مسألة: إذا مات سيد العبد ثم ادعى العبد أنه كان كاتبه وصدقه بعض الورثة دون بعض صحت الكتابة^(٢)، وضمن المصدق^(٣) للمنكر قيمة نصيبه كما لو كاتبه.

مسألة: إذا وصى السيد بهال الكتابة فعلى قولنا: «إنه لا يصح تصرفه فيه قبل قبضه» لا تصح الوصية به^(٤)، وعلى القول بالصحة إن كانت الوصية لمعين عتق بالتسليم إليه أو إلى وصي سيده، وإن كانت لغير معين عتق بالتسليم إلى الوصي، وإن لم يكن في الوارث الكبير^(٥)، وإن لم يكن في الوارث الصغير، لا إلى المصرف.

مسألة: وإذا زوج السيد ابنته من مكاتبه ثم مات السيد لم يفسخ النكاح^(٦) حتى يعجز العبد ويرجع في الرق^(٧). وقال المحاملي^(٨): يفسخ بالموت.

(١) إذا لم يكن ثمة وصي في تنفيذ الوصايا، وإلا فالقبض إليه. (مفتي).

(٢) قوله: «صحت الكتابة» يعني: بتصديقه وسرت إلى نصيب الآخرين، لأنها سبب للعتق. (بستان).

(٣) والولاء له وحده. (قرور).

(٤) لعدم استقراره.

(٥) لا فرق بين هذه الصورة وبين الصورة الأولى أنه يسلمه إلى الوارث ليدفعه إلى الموصى له معيناً أو غير معين؛ لأن له ولاية مع عدم الوصي. (بستان).

(٦) ويجوز استمرار الوطء. (قرور).

(٧) ينظر لو مات بعد موت سيده ولم يخلف الوفاء هل يرتفع النكاح بملكها لما بقي منه عبداً أو بالموت؟ لا يبعد أن يكون بينه وبين الموت ترتب ذهني. (شامي).

(٨) من أصحاب الشافعي.

(*) هكذا عنه في كتاب يسمى الأوسط، وبناء على أن الكتابة تنفسخ بالموت، والصحيح خلافه؛ لأنها لم تملكه ملكاً محققاً حتى يرجع في الرق. (بستان بلفظه).

باب الولاء^(١)

هو على ضربين:

الأول: ولاء الموالاتة، وهو حيث يسلم الحربي^(٢) على يدي مسلم حر ذكر بالغ غير الإمام^(٣)، فإذا مات الذي أسلم ولا وارث له قط بنسب ولا سبب^(٤) ورثه مولاه، قال الفقيه علي: وسواء كان إسلامه على يديه بدعائه إلى الإسلام أو بأن يسمع منه الوعظ أو القراءة أو الأذان أو نحوه فأسلم بسببه^(٥).

فرع: فلو أسلم على يدي عبد ثم عتق من بعد، أو على يدي صبي ثم بلغ^(٦)، أو على يدي ذمي ثم أسلم، ثم مات الذي أسلم من بعد - فإنه يرثه مولاه هذا. فأما الحربي فلا يثبت الولاء له ولو أسلم^(٧)، ذكره ابن معرف، قال: وكذا الإمام^(٨) لا يثبت له ولاء على من أسلم على يديه. ومثله عن العصفري.

وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: إنه يثبت الولاء على الذمي أيضاً. وقال المهدي: إنه يثبت للمرأة. وقال الناصر والشافعي: لا توارث بهذا الولاء قط.

(١) قال في نزهة القلوب: والمولى على ثمانية أوجه: المعتق، والمعتق، والولي، والأولى بالشيء، وابن العم، والصهر، والجار، والحليف. (من خط مصنف البستان).

(٢) سواء كان ممن يسترق أم لا. (قررو).

(٣) المذهب أن الإمام وغيره سواء.

(٤) غير الزوجين، فأما هما فميراثهما كالدين؛ إذ لا يرد عليهما. (قررو).

(٥) وإن لم يقصده إذا قصد الفعل كالتحجر. (قررو).

(٦) قبل الحيازة إلى بيت المال. (قررو).

(٧) بل يثبت له الولاء. (قررو).

(*) ما لم يسلم قبل موت ص الذي أسلم على يديه، بخلاف الصبي والمجنون فيكون قبل الحيازة إلى بيت المال. والفرق بين الكافر وغيره أن الكافر يمكنه إزالة المانع بأن يسلم، بخلاف غيره. (شرح فتح).

(٨) المذهب خلافه.

فرع: وليس من شرطه أن يتحالفا عند الهادي، وقال المؤيد بالله وأبو العباس وأبو حنيفة: لا يثبت إلا إذا تحالفا على أن المولى يعقل عنه ويرثه، فيكون له كالعاقلة.

الثاني: ولاء العتاق، فهو سبب للإرث وفاقا على أي وجه وقع العتق^(١)؛ وذلك لأجل المنة الحاصلة بالعتق على المعتق وعلى أولاده ما تناسلوا^(٢)، وعلى من أعتقه وأولاده ما تناسلوا ما لم يتخلل بينهم ما يقطع منة المعتق الأول، وهو الرق أو العتق لمن بينهما، وسواء كان المعتق ذكرا أو أنثى، ولو عتق عليه بغير اختياره أو عن كفارة أو مثلة.

مسألة: وإذا مات العتيق ولا وارث له ورثه مولاه وفاقاً، وإن كان له وارث من ذوي الأرحام فالمولى أولى بإرثه، وإن كان له وارث من عصبته فهو أولى، وإن كان له وارث من ذوي السهام فله سهمه والباقي للمولى^(٣).

فرع: ومن أحكامه أنه يورث به ولا يورث في نفسه، فلا يصح بيعه ولا هبته، خلاف مالك. فلو مات المولى وله ثلاثة بنون، ثم مات أحدهم عن ابن، والثاني عن ابنين، والثالث عن ثلاثة، ثم مات العتيق - كان ميراثه بينهم أسداسا كما في ميراث النسب^(٤)، وقال في وسيط الفرائض ومالك وشريح: يكون بينهم أثلاثاً. وهو ظاهر التذكرة. وكذلك في بني الإخوة وبني الأعمام.

(١) يعني: بأي سبب من الأسباب التي تقدمت. (بستان).

(٢) يقال: ما منته على الأولاد؛ لأنهم تبع للأُم، سوى كونه يقال لهم: أبوهم حر؟

(٣) أو للعصبة بعده. (قرر).

(*) وذلك لما روي أن ابنة حمزة بن عبدالمطلب أعتقت عبداً لها فمات وترك بنتاً، فجعل الرسول ﷺ نصف ميراثه لبنت حمزة ونصفاً لبنت العتيق. (بستان).

(٤) يعني: فإن الجد إذا خلف ابن ابن، وابني ابن آخر، وثلاثة لثالث - فالميراث بينهم أسداسا لا أثلاثاً. وعند الآخرين أنه يورث الولاء في نفسه. لنا ما مر. (بستان).

فرع: ومنها أنه يجزى الولاء من عتيق العتيق وإن بعد، ومن أولاده وإن نزلوا ما لم يتخلل فيهم أب أو جد مملوك أو عتيق - لأنه قد قطع مئة المعتق الأول - فإنه يمنع جر الولاء إلى آبائه، وسواء كان حيا أو قد مات، بخلاف ميراث النسب فإن الرق لا يقطعه^(١)، نحو أن يكون الأب مملوكا والجد حرا فإنه يرث ابن ابنه، خلاف ظاهر كلام الإمام الهادي.

فرع: فأما معتق الأم ومن في حكمها^(٢) فلا ميراث له إلا إذا كان الأب مملوكا والميت حر أصل ولم يكن للميت وارث^(٣) قط، فلو كان الأب حرا أو عتيقا وقد مات ولا وارث له قط^(٤) فلا ميراث لمعتق الأم، بل يكون لبيت المال، خلاف ابن عباس والسيد يحيى، فجعله أولى من بيت المال.

فرع: ومنها أنه يجزى الولاء إلى ورثته، فيكون العصبات منهم أولى من ذوي السهام، فمن مات وخلف ابن مولاه وأب مولاه كان الابن أولى؛ لأنه العصبية. وروي عن علي عليه السلام والثوري أنهما سواء. وقال أبو يوسف وأحمد وإسحاق والشعبي والنخعي: إن للأب السدس. وكذا إذا خلف ابن مولاه وبنت مولاه، أو أخا مولاه وأخت مولاه؛ لأنه لا يعصب ذكورهم إناتهم؛ لضعف سببهم، كأولاد الإخوة والأعمام وأولادهم وذوي الأرحام.

فرع: إذا خلف جد مولاه وإخوة مولاه قاسمهم الجسد ولو نقص عن

(١) إلا في ميراث ذوي الأرحام. (قررو).

(٢) أبوها.

(٣) إذا كان عصبية فقط، وأما ذوو السهام فلهم سهامهم والباقي لمولى الأم؛ لأنه عصبية، وأما ذوو الأرحام فإنه أولى منهم، والله أعلم. (قررو). وإن كان مفهوم البيان أنه لا فرق بين العصبية وغيرهم، وهو الذي بنى عليه الشيخ العصفري.

(٤) ظاهره ولو ذو رحم فينظر؛ ففي المفتاح: ولا يرث المولى إلا بعد عدم العصبات واستكمال ذوي السهام سهامهم.

السدس. وقال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: إنه أولى منهم.

فرع: إذا خلف بنت مولاة وأخت مولاة فهما سواء؛ إذ لا تعصيب فيه، فلو كان معهما جد مولاة أو ابن عم مولاة كان أولى منهما.

فرع: إذا اشترى الابن والبنت^(١) أباهما، ثم اشترى الأب عبدا وأعتقه، ثم مات الأب، ثم مات عتيقه وخلف الابن والبنت - كان الابن أولى؛ لأنه عصبه مولاة من النسب، والبنت عصبته من السبب^(٢).

مسألة: إذا كان الولاء لجماعة شركاء فيه فهو بينهم على قدر حصصهم، ومن مات منهم فنصيبه لورثته لا لشركائه، فإن لم يكن ثم وارث قط فلبيت المال. بخلاف ولاء الموالة فمن مات من الشركاء فيه كان نصيبه لشركائه فيه لا لوارثه؛ لأنه لا يورث قط. وقال العيصيري: إنه يورث بالنسب وبالسبب.

مسألة: من كاتب عبده ثم مات قبل قبض المال وخلف بنته وأخته وابن عمه، ثم سلم المكاتب المال إلى البنت والأخت، ثم مات وخلفهم - كان ميراثه لابن عم مولاة كما لو كان سلم المال إلى مولاة قبل موته، ذكره أهل الفرائض. وروي عن المؤيد بالله وأبي طالب والشافعي أنه يكون للبنت والأخت تبعا لتسليم المال؛ فلو كان قد سلم بعضه إلى مولاة قبل موته، ثم سلم بعضه بعده إلى البنت والأخت - كان لهما بقدر ما سلم إليهما ولابن العم بقدر ما سلم إلى مولاة عندهم.

مسألة: يصح أن يكون كل واحد من الرجلين مولى لصاحبه، نحو أن يعتق الذمي عبدا مسلما ثم يصير حريبا ثم يسبى فيشتريه عتيقه ويعتقه ويسلم - فأبيها مات أولاً ورثه الآخر. فأما الحربي إذا أعتق عبداً فإنه لا يثبت له الولاء عليه،

(١) أو انفردت البنت بالشراء. (قرر).

(٢) قال عليه السلام: وحكى الشيخ أبو حامد الغزالي أنه قد غلط في هذه المسألة أربعائة قاض فضلا عن سواهم، فجعلوه بينهما؛ إذ هو عتيقهما، وهذا فاسد كما قرناه. (بستان).

ذكره في عقد الفرائض^(١).

فرع: من مات ولا وارث له إلا ذوو سهام مولاه أو ذوو أرحامه فهم أولى بميراثه من بيت المال ومن مولى الموالاتة أيضاً. وقال الناصر والفقهاء: لا ميراث لهم قط.

(١) هذه رواية الكتاب عن العقد كما ترى، وذكر في البحر أنه يصح أن يكون كل مولى لصاحبه حيث أعتق الحربي عبداً فأسلم العبد ثم سبي سيده فاشتراه وأعتقه، فأثبت الولاء للحربي، ومثله في الانتصار. (بستان).

الفهرس

٥	كتاب الشركة
٥	الضرب الأول: الشركة في المكاسب
٥	الأول: شركة المفاوضة
١٢	النوع الثاني: شركة العنان
١٧	النوع الثالث: شركة الوجوه
١٨	النوع الرابع: شركة الأبدان
٢٣	الضرب الثاني: شركة الأملاك
٢٣	الأول: الاشتراك في العلو والسفل
٣١	النوع الثاني: في الجدرات والحوائط التي بين الأملاك
٣٦	النوع الثالث: في السكك والشوارع
٤٤	النوع الرابع: الشرب
٥٧	كتاب القسمة
٦٣	فصل: وللقسمة شروط سبعة
٦٨	فصل: والمقسومات على ثلاثة أضرب:
٨٨	كتاب الرهن
١٢٤	فصل: في جناية الرهن
١٤٦	كتاب العارية
١٦٢	كتاب الهبات
١٧٥	فصل: في حكم الصدقة

١٩٥	الهدية.....
٢٠١	باب العمرى والرقيبى.....
٢٠٣	فصل: فى السكنى.....
٢٠٧	كتاب الوقف.....
٢٧٤	فصل: فى تقسيم الولاية.....
٢٩٥	باب الوديعه.....
٣١٨	كتاب الغصب.....
٣٩٧	كتاب العتق.....
٤١٨	فصل: فى العتق المشروط بغير مال.....
٤٥٠	فصل: فى العتق على مال عقداً أو شرطاً.....
٤٦١	فصل: فى ثبوت العتق فى الذمه والعتق فى المرض وفى تمليك العبد.....
٤٧١	فصل: فى عتق بعض المملوك.....
٤٨٠	فصل فى التدبير.....
٤٩٢	باب الكتابة.....
٥١٤	باب الولاء.....
٥١٩	الفهرس.....