

فَتْحُ الْجَوَادِ بِشْرَحِ الْإِرْشَادِ

لِشَيْخِ الْإِسْلَامِ أَبِي الْعَبَّاسِ شَرْهَابِ الدِّينِ أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيِّ
ابْنِ حَجْرٍ الرَّهَيْثِيِّ الْمَكِّيِّ الشَّافِعِيِّ
المتوفى ٩٧٤ هـ

عَلَى مَرْتَبِ الْإِرْشَادِ

لِلدَّيْمِ شَرْفِ الدِّينِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي بَكْرٍ
ابْنِ الْمُقْرِئِ الْيَمِينِيِّ الشَّافِعِيِّ
المتوفى ٨٣٧ هـ

ضَبَطَهُ وَصَوَّغَهُ

عَبْدُ الْأَطِيفِ حَسَنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

الجزء الثاني

تَنْبِيْهٌ :

وَضَعْنَا فِي أَعْلَى الصَّحَافِ نَصَّ "فَتْحِ الْجَوَادِ" لِلْعَلَّامَةِ ابْنِ حَجْرٍ ، وَضَمَنَهُ
مَتْنُ "إِرْشَادِ" مَوْصُوفًا بِبَنِي قَوْسَيْنِ ، وَبَيَّنَّا الصَّحَافَ حَاجَتَهُ فَتْحِ الْجَوَادِ
لِلْعَلَّامَةِ ابْنِ حَجْرٍ الْمَذْكُورِ ، وَهُوَ شَرْحٌ مُنْتَهَرٌ عَلَى الْإِرْشَادِ ، وَمَعَهَا تَعْلِيلَاتٌ
مِنْ شَرَحِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهِ

مَسْتَشْوَرَاتُ مُحَمَّدِ رَجَائِي بِبَغْدَادِ

بِكَبُوتِ
بِسْكَانِ
دَارِ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ

منشورات محمد باي دؤن بيروت



دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

Copyright

All rights reserved
Tous droits réservés ©

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة

لسدار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو
مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر
أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation préalable signé par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

الطبعة الأولى

٢٠٠٥ م - ١٤٢٦ هـ

منشورات محمد باي دؤن بيروت

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الطريف، شارع البحري، بناية ملكارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٨ - ٣٦٦٣٥ (٩٦١ ١)

فرع عرمون، القبسة، مبنى دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

ص.ب: ٩٤٤ - ١١ بيروت - لبنان
رياض الصلح - بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

هاتف: ١١ / ٥٨٠٤٨١٠ - ٩٦١
فاكس: ٥٨٠٤٨١٣ - ٩٦١

http://www.al-ilmiyah.com

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun-ilmiyah.com

الكتاب: فتح الجواد بشرح الإرشاد

FATH AL-JAWAD BISHARH AL-IRSHAD

المؤلف: ابن حجر الهيتمي

المحقق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

عدد الصفحات: 1648

سنة الطباعة: 2005 م

بلد الطباعة: لبنان

الطبعة: الأولى

ISBN 2-7451-4434-0



9 782745 144348

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[باب في البيع]

يطلق على قسيم الشراء فيحد بأنه نقل ملك بثمان على وجه مخصوص والشراء بأنه قبوله على أن لفظ كل يقع على الآخر وعلى العقد المركب من الإيجاب والقبول وهو المراد هنا، وهو لغة مقابلة شيء بشيء، وشرعاً عقد يتضمن مقابلة مال بمال أو منفعة بشرطه الآتي لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبدة كبيع حق الممر، فخرج إبدال المتلفات ونحو القرض ونحو بيع الكلب والنكاح والصلح عن دم والإجارة كما هو مبين في الأصل.

وأركانها ثلاثة: صيغة وعاقدة ومعقود عليه وبدء بالأول لأنه أهم للخلاف فيه ثم بالثاني لأن الفاعل مقدم على المفعول طبعاً فقال (إنما) ينعقد شرعاً (البيع) بالمعنى اللغوي من غير الأخرس لما يأتي في الطلاق أنه يصح بيعه بالإشارة وفي غير ما زاده بقوله: (لا الضمني) منه (بإيجاب) من البائع ولو هزلاً وهو ما دل على التملك دلالة ظاهرة وقبول من المشتري كما يأتي. أما الضمني منه وهو ما تضمن التماس العتق وجوابه كأعتق عبدك عني على ألف فيصح بلا صيغة في اللفظ وإن كانت موجودة تقديراً استغناء عنها بالالتماس والجواب فإذا قال أعتقه عتق عن الطالب ولزمه العوض وكأنه قال بعني وأعتقه عني فأجابه ببعتك وأعتقتك عنك ويشترط في الملتمس الاختيار وعدم الحجر وإن أوهم كلامه هنا خلافه اتكالاً على ما يعلم منه في بابي الحجر والطلاق ولا يشترط في الملتمس عتقه القدرة عليه فحينئذ

[باب البيع]

(قوله شرعاً) بين به أن المعنى إنما يصير مقابلة الشيء بالشيء بيعاً شرعياً موجوداً في الخارج يفيد ترتيب أحكامه عليه إن وجدت فيه تلك الأركان والشروط الآتية.
(قوله ولو هزلاً) أي فينعقد منه باطناً، وظاهراً لكنه قد يشكل بإتمام البيع عن تراض والهزل إذا علم هزله غير راض.

يرجع الضمير في قوله الآتي يصح لغير الضمني بالنسبة للشرط الثالث .

وللايجاب صيغ (كبعثت)ك ذا بكذا أو هذا مبيع منك أو أنا بائعه لك بكذا أو هو لك بكذا على أحد احتمالين فيه أو عاوضتك أو صارفتك في الصرف (أو شريت)ك بمعنى بعثك ذا بكذا أو ثامنتك على ما بحثه الزركشي والذي يتجه أنه كناية أو (ملكته)ك ذا بكذا وإنما كان أدخلته في ملكك كناية لاحتماله إدخاله في ملكه الحسي أو (اشتر) مني ذا (بكذا) وزاده تنبيهاً على أنه لا بد من ذكر الثمن أي إن بدأ البائع وإلا كبعني هذا بألف كفى قول البائع بعثك وإن لم يذكر الثمن ولا نواه ويكفي بعني ولك عليّ وبعثك ولي عليك أو على أن لي عليك أو على أن تعطيني كذا إن نوى به الثمن . وخرج باشتر اشترت أو تشتري فلا بد من بعث بعدهما لظهورهما في استبانة الرغبة ولو قرن بالإيجاب أو القبول حرف استقبال كأبيعك لم يصح ويظهر أنه يغتفر من العامي نحو فتح تاء المتكلم .

(و) لا يصح البيع (مع) التوقيت كبعثك هذا شهراً أو حياتك أو ألف سنة فيما يظهر ولا التعليق كإن مات أبي فقد بعثك هذا إلا في غير التعليق بالمشيئة من أحدهما كأن يقول بعثك أو اشترت منك (إن شئت) أو أردت أو رضيت أو أحببت فيقول اشترت أو بعثت لا شئت إلا إن نوى به البيع لأن المشيئة من ضرورة العقد وإن لم يعلق بها كأن كان ملكي بخلاف التعليق بغيرها والتوقيت مطلقاً فإنهما يبطلان العقد .

والأوجه أن إن شئت بعثك يصح أيضاً بخلاف بعثكما إن شئتما لتضمنه تعليق البيع من كل بمشيئة الآخر ولو تقدم لفظ المشتري كاشترت منك فقال بعثك إن شئت لم يصح وإن قبل بعده لأنه حينئذ تعليق محض (وقبول) من المشتري ولو هزلاً أيضاً وهو ما دل على

وقد يجاب بأن الشارع أناط الرضى بالمظنة من حيث هو بالنظر لخصوص الأفراد كما هو شأن كل منوط بها كالمشقة في السفر .

وبهذا يتضح صحة بيع المصادر باطناً أيضاً وبيع وشراء من أكره بحق مع تيسر بيع الحاكم عنه، ومما يزيد ذلك إيضاحاً أن الرضى هو السبب في اشتراط اللفظ لأنه دال عليه من حيث المظنة فربطت الصحة باللفظ لتلك الحيثية .

ثم بعد ربطها به كذلك أعرض الشارع عن النظر للرضى وجعل وجود اللفظ اختياراً هو الموجب للصحة من غير نظر إلى ما وراءه من وجود الرضى في القلب أو عدمه، والدليل على جعل الشارع المذكور إجماعهم على صحة نحو الهازل باطناً أيضاً فتأمل ذلك فإنه مهم، وبه يندفع التشنيع علينا في صحة بيع المصادر .

التملك دلالة ظاهرة وذلك لتتم الصيغة الدال على اشتراطها قوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض» والرضى خفي فنيط بظاهر وهو الصيغة فلا ينعقد بالمعاطة لكن اختير الانعقاد في كل ما يتعارف البيع بها كالحبذ دون نحو الدواب والأراضي فعلى الأول المقبوض بها كالمقبوض بالبيع الفاسد: أي في أحكام الدنيا أما في الآخرة فلا مطالبة بها ويجري خلافها في سائر العقود وصورتها أن يتفقا على ثمن ومثمن وإن لم يوجد لفظ من أحدهما ويظهر أن ما ثمنه قطعي الاستقرار كالرغيف بدرهم بمحل لا يختلف أهله في ذلك لا يحتاج فيه لاتفاق بل يكفي الأخذ والعطاء مع سكوتهما.

ويشترط في القبول أن يكون (وفق) الإيجاب (في المعنى) وإن اختلف لفظهما حتى بالصريح والكناية فإن خالفه معنى كبعثك بألف فزاد أو نقص أو بألف حالة فأجل أو عكسه أو مؤجلة لشهرين فنقص لم يصح للمخالفة كأن قال بألف فقال قبلت نصفه بخمسائة ونصفه بخمسائة ونوى تعدد العقد أو أطلق بخلاف ما إذا نوى تفصيل ما أجمله البائع ونبهت بكاف الخطاب على أنه لا بد منه ومن إسناده لجملة المخاطب فلا يكفي بعث أو بعث نصفك أو نحوه أو موكلك وإنما تعين أنكحت موكلك لأن الوكيل ثم سفير محض وقد لا يشترط الخطاب كما في نعم الآتية وكمسألة المتوسط إذا قال بعث هذا بكذا فيقول بعث ثم قال اشتريت بكذا فيقول اشتريت بكذا فيقول اشتريت.

وشرط صحة الإيجاب والقبول كونهما (بلا فصل) كسكوت طويل يقع بينهما لإشعار الطويل بالإعراض وإن كان لمصلحة بخلاف اليسير (و) بلا (تخلل لفظ) وإن قل ممن يريد أن يتم العقد بلفظ أو كناية أو إشارة أما من فرغ كلامه فلا يضر كلامه اليسير وإنما يضر تخلل لفظ (أجنبي) عن العقد بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته

(قوله أن يكون وفق) صريح في أن وفق في المتن منصوب بنحو هذا التقدير وهو متعين، وأما ما في الإسعاد من جرهما صفة لقبول فغير صحيح لأنه يلزمه وصف النكرة المحضة التي لم تخصص بوجه من وجوه التخصص بالمعرفة لأن وفق بمعنى موافق الذي لم يتقيد بزمن وما هو كذلك يتعرف بإضافته للمعرفة فلم يصح كونه صفة لتلك النكرة المحضة.

(قوله وفق الإيجاب) مثله عكسه إذا تأخر الإيجاب، ففي قبلت يبعه بألف فقال البائع بعثك بألفين أو بدرهم يبطل أيضاً وآثروا الأول لأنه الغالب، والعبارة الجامعة يشترط أن يكون المتأخر وفق المتقدم في المعنى.

(قوله بخلاف اليسير) أي إلا إن قصد به القطع أخذاً مما مر في موالاة الفاتحة.

كاليسملة والحمد والصلاة والدعاء بالبركة والاستغفار وقوله غال أو رخيص وإنما لم يضر تخلل اليسير الأجنبي في الخلع لأن فيه من جانبه شائبة تعليق ومن جانبها شائبة جعالة وكل منهما محتمل للجهاالة بخلاف البيع وكونهما (من متصدّ) للعقد فلا يوجب ولا يقبل وكيل من خوطب ولا وارثه لو مات وإن كان حاضراً ولا موكله لأن الشرط انتظام التخاطب ولا تخاطب بين القابل والموجب هنا وكونهما من (مختار) فلا يصح عقد النائم والمكره على بيع ماله بغير حق إذ لا رضی بخلاف بيع المصادر والمكره على بيع مال والمكره له هو المالك لأنه أبلغ في الإذن والمكره بحق كأن توجه عليه بيع ماله لوفاء دين أو شراء مال أسلم إليه فيه فأكرهه الحاكم عليه (و) من (غير محجور) عليه بخلاف المحجور عليه بصبا وإن قصد اختباره أو جنون أو سفه ولو بغبطة وإن أذن له وليه نعم السفیه المهمل يصح تصرفه كما أفادته عبارته لعدم الحجر عليه كالسكران المتعدي إذا بلغ رشيداً ثم فسق بالسكر والمحجور عليه بالفلس إذا باع في الذمة كما سيعلم من كلامه .

ويصح بيع العبد من نفسه لأن مقصوده العتق وكونهما أهلاً للعقد إلى تمامه فلو جن أحدهما أو أغمي عليه قبل القبول بطل الإيجاب وإصرار البادي على ما أتى به فلو أوجب بمؤجل أو بشرط الخيار ثم أسقط ذلك قبل الآخر لم يصح لضعف الإيجاب وحده وتكلم كل منهما بحيث يسمعه من بقره عرفاً وإن لم يسمعه صاحبه وإلا لم يصح وإن حملته الريح إليه ويصحان (ولو) من المتصدى (مع نفسه) أو محجوره (لطفله) يعني محجوره بأن كان أبا أو جداً فاشتري أو باع من نفسه أو محجوره لمحجوره فإنه يصح بشرط صدور الإيجاب والقبول منه لفظاً لأن معنى التحصيل غير معنى الإزالة بخلاف غير الأب والجدّ لو فور شفقتهما وسيأتي أن من بلغ رشيداً ثم بذر وليه الحاكم ثم القبول (كقبلت) هذا بكذا وإن تقدمت أو (ابتعدت)ه أو توليته ونحوها أو رضيت أو فعلت وظاهر أنها لا تكون إلا جواباً ثم رأيتهم صرحوا به حيث جعلوها بمعنى نعم أو أخذت على ما في الأصل عن القاضي والروائي وفيه بسط ثم فراجعه أو (اشترت)ه أو شريته بمعنى ابتعته أو (تملكت)ه أو (يعني) هذا بكذا أو رضيت أن تبعه مني بكذا بخلاف بعته مني فإنه لا يكفي حتى يقول بعده اشترت .

(و) يجوز أن يأتي بلفظ (نعم) وما في معناها كأجل وفعلت (منهما) البائع

(لجواب) قول المشتري (بعث) فتقوم مقام الإيجاب (و) المشتري لجواب قول البائع (اشتريت) فتقوم مقام القبول فتكون تارة قبولاً وتارة إيجاباً فلو قال المتوسط للبائع بعث فقال نعم وقال للمشتري اشتريت فقال نعم صح. وخرج بجواب ذلك ما لو قال اشتريت منك فقال البائع نعم أو بعثك فقال المشتري نعم إذ لا التماس فلا جواب.

(و) ينعقد أيضاً بنحو (لفظ هبة) ولو من الجانبين مع ذكر العوض لأنه حينئذ من صرائح البيع بخلاف نحو أعمرتك وأرقتك فإنه كناية على الأوجه بل ظاهر كلام ابن كج صراحتهما خلافاً لمن أطلق أنه لا ينعقد بهما بيع وفارقاً ما قدمته في حياتك بأنه صريح في التوقيت بخلافهما (لا) بلفظ (سلم) كأسلمت هذا في هذا العبد فلا ينعقد بيعاً ولا سلماً لاختلال اللفظ إذ السلم يقتضي الدينية فإضافته إلى العين تنافي مقتضاها. وخرج بلفظ السلم معناه كاشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم فقال بعثك فإنه ينعقد بيعاً في الذمة على المعتمد.

(و) ينعقد البيع كغيره (بكناية) وهي ما أشعر بالبيع وغيره (بنية) أي مع نية للبيع أو الشراء مقترنة بنظير ما يأتي في الطلاق ومحل الاكتفاء بها (إن لم يجب إظهار) وإلا كبيع وكيل شرط عليه الإظهار فيه بأن قال له بع على أن تشهد أو بشرط أن تشهد لم ينعقد بها لأن الشهود لا يطلعون على النية نعم إن توفرت القرائن صح بخلافه في النكاح فإنه يحتاط له أكثر وهي (كخذه) بكذا أو (تسلمه) بكذا ولم يقل (مني) على الأوجه أو (أدخلته في ملكك) بكذا أو رده الله عليك في الإقالة أو سلطتك عليه بكذا فيقول أخذته أو تسلمته أو بارك الله لك فيه في جواب بعنيه وليس منها أبحتكه لأنه صريح في الإباحة مجاناً ولا يشكل بلفظ الهبة لما بينته في الأصل (و) من جملتها نحو (كتب) على غير المائع والهوى ولو من الجانبين ولو لحاضر على الأوجه. ويشترط قبول المكتوب إليه حال الاطلاع ويمتد خياره ما دام في مجلس قبوله ويمتد للكاتب إلى

(قوله وكتب) ظاهر سياقه أنه لا يكفي الكتابة إلا من العاقل فلو أمر إنسان آخر بأن يكتب إلى فلان بعثك كذا بكذا وينوي فعله لم يعتد به وهو محتمل ويحتمل الصحة إذ لا مانع من التوكيل في الكتابة والنية كما يأتي أوائل الوكالة أنه يصح التوكيل في النية في بعض الصور ولعل هذا أقرب، ومرّ فيما كتب لدرس قرآن ما له تعلق بما هنا ولو قال له اكتب وأنا أنوي فالظاهر أنه لا يصح لأن كلا من الكتابة وحدها والنية وحدها ضعيف ولا ملاءمة بينهما إلا إن صدرا من واحد وحينئذ فلا يجوز صدورهما من اثنين على جهة التوزيع المذكور، وإذا امتنع أن يوكل في العقد بالكناية بالنون ويكون

انقطاع خيار صاحبه كما يأتي .

(وشرط) في التملك زيادة على ما مر عدم حراية لتملك شيء من عدة حرب كسيف ورمح ونشاب وترس ودرع وخيل فلا يصح نحو شراء ذلك للحربي لأنه يستعين به على قتالنا بخلاف ذمي أي في دارنا لأنه في قبضتنا وبخلاف غير عدة حرب وإن كان أصلها كالحديد لعدم تعيينه لها وألحق الأذرعى كالأسنوي بالحربي المستأمن لأن الظاهر إمساكه عنده إلى أن يرجع وألحق به غيرهما الذمي إذا خشى دسه إلى أهل الحرب .

[تنبیه] عبروا تارة بكل نافع في الحرب وتارة بعدة حرب فإن أرادوا بالنسبة لسائر النواحي خرج نحو الفيل أو مطلقاً دخل والذي يتجه الأوّل (وإسلام لتملك) شيء من رقيق (مسلم) ولو بالتبعية وكذا الدار فيما يظهر (و) من رقيق (مرتد) بشراء أو سلم أو قرض أو إهداء أو تصدق أو غيرها حتى الوصية والوقف وإدخاله في التملك توسع إن كان كل منهما غير نحو قريب للمتملك بأن (لا يعتق) عليه (بلزومه) أي التملك فلا يصح تملك كافر ولو بوكيله المسلم لنفسه أو مثله مسلماً لما فيه من إذلاله ولا مرتدّاً لبقاء علقه الإسلام فيه . أما تملكه أحدهما لمسلم فجائز وإن لم يسمه إذ لا إذلال كما لو كان إذا ملكه عتق عليه كأن اشترى أصله أو فرعه ولو مع شرط الخيار للبايع أو قال للمالكه أعتق عبدك المسلم عني ولو بغير عوض أو أقر بحرية عبد أو شهد بها ولم يقبل ثم اشتراه فيصح لأنه يستعقب العتق وتعبير البهجة ببحكم بعته أولى لأن المقر والشاهد قد يكذبان فهو لا يعتق بل يحكم ظاهراً بعته . وخرج بالمرتد غيره كالمنتقل من دينه ويلزمه شراؤه بشرط العتق لأنه لا يعتق إلا بإنشاء عتق بعد اللزوم .

(و) شرط في التملك إسلام أيضاً لتملك شيء من (مصحف) يعني ما كتب فيه قرآن ولو آية أو بعضها المفيد وإن أثبتت لغير الدراسة فيما يظهر (و) كتاب (حديث) ولو

هو الناوي كما هو واضح فأولى هنا لأن اللفظ أقوى من الكتابة بالتاء .

فالحاصل أنه إذا وكل في البيع بكتابة أو كناية فإن وكله مع ذلك في النية صح وإلا فلا على ما

تقرر .

(قوله لغير الدراسة فيما يظهر) وجه ببقاء احترامها بالنسبة إلى تملك الكافر لها وإن زال بالنسبة لحل مسها إلى الحدث لأن هذا يحتاج له أكثر إذ مس المحدث ليس فيه من الامتهان ولا من خشية ما في استيلاء الكافر .

ضعيفاً فيما يظهر (ولو) كان كل منهما (ضمناً) لتفسير أو غيره فلا يصح تملك الكافر لشيء من ذلك لما فيه من تعريضه للامتهان ومثله كتب نحو فقه فيها آثار السلف وإن خلت من القرآن والحديث بل قال السبكي الأحسن أن يقال كتب علم وإن خلت عن الآثار تعظيماً للعلم الشرعي .

وإنما يشترط الإسلام في تملك ما ذكر بنحو بيع (لا بإرث) ونحوه من كل تملك قهري (وفسخ) وصورة تزيد على العشرين اقتصر أصله على واحدة منها فلا يمتنع تملكه ما مر بهما (ولو) كان الفسخ (إقالة) إذ الأصح أنها فسخ أما نحو الإرث فلأنه لا اختيار فيه ويملك الكافر الميت ما مر بنحو إسلام في يده أو كتابته وأما الفسخ فلأنه يقطع العقد ويجعل الأمر كما كان ومن ثم لم تتجدد به شفعة ولو وهب كافر كافرأ لفرعه أو أقرضه الآخر فأسلم جاز له الرجوع (و) إذا ملك شيئاً مما مر أو أسلم في يده (كلف رفع ملكه) عنه ببيع أو نحوه كوقوف على غير كافر ويكفي رفعه (ولو بكتابة) صحيحة لمن مر دفعاً للذل عنه لإفادة الكتابة الاستقلال وإن لم تنزل ملكاً بخلاف نحو الرهن فتعبير أصله بقوله ككتابة أولى وإن احتملت التمثيل (فإن امتنع) الكافر من رفع ملكه عما ذكر وعن الكتابة (بيع) أي باعه الحاكم عليه بثمن المثل من نقد البلد حالاً ولا يكتابه فإن لم يجد مشترياً وضعه عند ثقة واستكسب له ونفقته عليه (و) كلف أيضاً رفع (يده عن نحو مدير) وأم

ويؤخذ منه أن ما نسخ لفظه لا يجوز نحو بيعه للكافر أيضاً وهو ظاهر لاحترامه بل هو أولى من الحديث الضعيف بخلاف ما نسخ لفظه ومعناه إلا أن يشتمل على نحو قصص الأنبياء لأنها أولى من آثار السلف .

(قوله ولو ضعيفاً) الظاهر أنه لا فرق هنا بين ما اشتد ضعفه وغيره، وتعليل احترام الضعيف بأنه يعمل به إنما هو من حيث الجملة إلا بالنظر إلى بعض الأفراد على أن منع العمل بما اشتد ضعفه إنما هو قول جرى عليه لكن جرى على خلافه حفاظ محققون، والذي يتجه أن الشرط أن لا يكون موضوعاً .

(قوله وإن احتملت التمثيل) أي لأنها مع ذلك ليست نصاً في المحذور، بخلاف عبارة الإرشاد وإن أولها الشارح لأنه تأويل بعيد .

(قوله أي باعه الحاكم) له إكراهه بنحو الحبس والضرب حتى يبيع بنفسه قياساً على مواسر امتنع من أداء الدين عناداً ويجري ذلك في امتناعه من إنجازه ليتخير الحاكم بين إكراهه حتى يبيع وبين أن يتولى البيع بنفسه ابتداءً، فقوله الآتي أجبره الحاكم على الأوجه: أي ضربه مثلاً حتى يبيع أو باع عليه إذ كل من هذين يسمى مجبراً عليه .

ولد ممن صار له حق في العتق إذا (أسلم) عنده بأن يوضع الذكر عند عدل والأنثى عند نحو امرأة ثقة ويستكسب له ولا يكلف العتق ولا يبيع المدبر وإن صح لما فيه من إبطال حقه من العتق فإن تأخر تدبيره عن إسلامه كلف بيعه والمعلق عتقه بصفة كالمدبر على الأوجه (و) عن (ما ارتهنه و) عما (تأجر)ه من ذلك إجارة عين لا ذمة بأن يوضع المرهون عند عدل ويؤجر الأجير لمسلم فإن امتنع أجبره الحاكم على الأوجه والمعروف استأجر لا تأجر (وصحاح) أي ارتهانه بلا كراهة واستئجاره لما ذكر ولو إجارة عين لأن الرهن مجرد استيثاق والإجارة ليس فيها تسلط تام وتكره الإجارة العينية. ويحث الزركشي القطع بامتناع استئجاره لعمل ممتن مردود بأنه لا يمكن دون الانتفاع به مطلقاً لأنه يكلف إزالة ملكه عن منفعه فلا فرق بين الممتن وغيره (كإيداع) يعني لنحو المسلم دون نحو المصحف عنده (وإعارة) له منه إذ ليس فيهما تسلط تام أيضاً. ويكره للمسلم بيع المصحف دون شرائه كما نقل عن التحقيق وكلام المجموع محتمل (وقبض) وجوباً (له) أي للكافر (حاكم) كافراً مشتري أسلم بعد أن اشتراه وقبل أن يقبضه لئلا يسلم عليه بل يقبضه له الحاكم أو نائبه حتى يصح التصرف فيه ثم يكلفه رفع ملكه فإن امتنع باعه عليه.

وحين أنهى الكلام على الصيغة والعاقلة شرع في الكلام على الركن الثالث وهو العوض ثمناً أو مثمناً فقال (فإنما يصح) البيع (في) ما يوجد فيه الشروط الخمسة الآتية:

الأول: أن يورد على عوض (طاهر) شرعاً وإن غلبت النجاسة في مثله (أو يطهره غسل) فلا يصح بيع نجس العين وإن أمكن طهره بالاستحالة كجلد ميتة وككلب ولو معلماً ولا يبيع أحد مشتبهين قبل الحكم بطهارة أحدهما لقوله ﷺ: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة

(قوله أجبره الحاكم) قد يقال في قوله أولاً بيع: أي باعه الحاكم وهنا أجبره الحاكم ما يصرح بتخالف الموضعين لكنه لا يظهر لهذه المخالفة وجه، بل الذي يتجه أنهما على حد سواء وأنه يجري هنا ما يأتي في التفليس أن الحاكم مخير بين أن يتولى نحو البيع بنفسه أو وكيله ابتداءً، وأن يعزره بما يراه من نحو ضرب وحبس حتى يبيع بنفسه بجماع تعديه بامتناعه عن واجب عليه في البابين.

فإن قلت: ما وجه توليه للعقوبة أولاً مع قدرته على عدمها بتولية البيع؟

قلت: يوجه بأنه قد يكون له غرض في عدم توليه للعقد من خشية نحو ضرر يعود إليه فسومح بتفويض الخبرة إليه.

(قوله بطهارة أحدهما) أي باتفاق العاقدين بأن يتفق اجتهادهما أن الطاهر هذا بخلاف ما إذا اختلفا أو كانا مقلدين لإمامين أحدهما يرى طهارته والآخر يرى نجاسته فلا يصح إلا إن قلد معتقد

والخنزير» وقيس بها ما في معناها ولا متنجس لا يظهره غسل كماء ولو قليلاً وإمكان طهره بالمكاثرة كما كان طهر الخمر بالتخلل أو صبغ تنجس بخلاف ما يظهره غسل كثوب تنجس بما لا يستمر ما يحجب رؤيته منه فيصح بيعه كبيع القز وفيه الدود ولو ميتاً لأنه من مصلحته. ويجوز نحو الصدقة بالمتنجس واقتناء الكلب لنحو حراسة وتربية الجرو لذلك وإن لم يكن من نسل معلم.

الثاني: أن يورد على عوض (نافع شرعاً) حالاً كالماء بالشط والعبد الزمن لمنفعة عتقه أو مآلاً كالجحش الصغير لأن ما لا نفع فيه كسم يقتل قليله وكثيره وكتب نحو السحر وآلات الملاهي والصور المحرمة ولو من ذهب يكون بذل المال في مقابلته سفهاً وإنما يصح بيع إناء النقد لأنه يحل استعماله لحاجة بخلاف الآلات ويصح بيع النرد إن صلح ببادق للشطرنج وجارية الغناء وكبش النطاح وإن زيد في ثمنهما لذلك لأن المقصود أصالة الحيوان وكل نافع شرعاً (وإن) استحققت منفعته مدة معلومة كأن (أجر) لأن نحو الإجارة إنما ترد على المنفعة فلا تمنع بيع الرقبة فيتخير المشتري إن جهل بين الصبر لانقضاء المدة بلا أجرة والفسخ وإنما لم تنفسخ الإجارة بطرؤ الملك عليها بخلاف النكاح لأنه أضعف من الملك فلم يقدر على مقاومته بخلاف الإجارة إذ المستأجر يملك المنفعة والزوج إنما يملك أن ينتفع ولو عرض انفساخ الإجارة كانت المنفعة بقية للمدة للبائع كما بينته في الأصل.

أما ما استحققت منفعته مدة مجهولة كمسكن المعتدة بغير الأشهر والموصي بمنفعته مدة حياة الموصى له مثلاً والموصي بمنفعته أبداً فلا يصح بيعه من غير مالك المنفعة أو الرقبة كما بينته في الأصل والمنتفع به شرعاً أيضاً (كحق ممر) بأرض أو على سقف (و) حق

النجاسة معتقد الطهارة.

والحاصل أنه لا بد من اتفاق العاقدين على طهارة كل من العوضين، ويظهر في وكيل العقد أن العبرة باعتقاد موكله دون نفسه وإن كانت أحكام العقد تتعلق بالوكيل فقط لأن هذا خلفه أمر آخر وهو أن الوكيل إن كان هو معتقد النجاسة حرم عليه مباشرة العقد في اعتقاده فلم يجز توكله فيه أو هو معتقد الطهارة حرم عليه ذلك لأن الموكل يعتقد بطلان البيع فكيف مع ذلك يصح البيع له، وكذا يقال في كل موكل فيه اختلف في حل نحو بيعه اعتقاد الوكيل وموكله فلا يصح توكله عنه فيه مطلقاً، وهذا إن لم يصرحوا به لكن وجهه الذي قرره واضح فتعين اعتماده.

ويؤخذ مما قرره أن ولي المحجور إذا عقد له يعتبر اعتقاده فقط ولا ينظر لاعتقاد المحجور لأن الولي لا يتصرف بالنيابة عنه بل عن الشرع وبه فارق الوكيل.

(مسيل ماء) كذلك لكن يشترط في الماء البذي يجري على السقف أن يكون ماء مطر لا نحو غسالة (و) حق (بناء) يعلو جدار (وعلى سقف) وذكرت لغرابة كونها تملك بال عوض تأبيداً ولذا كان العقد عليها ليس متمحضاً للبيع وإن اقتضاه كلامه ولا للإجارة بل فيه شائبة من كل لأنه مؤبد لا ينفسخ بالانهدام للحاجة إليها على التأبيد كالنكاح ولأنه وارد على المنفعة ولا تملك به عين ولذا صح بلفظ كل فإن ذكر الإجارة مدة معلومة تمحض للإجارة فيتعين لفظها ويمتنع لفظ البيع وسواء ورد هذا العقد على العين كبعثك علو البيت للبناء عليه أو على الحق كبعثك حق البناء على ملكي ويجب بيان قدر مكان البناء وقدر المبني عليه طولاً وعرضاً ثم في البناء على العلو ولو بلا عوض يبين سمك البناء وطوله وعرضه وصفته من تنضيد أو نحوه وكيفية السقف المحمول عليه ككونه خشباً أو نحوه لاختلاف الغرض بذلك لا وزن الآلة للرف وتغني مشاهدتها عن كل وصف وإن كان على وجه الأرض كفى بيان مكان البناء لاختلاف الغرض به فقط لأنها تحتمل كل شيء، ولتأبيد هذا العقد لم تنفسخ بهدم ولا انهدام (و) لكن (بهدمه) أي ما استحق البناء أو المرور أو إجراء الماء عليه (يغرم) الهادم من البائع أو غيره للمشتري إذا كان قبل البناء في صورته قيمة حق البناء وغيره مما ذكر (لفرقة) بينه وبين حقه بالهدم حتى إذا أعيد المنهدم رد القيمة لزوال الحيلولة ويغرم الهادم ما ذكر من القيمة للفرقة (مع أرش) لنقص آلات بنائه وهو ما بين قيمته قائماً ومهدوماً إذا كان ذلك (بعد بناء) عليه فإذا أعيد السقف استرد قيمة حق البناء دون الأرض ولا يغرم الهادم أجرة البناء لمدة الحيلولة.

وخرج بالهدم الانهدام فلا ضمان فيه وما تقرر في هذا المحل هو الذي دل عليه كلام الشيخين فاعتمده ولا تغتر بغيره والمعتمد أيضاً أنه لا يجب على الهادم مطلقاً إعادة الجدار لأنه ليس مثلياً كما بينته في الأصل مع فوائد مهمة. وإنما يصح بيع ما ذكر (لا بيع هواء) بالمد منفرد عن أصل يبني عليه كأن يبيع صاحب عرصة هواءها لمن يشرع فيه جناحاً بخلافه تابعاً لمنفعة القرار كأن باعه الهواء يشرع فيه جناحاً ويضع الأخشاب على ملك البائع فيصح لكونه تابعاً لأصل ومن ثم لم يضر ذكره في العقد (و) لا يبيع (حيتي) نحو (بر) أو زبيب ولو في زمن الغلاء لانتفاء النفع بذلك لقلته ومن ثم لو تلف لم يضمن وإن حرم غصبه وكفر مستحله ووجب رده والحبتان في ذلك ليستا بشرط إذ الضابط أخذاً من العلة أن لا

يعد مالاً عرفاً لقلته كعشرين حبة خردل بخلاف عشرين حبة حنطة وفيه إشكال أوجب عنه في الأصل (و) لا بيع طير (و) سبع (غير مأكولين إن كان كل منهما (لا ينفع) لنحو صيد أو قتال أو حراسة أو نحوها كأسد وذئب ونمر لا يرجى تعلمه للصيد لكبره و غراب وإن اقتنى بعضها للهيبه وسائر الحشرات إلا دود القز والضب لأكله والعلق لمنفعة امتصاص الدم .

أما المنتفع به كفهده لصيد ولو بأن يرجى تعلمه له وفيل لقتال وقرده لحراسة وهرة لدفع نحو فأر والنهي عن بيعها محمول على الوحشية ونحل لعسله وعندليب وزرزور للأنس بصوتها وطاووس للأنس بلونه فيصح بيعه وإن زيد في ثمنه لأجل ذلك (و) لا بيع (بيت) وأرض (بلا ممر) بأن يكون محفوظاً بملك البائع أو المشتري أو غيرهما من جميع الجوانب ولم يعين له البائع في الأول مرماً معيناً أو له ممر ونفاه البائع لعدم الانتفاع به حالاً وإن أمكن تحصيل ممر له بعد ولو باع داراً واستثنى لنفسه بيتاً منها ولم يتصل بملكه أو شارع كان له الممر ويصح نفيه إن أمكن اتخاذ ممر له وفارق ما قبله بأن هذا استدامة ملك وذاك فيه نقل له ويغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في الابتداء .

والشرط الثالث: أن يورد العقد في غير البيع الضمني كما مر وفي غير من يحكم بعته على المشتري على عوض (مقدور تسليم) بأن تظهر قدرة كل من العاقدين على تسليم ما بذل للآخر حساً وشرعاً من غير كثير مؤنة أو كلفة يشق معها ذلك على الأوجه ليوثق بالمقصود منه ولا يتعين قدرة البازل بل الشرط إما هي (و) قدرة (تسلم) الأخذ من غير كثير مؤنة أو كلفة نظير ما ذكر لنحو ضالّ وبعير ندّ و(مغصوب) بانتزاعه من غاصبه (وآبق) آدمي أو غيره برده من محله بأن عرفه ولا حائل بينه وبينه ثم وإن لم يقدر البازل

(قوله إن أمكن اتخاذ ممر له) ظاهره أنه إذا لم يمكن ذلك لا يصح نفيه فيبطل الاستثناء فيبطل البيع .

وقد يستشكل بأن النقص هنا إنما هو في غير المبيع فلم يطل ؟

ويجاب بأنه يعلم مما يأتي قريباً أن بيع ذراع من ثوب ببعض المبيع أو الباقي بقطعه باطل لأن العقد هو السبب في إضاعة المال ومتى كان كذلك كان باطلاً سواء كانت الإضاعة للمبيع أم لغيره، فكذلك هنا إذا لم يمكن اتخاذ الممر كأن شرط نفيه الذي اشتمل عليه العقد الذي وقع ذلك الاستثناء متضمناً لإضاعة مال ولو في غير المبيع فيبطل العقد المتضمن لذلك .

(قوله من غير كثير مؤنة أو كلفة) الفرق بينهما أن الأولى بالنسبة للمال والثانية بالنسبة للبدن .

على التسليم له لأن القصد وصول المشتري إلى المبيع والبائع إلى الثمن وهو حاصل حينئذ فالشرط قدرة التسليم إما لقدرة الآخذ أو الباذل فكان الاقتصار عليها أخصر فعلم صحة بيع المغصوب لغايبه مع عجز البائع عنه وإنما صح بيع الزمن لمنفعة عتقه لتمكن المشتري من منفعة الزمن بكمالها إذ لا حائل بينه وبينه بخلاف نحو المغصوب (فإن) باع عبداً مثلاً لقادر على تسليمه وقد (جهل) غصبه أو إباقه حال البيع (أو) لم يجهل ذلك ولكنه قد (عجز) بعد قدرته لعجز طراً (خير) في الصورتين بين إمضاء البيع وفسخه للاطلاع على العيب في الأولى وحدوثه قبل القبض في الثانية ولو اختلفا في العجز صدق المشتري بيمينه .

وخرج بما ذكر صور لا يصح فيها البيع :

منها أنه (لا) يصح بيع (طير سائب غير نحل) لعدم القدرة عليه حساً وإن اعتاد العود لأنه لا يوثق منه به ومثل السائب طير بجرج وسمك ببركة واسعين بحيث يحتاج أخذهما منهما إلى كبير كلفة أما النحل خارج الكوارة فيصح بيعه إن كانت أمه فيها لقوة الوثوق بعوده حينئذ .

(و) منها أنه (لا) يصح بيع (جزء معين) من نحو إناء أو سيف ولو غير نفيسين أو

فأما كثير المؤنة فينبغي ضبطه بأن يعد عرفاً أن باذله مغبون بالنسبة إلى العوض الذي حصل له، وحينئذ ينظر فيم يبذله وما تحصل له فإن كان مع ذلك رابحاً ولم يفت عليه إلا شيء قليل بالنسبة لذلك الربح لم ينظر لفوات ذلك عليه لأن الباعة يغلب تسامحهم بذلك، بخلاف ما إذا كثر فإنه يعد تحمله غبناً لا يسمح بتحملة كالعيب .

وأما كثير الكلفة فينبغي ضبطه بأن يقدر له أجره مثل وتكون تلك الأجرة المقدرة بمنزلة تلك المؤنة الكبيرة في ضابطها الذي ذكرته، ولا يقتصر في هذين على ما هنا بل يجريان في كل موضع اشترطا فيه انتفاءهما، ويقع لهم في بعض المواضع الاقتصار على أحدهما وليس مراداً، بل حيث شرط انتفاء أحدهما شرط انتفاء الآخر لما عرف مما تقرر أن المعنى الموجب لانتفاء أحدهما موجب لانتفاء الآخر، وذلك المعنى هو أن العقد إذا توقف على بذل أحد العاقدين أحد ذينك الأمرين كان كأنه متضمن لإضاعة مال لا يسهل تحمله غالباً، فاقتضى ذلك بطلانه حينئذ لأن ذلك التحمل غبن يعد عاراً على باذله، ويفرض أنه لا يعد عاراً هو يعد معجزاً عن تسلمه لأن النفس لما لم تسمح بما يبذل عليه من تلك المؤنة أو الكلفة إلى أن يقدر على تسلمه كانت تعدّه معجزاً عن تسلمه، فتأمل ذلك كله فإنه مهم .

ثوب نفيس إن (نقص) بتخفيف القاف في الأفصح (فصله) قيمته أو قيمة الباقي نقصاً يحتفل بمثله كقص في خاتم وخشبة معينة من سفينة وجزء معين من حي لا مذكى للعجز عن تسليمه شرعاً حرمة إضاعة المال أي لغير غرض صحيح وإنما صح بيع ذراع من أرض لعدم النقص فإن فرض أمكن تداركه بخلافه في الثوب وطريق حل بيع بعض الثوب النفيس أن يواطئ صاحبه على شرائه ثم يقطعه قبل الشراء ثم يشتريه فيصح ولا يخرم كما بينته في الأصل أما بيع الشائع فيصح مطلقاً كالمعين الذي لا ينقص بقطعه ككرباس أو ينقص بتفريقه كأحد زوجي خف لإمكان تدارك نقصه.

(و) منها أنه لا يصح بيع رقيق (جان في رقبته مال) وإن قل بغير إذن المجني عليه كأن تلف ما سرقه أو قتل خطأ أو شبه عمد أو عمداً وعفى على مال لتعلق الحق به كالمرهون هذا إن بيع لغير حق الجناية ولم يفده السيد (لم يختر فداءه) فإن باعه لحقها أو بعد فدائه أو اختياره للفداء وهو موسر صح وإن جاز له الرجوع عن اختياره الفداء لأن مانع الصحة زال بانتقال الحق لذمة السيد وإن لم يلتزمها ما دام العبد باقياً بحاله وإذا لم يرجع لزمه ما فداه به وأجبر على أدائه فإن أفلس أو غاب أو صبر على الحبس فسخ البيع وبيع في الجناية لسبق حق المجني عليه نعم إن أسقط الفسخ حقه كأن كان وارث البائع لم يفسخ لرجوع العبد للملكه فيسقط الأرش أما إذا تعلق بكسبه كمؤنة زوجته أو ذمته كأن اشترى فيها شيئاً بغير إذن سيده فأتلفه أو بمال السيد لأمره له بالإتلاف وهو أعجمي أو تعلق برقبته قصاص فيصح بيعه لوروده على الرقبة ولا تعلق للدائن بها ولرجاء سلامته بالعفو وتوقع هلاكه كتوقع موت المريض وهذا (كعتق) سيد (معسر له) أي للجاني المتعلق برقبته مال بشروطه السابقة فإنه لا يصح لتضمنه فوات حق الغير بلا بدل بخلاف عتق الموسر لانتقال الحق إلى ذمته مع وجود ما يؤدي منه (وإيلاده) أي السيد المعسر للأمة الجانية المتعلق برقبته مال فإنه لا يصح أيضاً بخلاف الموسر لما ذكر فإن لم يتعلق برقبته مال صح ما ذكر مطلقاً حتى لو أعتق المعسر من عليه قصاص ثم عفى عنه على مال لم يبطل العتق وإن بطل البيع في نظيره لقوته ويلزم السيد الفداء وينتظر يساره ومحل عدم نفوذ إيلاد المعسر (ما لم تعد) الأمة إلى ملكه فإن عادت إليه ولا مال برقبته عاد الاستيلاء لقوته إذ هو فعل لا يمكن إلغاؤه وإنما منع تأثيره لمنع وقد زال بخلاف العتق فإنه قول فحيث لغا لم يمكن العمل به بعد.

الشرط الرابع: أن يصدر العقد (من) عاقد (ذي ولاية) على المعقود عليه بملك أو نيابة أو ولاية كالظافر بغير جنس حقه والملتقط لما يخاف تلفه لقوله ﷺ: «ولا بيع إلا فيما تملك» ويصح عقد ذي الولاية (وإن جهل)ها أو غيرها من الشروط السابقة والآتية عند العقد كأن باع أو أبرأ أو زوج مال مورثه ظاناً حياته فبان ميتاً لتبين ولايته عليه إذ العبرة في جميع الشرط بما في نفس الأمر لا بما في ظن العاقد والوقف فيه وقف تبين لا صحة وفارق عدم صحة إخراج زكاة مال مورثه باشرط النية ثم ولا يتصور إلا بعد ظن موته ونكاح من لم يعلم أنها أخته أو معتدة بأن الشك فيه في حال المعقود عليه وهو أولى بالاحتياط من الشك في ولاية العاقد كذا قيل والمعتمد أنه لا فرق لتصريحهم بصحة النكاح زوجة المفقود إذا بان موته وإن لم تخبر به مع ظن حرمتها حال العقد فضلاً عن الشك في حلها إذا تقرر ما مر (فيبطل تصرف فضولي) وإن أجازته المالك (في عين) لغيره لعدم ولايته عليها (و) في (ذمة لغير) بأن قال اشتريته له بألف في ذمته لأنه لا حكم له عليها فإن لم يقل في ذمته وقع للمباشر خلافاً لما في الإسعاد وإن قال في الذمة أما إذا اشترى بمال نفسه أو في ذمته لغيره فإن أذن له وسماه هو في العقد وقع للأذان وكان الثمن قرضاً لتضمن إذنه في الشراء لذلك وإن لم يسمه سواء أذن له أم لا أو سماه ولم يأذن له وقع للمباشر وإن نوى غيره ولو حذف لام لغير لكان أخصر وأولى لإيهامه تعلقه بتصرف وليس كذلك كما تقرر.

الشرط الخامس: أن يورد العقد على عوض (معلوم عين) في المعين للعاقدين للنهي عن بيع الغرر وهو ما انطوت عنا عاقبته فبيع نحو أحد العبدین أو العبيد إلا واحداً باطل وإن استوت قيمتهم كبيع الثمرة بثلاثة آلاف إلا ما يخص ألفاً إلا إن أراد ما يخص الألف بالنسبة للثمن فيكون استثناء للثلث وينبغي أن المراد إرادة كل منهما ذلك إذ إرادة أحدهما له لا تصيره معلوماً عند الآخر على أنه مع إرادتهما له مشكل بعدم صحة بعتك بألف دينار وأرادا ضرباً معيناً ولا غالب ثم وكما أن إلا ما يخص ألفاً مبهم يتعين بالنية فكذا دينار فأى فرق بينهما وقد يفرق بأن ما أراده هنا متبادر من العبارة من غير احتياج لقرينة خارجية فقويت النية بخلافه ثم ويصح بيع جزء مشاع كبعك الأرض إلا ربعها مشاعاً ولو بجزء آخر من مثله كبيع حصته من دار بحصة شريكه وفائدته عند استواء الحصتين سقوط الرجوع به في نحو هبة الوالد ومنع الرد بنحو عيب وغير ذلك وقد تغني الإضافة والإشارة عن التعيين

كداري وليس له غيرها أو هذه الدار وإن غلط في حدودها وذكر بيع حمام أحد البرجين بالآخر ومع المال الزكوي في محليهما (و) معلوم (ممر) لعقار بيع وقد (خصص) المرور إليه بجانب فلو باع داراً محفوفة بملكه من سائر الجوانب وشرط له حق المرور إليها من جانب معين صح وتعين أو مبهم بطل باختلاف الغرض باختلاف الجوانب .

وخرج بزيادته خصص ما لو شرطه من كل جانب أو قال بحقوقها أو أطلق فإنه يصح ويثبت له المرور من كل جانب إلا إن كانت ملاصقة للشارع أو ملكه فيمر منه فقط في الصورة الأخيرة (أو) على عوض (كصاع) تنظير أو تمثيل بتنزيل معلوم القدر في متساوي الأجزاء هنا منزلة معلوم العين فالشرط إما العلم بعينه أو العلم بقدره في متساوي الأجزاء فالثاني كالمستثنى من الأول أي بشرط العلم بعين المبيع إلا في صاع (من صبرة) وإن جعلت صيعانها فيصح بيعه اكتفاء بعلم قدره مع تساوي الأجزاء فلا غرر بخلاف ما لو فرقت ولو بالكيل وباع صاعاً منها لتباين كل منها حينئذ فيصير كل أصلاً بنفسه ثم إن علمت صيعانها نزل على الإشاعة حتى إذا تلف بعضها تلف من المبيع بقسطه وإلا نزل على الإبهام حتى لو تلفت إلا صاعاً تعين وللبائع التسليم من أسفلها وإن لم ير لأن رؤية ظاهرها كروية كلها .

وأفهم كلامه أن الصاع ليس بشرط فيصح بعتك ملاء أو بلاء هذا الكوز مثلاً من هذه الصبرة لإمكان الأخذ قبل تلفه وقولهم في بعتك زنة أو بزنة هذه الحصاة لا يصح مفروض في مبيع الذمة وإنه لو أراد صاعاً معيناً منها أو صاعاً من أسفلها لم يصح وإن غير الصبرة من نحو أرض وثوب ليس مثلها في ذلك لاختلاف أجزاء غيرها غالباً دونها (لا) بعلی (صبرة إلا صاعاً) منها فلا يصح إذا كان ذلك (قبل) معرفة (كيلها) للغرر بجهالة عين المبيع وقدره إذ هو ما وراء الصاع وهو مجهول وبه فارق بيع صاع منها وبيعها كلها لإحاطة العيان بظاهر المبيع من جميع جوانبه أما بعد كيلها ومعرفة جملتها فيصح لعدم الجهالة ولو كالجوز ثم نسي وباعها كذلك لم يصح كما أفهمته عبارة أصله فهي أولى إذ المدار على العلم لا الكيل (و) أن يورد على عوض ثمن أو مضمن معلوم (قدر) وجنس وصفة إن كان (في ذمة) لينتفي

(قوله أو تمثيل إلخ) لا ينافيه العطف بأو التنويعية لأن المراد التنويع في التمثيل للعلم ليفيد

انقسام المعين إلى قسمين ولذا فرعت على ذلك قولي فالشرط إلخ .

(قوله كيلها) هو مثال إذ وزنها في صبرة الدراهم المتساوية كذلك هنا وفي سائر مسائل الصبرة .

الغرر فلو قال بعثك زنة أو بزنة هذه الصنجة ذهباً أو بما باع به زيد فرسه وقد جهل أحدهما ذلك أو بألف دراهم ودنانير أو بنقد و ثم نقدان مختلفا القيمة والغلبة لم يصح للجهاالة بخلاف ما إذا لم يكن إلا نقد فيحمل عليه أو نقدان اتفقا قيمة وغلبة فيحمل على أحدهما ويسلم المشتري ما شاء منهما فإن تفاوتتا اشترط التعيين لفظاً ومتى كان هناك غالب حمل الإطلاق عليه وإن كان فلوساً أو عرضاً آخر نعم إن كان الغالب المكسر: أي مثلاً وتفاوتت قيمته اشترط التعيين ولو أبطل السلطان ما باع به أو أقرضه لم يكن له غيره بحال ويجوز التعامل بالمغشوش وإن جهل قدر الغش ولو في الذمة وقد يغتفر الجهل بالقدر كالشرب من ماء السقاء ثم مثل للمعين وما في الذمة بأمثلة ثلاثة:

الأول (كصبرة) معينة بيعت مع الجهل بقدرها (بعشرة) في الذمة لوجود العلم بالعين في المعين لتعين المبيع فاكتفى برؤيته عن معرفة قدره اعتماداً على التخمين نعم يكره ذلك بخلاف شراء مجهول الذرع لأنه أقرب إلى عدم الوقوع في الغرر من الصبرة لتراكم بعضها على بعض (فإن) كان أحد العاقدين حين رأى الصبرة المعينة (علم) أي ظن فيما يظهر بل وإن شك كما يعلم مما يأتي في جهل (تحتها دكة) بفتح أوله أو ارتفاعاً أو انخفاضاً أو اشترى نحو سمن في ظرف مختلف الأجزاء دقة وغلظاً (بطل) العقد لمنع ذلك تخمين القدر فيكثر الغرر ومن ثم لو رأى ذلك قبل صح لوجود التخمين (وإن جهل) كل منهما ذلك بأن ظن استواء المحل كالجلد فظهر خلافه صح ولكن (خير) من لحقه النقص بين الفسخ والإمضاء لأن ذلك كالعيب.

(أو) كصبرة مبيعة (كل صاع بدرهم) وهذا هو المثال الثاني فيصح وإن جهلت صيعانها اكتفاء بالمشاهدة والتفصيل المذكور بضبط جملة الثمن على وجه ينتفي معه الغرر فإن خرج فيها كسر صح فيه أيضاً على الأوجه بنسبته من الدراهم (لا) إذا قال بعثك (منها) كل صاع بدرهم فلا يصح لأن البعض المفهوم من لفظ من يتناول القليل والكثير.

(قوله مبيعة كل صاع بدرهم) استفيد منه نصب كل عطفاً على محل بعشرة المنسوب بيعت، وجوز جره بدلاً من لفظ صبرة ونصبه بدلاً من محلها والأول أظهر لإفادة أو عليه أن الصبرة إما أن يعين ثمنها تعيينها كاملاً دونها وهو الأول، أو هي وثمنها لكن إجمالاً وهو الثاني، ووجه شارح بغير ذلك مما فيه ركة وخفاء، ويدل لما قررته مثاله الثالث لأن فيه تعيين الثمن تعييناً كاملاً والمبيع تعييناً مجملاً لا غير وذلك لأنه جعله عشرة وأن كل درهم منها مقابل بصاع من الصبرة.

(أو) كصبرة مبيعة (بعشرة كل صاع) بنصب كل هنا وفيما مر (بدرهم) وهذا هو المثال الثالث فيصح أيضاً (إن اتفقا) أي الصيعان والدرهم في العدد بأن خرجت الصبرة عشرة أصع لتوافق الجملة والتفصيل فينتفي الغرر لما مر بخلاف ما إذا اختلفا وأفاد قوله كصبرة أن غير الصبرة كذلك في الأمثلة الثلاثة نعم يتمتع بيع نحو عشر شياه من هذه المائة لتعذر الإشاعة.

وبما تقرر يعلم أنه يكفي معاينة العوض عن العلم بقدره اكتفاء بالتخمين المصحوب بها فيصح بعتك هذه أو بهذه الصبرة وهي مجهولة (و) إذا ملك اثنان عبيدين من غير شركة (بطل بيع عبيدهما) فأكثر مثلاً لثالث (بألف) مثلاً من غير تخصيص كل بقدر معين منها للجهل بحصة كل واحد من الثمن من غير حاجة فإن اشتركا فيهما صح بيعهما بثمن واحد للعلم بحق كل منهما (أو) بيع (أحدهما) أي العبيدين بأن باعه سيده (بحصته منه) أي من الألف لو وزع على العبيدين للجهالة حال العقد وفهم من عبيدهما صحة بيع عبيده بألف وصرح باشتراط رؤية المعين مع علمه مما قدمه دفعاً لتوهم الاكتفاء بالوصف إذا استقصى فقال (مرئي) فلا يصح بيع معين لم يره العاقدان أو أحدهما كهبته ورهنه وإجارته وغيرها للغرر المنهي عنه وخبر «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار» إذا رآه لم يصح وإنما لم يكتف بالوصف المذكور لقوله ﷺ: «ليس الخبر كالمعاينة» ولا تكفي الرؤية من وراء نحو زجاج بخلاف رؤية السمك والأرض تحت ماء صاف إذ به صلاحهما وتشتط الرؤية (لا) بالنسبة (لشراء نفسه) فيصح نحو شراء الأعماء لنفسه لأنه لا يجهلها بل البصير لا يرى بعض نفسه (وكفى) لصحة البيع رؤية ما هو (صوان) لباقي المبيع وإن لم يدل عليه كجوز في قشره الأسفل وهو ما يكسر حالة الأكل أو الأعلى قبل انعقاده فيكفي رؤيته لأن صلاح باطنه في إبقائه فيه ومن ذلك الحشكنان ونحوه وكوز القفاح وقصب السكر ولو في قشره الأعلى لأن قشره الأسفل قد يمص معه بخلاف نحو جوز القطن وجلد الكتاب بل لا بد من رؤية جميع أوراقه (و) كفى أيضاً رؤية ما هو (بعض) من المبيع إن (دل) على باقيه كصبرة الحبوب والأدقة والجوز وأعلى المائعات كدهن في إنائه وتمر في نحو قوصرة وقطن في عدله

(قوله للعلم بحق كل منهما) يؤخذ منه أن الصورة استواءهما في الشركة بأن يكون نصفهما إذ لا توزيع هنا يؤدي إلى جهالة بخلاف ما لو كان لواحد ثلث واحد ونصف الآخر وللآخر الباقي للاحتياج حينئذ إلى التقويم المقتضي للتوزيع وهو يؤدي إلى الجهل.

وحنطة في بيت وإن رآها من كوة لأنها لا تتفاوت غالباً ولا بد مع ذلك من معرفة الظرف وسعته ولو تخميناً كما مر آنفاً ويكفي أيضاً رؤية أتمودج المتساوي الأجزاء وهو الذي تسميه السماسرة عيناً بشرط أن يدخله في العقد في صفقة واحدة وإن لم يردّه إلى المبيع قبل العقد وإلا لم يصح لأنه لم ير المبيع ولا شيئاً منه .

وخرج بدل غير المتماثل كصبرة بطيخ وسفرجل وسلّة عنب فلا بد من رؤية كل من جميع جوانبها لأنها تختلف اختلافاً ظاهراً والمعتبر رؤية كل شيء على ما يليق به وله مثل كثيرة بسطتها في الأصل مع فوائد مهمة وإنما تعتبر الرؤية حال العقد أو قبله بزمان لا يغلب فيه التغيير (لا قبل) أي لا قبل العقد (بظن) أي مع ظن (تغيير) لطول مدة أو لعروض أمر آخر لعدم إفادة الرؤية السابقة للغرض حينئذ بخلاف ما يغلب عدم تغييره كالأراضي نظراً للغالب فإن احتمل الأمرين على السواء كالحيوان صح وإنما يكتفي بالرؤية السابقة مع تذكر الأوصاف حالة العقد على الأوجه ويجري ذلك في أعمى اشترى ما رآه قبل عماءه (وإن) وجد ما لا يتغير غالباً وما يحتمل الأمرين متغيراً تخيراً بين الفسخ والإمضاء لأن الروية السابقة كالشرط في الصفات الكائنة عند العقد فإذا بان فوت شيء منها كان بمثابة الخلف في الشرط فإن اختلفا في التغيير بأن (ادعاه) المشتري وأنكر البائع (حلف) المشتري وصدق لأن البائع يدّعي عليه علمه بذلك ورضاه به والأصل عدمه كدعوى علمه بالعيب (و) إذا حلف (خير) بين الفسخ والإمضاء لثبوت التغيير بيمينه ويعتبر في الربويات وهي إما ربا فضل وهو البيع مع زيادة أحد العوضين أو ربا يد وهو البيع مع تأخير قبض أحدهما أو ربا نساء وهو البيع مع الأجل وكل منها حرام اتفاقاً شروط زيادة على ما مر الشامل لكل مبيع (و) من ثم لا يصح البيع (في مطعمين) بيع أحدهما بالآخر (و) في (جوهري ثمنية غالباً) بيع أحدهما بالآخر أيضاً وهما الذهب والفضة ولو نحو إناء وتبر دون الفلوس وإن راجت وعنهما احترز بزيادة قوله غالباً لكنها خارجة بجوهريّة الثمن إلا إن وجد فيه شرطان أو ثلاثة فإن بيع أحدهما بغير جنسه وقد اتحدت العامة وهي الطعم أو النقد كبير بشعير أو ذهب بفضة اشترط شرطان بخلاف طعم بنقد فإنه لا يشترط فيه شيء .

الأول أن يكون العقد (بحلول) أي مع حلول للعوضين .

(و) الثاني أن يكون مع (تقابض) وإلا بطل وإن أكرها والمراد به ما يعم القبض حتى

يكفي الاستقلال بقبض المعين هنا وإن كان للبائع حق الحبس نعم لا بد من قبض حقيقي ولو بقبض وكيل قبل مفارقة الموكل المجلس لا محتال لأنه يقبض لنفسه ولا موكل وسيد أذن لأن أحكام العقد تتعلق بالوكيل والمأذون (في مجلس خيار) وهو من العقد إلى أن يتخيرا أو يتفرقا فإن تخيرا قبل القبض بطل العقد إن تفرقا بلا قبض والأصح على الأوجه حتى لو تقابضا البعض صح فيه فقط (و) إن بيع أحدهما (بجنسه) سواء أتخالفا نوعا كمعقلي ببرني أو صفة كجيد برديء اشترط ثلاثة أمور: الشرطان المذكوران والثالث أن يكون (بعلم) أي مع علم (تساو) بين العوضين بأن يعلمه كل منهما وذلك لقوله ﷺ: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل» وقوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأجناس» وفي رواية «هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» أي مقابضة ومن لازمها الحلول غالباً دل على اشتراط ذلك في نحو ذهب ببر وهو غير مراد إجماعاً وعلى أنه يشترط في بيع المطعوم أو النقد بجنسه الثلاثة السابقة وبغير جنسه الأولون منها وعلى أن علة الربا في الذهب والفضة كونهما جوهريين معدين لقيم الأشياء وثمرتها غالباً وهي منتفية عن العروض وفي الطعام الطعم لأنه بمعنى المطعوم والمعلق بالمشتق معلل بما منه الاشتقاق وعلى أن المراد به ما قصد لطعم الآدمي غالباً تقوتاً أو تأدماً أو تفكها أو تداوياً بأن يكون أظهر مقاصده الطعم وإن لم يؤكل إلا نادراً وحده أو مع غيره كمصطكى وزعفران وطين أرمني وماء عذب ولبان وصمغ وحب حنظل ودهن نحو خروج بخلاف الخروج نفسه كورد ومائه وعود وصندل وعنبر ومسك وجلد وإن أكل تبعاً ودهن كتان وسماك وحشيش يؤكل رطباً كقت ومطعوم جن كعظم وإن جاز لنا أكله وبهائم إن قصد لطعمهم وغلب تناولهم له وإلا كالقول فربوي، وإنما لم يذكروا الدواء فيما يتناوله الطعام في الإيمان لأنه لا يتناوله في العرف المبنية هي عليه.

وخرج بعلم التساوي المجمع على اشتراطه ما لو باع ربوياً بجنسه جزافاً أو مع الجهل بالمائلة أو مع ظنها بتخمين أو تحرّ ولو باع ديناراً بدينار وقد ساواه في ميزان ونقص عنه في أخرى فإنه لا يصح وإن خرجا سواء بخلاف ما لو علما تماثلهما ولو بأن علمه أحدهما وصدقه الآخر على الأوجه ثم تقابضا جزافاً فإنه يصح ويعتبر علم التساوي (في مكيل)

غالب عادة الحجاز في (عهده) أي زمن حياة النبي (عليه) أفضل الصلاة و(السلام كيلا) تمييز فلا يصح بيع بعضه ببعض وزناً وإن اعتيد أو ساوى كيلاه وزنه على الأوجه لأن الغالب على هذا الباب التعبد بل كيلا وإن كيل بغير ما كان يكال به في ذلك الزمن.

(و) يعتبر التساوي في (موزونه) بالنسبة لغالب عادة الحجاز وزناً فلا يصح بيع بعضه ببعض كيلا كذلك لظهور أنه ﷺ اطلع على ذلك وأقره.

فمن الأول الأربعة الأخيرة السابقة في الخير وكذا سائر الحبوب والأدهان المائعة نعم قطع الملح الكبار المتجافية في المكيال موزنة وإن أمكن سحقها.

ومن الثاني النقء والعسل والسمن نعم الأوجه في مائعه أنه مكيل كاللبن ويغتفر في مكيلين قليل نحو تراب ويضر في موزنين لأنه يظهر (ثم) ما لم يعلم الغالب فيه في عهده ﷺ بأن جهل حاله أو لم يعلم الغالب أو علم ولم يتعين أو تعين ونسي أو لم يكن في عهده أو كان ولم يكن بالحجاز أو استعمل الكيل والوزن فيه سواء أو لم يستعمل فيه يعتبر فيه عرف الحجاز فإن لم يكن اعتبر فيما كان منه (أكبر) جرماً (من تمر) معتدل كما هو ظاهر علم التساوي (وزناً) إذ لم يعتد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر جرماً منه (ثم) إن كان مثله أو دونه اعتبر (عادة البلد) أي بلد البيع حالة البيع فإن قدر بهما اعتبر الأغلب وإلا فيما يشبه أكثر ولبني هذا الباب على التضييق لم يكف الوزن هنا بالماء بخلافه في الزكاة وأداء المسلم فيه وإذا كان علم التساوي لا بد منه المستلزم لأن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة

(قوله أو لم يعلم الغالب) وجه ذكره بعد قوله لم يعلم الغالب فيه يؤخذ من ذكر فيه أولاً وحذفها ثانياً وإيضاحه أن ما لم يعلم الغالب فيه في زمنه ﷺ بأن يفرض أن الذرة مثلاً لم يعلم الغالب فيها في ذلك الزمن فهذا النفي صادق بما إذا جهل أمر الذرة بالكلية في ذلك الزمن، أو علم أن جنسها وهو الحب من حيث هو مكيل ولم يعلم أن كيلاه غالب أو لا، وهذا هو المراد بقوله أو لم يعلم الغالب أي في ذلك الجنس، أو علم الغالب في ذلك الجنس لكنه لم يتعين بأن علم في إفراده على الإبهام، أو علم الغالب في فرد معين لكنه نسي، أو لم يكن ذلك الشيء المفروض في ذلك الزمن، أو كان ولم يكن بالحجاز، أو كان بالحجاز ولكن استعمل فيه سواء، أو كان به ولم يستعمل فيه، أو علم أنهما لم يستعمل فيه قبل العقد، ينظر في هذه الصور كلها إلى عرف الحجاز فيه عند العقد، فانتضح أن هذه الأقسام كلها داخله تحت قولنا لم يعلم الغالب في هذا الفرد المخصوص في زمنه ﷺ لأن كل واحد منهما يصدق عليه أنه لم يعلم الغالب في ذلك الفرد في ذلك الزمن فتأمل مع قولهم السالبة تصدق بنفي الموضوع.

(فيبطل بيع صبرة) من ربوي مكيل (بصبرة) من جنسها جزأً وإن خرجتا سواء (لا) بيع صبرة من ربوي مكيل بصبرة من جنسها (مكائلة) أو كيلا بكييل (و) الحال أنهما قد (تساويا) أي خرجتا سواء في الكيل لأن الغرر في هذه أقل فإن خرجتا غير مستويتين لم يصح لأنه قابل الجملة بالجملة وهما غير مستويتين (أو) بيع صبرة (صغرى بكييلها من) صبرة (كبرى) لحصول المماثلة ويصح في المسألتين (ولو تفرقا قبل كيل) ولا نظر لاحتمال البطلان في الأولى باحتمال عدم التساوي وإنما يجوز تفرقهما (بعد تقابض الكل) ولو بلا تقدير ليحصل التقابض في المجلس المكتفى فيه في هذا الباب بما ينقل الضمان ويسقط حق حبس الثمن وزائد الكبيرة أمانة بيد قابضه (وكذا) الحكم (في موزون) من دراهم وغيرها فيأتي في بيع صبرة فضة مثلاً بأخرى من جنسها جميع ما مر.

(ويعتبر) لعلم التساوي فيما يتغير أحواله من الربويات المباعة بجنسها (حال الكمال) بأن يتهياً لأكثر الانتفاعات به أو يكون على هيئة يتأتى معها ادخاره.

فالأول (كلبن) صرف من نحو ماء وملح وأنفحة غير مغلي بسائر أنواعه لكن لا يباع حليب إلا بعد سكون رغوته والتفاوت وزناً في خاثر وغيره لا يؤثر.

(و) الثاني نحو (سمن) صرف وعرضه على النار للتمييز (ومخيض صرف) أي خالص من الماء، أما المخلوط من الثلاثة فلا يصح بيعه بمثله ولا يصرف للجهل بالمماثلة نعم يعفى عن يسير ماء لا يؤثر في الكيل في مخيض يتوقف فصل الزبد منه عليه (وزبيب وتمر) حال كونهما (بنوى) أي مع نواهما لصلاحيتهما حينئذ للدخار ومثلهما ما خلق بلا نوى بخلافه مع نزعه منهما وخرج بهما نحو المشمش الآتي.

(و) من أمثلة الأول أيضاً نحو (عصير كل مطعوم) كقصب ورمان ورطب (والخل) حال كونهما (بلا ماء) كخل عنب ورطب؟

(و) من أمثلة الثاني أيضاً نحو (جاب حب) كبير ولو جيداً بمتعفن وجديداً لا رطوبة فيه تظهر في الكيل بعقيق وأرز إن كان في قشره الأسفل (و) جاف (ثمر) بالمثلثة وفتح الميم كتمر بمثناة فسكون وزبيب وإن جفف منزوع نوى كخوخ ومشمش (و) جاف (لحم) وهو القديد حال كونه (بلا عظم) ولا ملح يؤثر في الوزن (و) جاف (جوز) وهو موزون

(ولوز) وهو مكيل (ولبهما ودهنهما) أي دهن الحب والجوز واللوز لصلاحية كل ذلك للادخار وجاف نادر كمعتاد.

و (لا) يعتبر لعلم التساوي (سائر أحوالها) أي باقي أحوال المذكورات من اللين وما بعده فلا يباع نحو جبن وزبد وعسل بجنسه ولا بسمن ولا لبن أو نحو بر بما اتخذ منه نعم النخالة والحب المسوس أي الذي لا لب فيه غير ربويين ولا رطب برطب من جنسه وإن كان له حالة جفاف كقثاء وعنب ولا بيابس كذلك إلا في العرايا نعم يباع طلع ذكر لا أنثى برطب أو تمر وزيتون بمثله إذ ما فيه من الرطوبة زيتته لا خل فيه ماء بجنسه ولو خالصاً كخل زبيب بمثله أو بخل عنب وخل تمر بمثله أو خل رطب لأن الماء ولو في جانب يمنع العلم بالمماثلة وخل زبيب بخل تمر لما فيهما من الماء فيكونان من قاعدة مد عجوة بخلاف خل عنب أو رطب بمثله وخل رطب بخل عنب وخل زبيب بخل رطب وخل تمر بخل عنب لأن الماء في أحدهما والمماثلة غير معتبرة لأنهما جنسان ولا حب أو نحو جوز بجنسه قبل جفاف ولا لحم بجنسه مع عظم أو ملح يؤثر ولا قبل جفاف ولا دهن بمثله وقد وضع فيه طيب وهو دهن ويشترط تناهي جفاف موزون لا مكيل.

وعلم مما تقرر أن الشيء قد تتعدد كمالاته كالعنب يكمل زبيياً وخبلاً وعصيراً والسمسك يكمل حباً ودهناً وكسباً بضم الكاف وإسكان السين وهو عصارة الدهن وأن المماثلة لا تكفي فيما يتخذ من حب غير سمسك (كدقيق) وسويق ونشا وحب قشر أو بل وإن جف وكطحين سمسك قبل استخراج دهنه وطحينه لما فيها من الخليط فهي كالطحين بل عينه على ما فهمه الزركشي بخلاف كسبه الخالص من الدهن: أي الذي يؤثر في الوزن فلا يضر ما لا يؤثر فيه كما هو ظاهر فيبيع بمثله (و) لا في نحو (متأثر بنار لا لتمييز) بأن يتأثر بها عقداً (كسكر) ودبس وفانيد أو قليا أو شيا أو طبخا لاختلافها قوة وضعفا فيمتنع العلم بالمماثلة فلا يباع شيء من ذلك ونحوه كلباء ونشا وخبز بمثله ولا بأصله ولا بسائر ما يتخذ من أصله (لا) يضر عرض عليها لنحو تسخين أو تمييز أو تصفية كماء أو خل مغلي (وعسل) وسمن ميزا بها عن شمع ولبن ولم تنعقد أجزاءهما فيبيع كل منهما بمثله وغيره لا شهد بشهد أو عسل لمنع الشمع معرفة التماثل وهو غير ربوي وهذا (كالسلم) فإنه لا يصح فيما أثرت فيه النار لغير التمييز لأن اختلافها يمنع انضباطه بالوصف نعم المعتمد صحته

فيما ناره منضبطة كسكر وفانيد ودبس وقند ولباء وكذا ماء ورد وشمع وزجاج وآجر كامل نضجه وخرزف وفحم .

قال الأذرعى : ومسموط لأن النار لا تعمل فيه عملاً له تأثير وفارق ما هنا بضيق باب الربا .

وعلم مما مر أنه لا يباع شيء رطب برطب ولا يبايس (إلا العرايا) فإنه بالحديث أرخص فيها أن تباع بخرصها : أي بقدر مخروصها يأكلها أهلها رطباً جمع عرية بمعنى عارية كأنها عربت عن البستان أو معروة لأنها تعرى أي تؤتى وإنما تجزي هذه الرخصة (في رطب) بالنص ومثله على الأوجه البسر بعد بدو صلاحه (وعنب) بالقياس عليه بجامع أن كلا زكوي يمكن خرصه ويدخر يابسه وما أوهمه كلام الشارح الجوجري من أن فيه نصاً في مسلم فغير صحيح بل لا نص فيه أصلاً لا حصرم ولا في غيرهما ويشترط أن يكون كلا منهما (بشجره) أي عليه دون الأرض (خرصاً) أي من جهته أو ذا خرص أو مخرصاً بتقدير جفاهه ويكفي خاخص ثقة فإن ترك حتى جف فيه تفاوت فوق ما يقع بين الكيلين بان بطلان العقد وأن يباع (بجاف) من جنسه وقد (جدّ) أي قطع من شجره وأن يكون تقدير المجدود (كيلاً) لا وزناً ولا خرصاً ولا تخميناً فيمتنع بيع رطب أو عنب بمثله على الشجر أو الأرض لانتفاء حاجة الرخصة وهي تحصيل الرطب والعنب وبيعه على الأرض بمثله يابساً إذ من جملة المعاني فيها أكله رطباً على التدرج وهو منتف هنا وبيعه على الشجر بمثله يابساً خرصاً لعظم الغرر وكذا بيعه خرصاً بتمر أو زبيب على الشجر ولو كيلاً أخذاً من تقييد جمع لذلك بالأرض لكن الأوجه أن التقييد بها للغالب فيصح ذلك بأن يبيعه مكاييلة أو يبيعه صغرى بكيلها من كبرى ويحصل القبض هنا

(قوله أرخص فيها) هي من أقسام الرخص المباحة وإنما يظهر ذلك بالنسبة للفقراء لأن الحديث وارد فيهما بالنص الذي لا يحتمل التأويل ولذا لم يجر فيهم خلاف، وأما الأغنياء فوقع فيهم الخلاف هل تشملهم هذه الرخصة ؟ وللشافعي بالحديث فيهم قولان أظهرهما نعم والثاني لا، فعليه لا يجوز لهم فعلها ولا يباح له أكل ما أخذوه بها، والقاعدة أن ما جرى في حل أكله خلاف قوي يكره أكله، كما أن ما جرى في تركه خلاف قوي يكره تركه وإن لم يرد فيه نهى مخصوص كغسل الجمعة رعاية للخلاف في وجوبه .

(قوله وإن قل النقص عنها) أي ما لم يكن مد فلا يضر نقصه كما قاله الماوردي، وبينت في شرحي المنهاج والعباب أنه لا يكفي بل لا بد من قدر فوق ما يقع التفاوت به بين الكيلين وهو أكثر من ذلك إذ لا يسمى نقصاً عرفاً إلا ما هو كذلك .

بتسليم التمر أو الزبيب كيلا وبالتخلية في الشجر بالنسبة للربط والعنب ولا تختص الرخصة بالفقراء وهم هنا من لا نقد عنده ومحلها (فيما دون خمسة أوسق) بتقدير الجفاف بمثله وإن قل النقص عنها (لا أكثر) من الدون بأن كان خمسة أوسق أو أكثر لأن الراوي شك في الخمسة ودونها فاحتاط الشافعي رحمته الله وأخذ بالدون .

ومحل المنع في الخمسة إن كان ذلك (في عقد) واحد ولا تتفرق فيه الصفقة لأنه بالزيادة على الدون صار مزبنة فبطل في الجميع فإن تعددت الصفقة بتعدد عقد أو بائع أو مشتر وكل صفقة دون الخمسة صح الكل فلو باع اثنان لاثنين جاز فيما دون عشرين لأنها في حكم أربعة عقود كما يأتي .

(و) المعتبر في الجنسية المبني عليها اشتراط ما مر الاتحاد في الاسم والأصل فحينئذ (مختلفا) أصل واسم كبير وتمر أو (اسم) وإن اتحد أصلهما ككبد وطحال وقلب وشحم بطن (أو أصل) وإن اتحد اسمهما كلحم بقر ولحم ضأن ولحم غنم برّ وغنم ماء وحمّام ويمام وقثاء وخيار (جنسان) فيجوز فيهما التفاضل وكذا وحشي وأهلي وأدقة الأصول المختلفة وخلولها وأدهانها إذ تقرر ذلك (فلبن ضأن و) لبن (معز لا) لبن ضأن ومعز و) بقر جنس) كلحمهما لاتحاد الأصل بدخولهما تحت اسم خاص هو الغنم كتناول اسم البقر للجاموس والعرباب بخلاف نحو الضأن وبقر لاختلافه .

والحيوان الشامل لهما لا يختص بهما (وبطيخ) وهو الأصفر حيث أطلق (وهندي) وهو الأخضر (جنسان كزيت) من الزيتون (وزيت فجل) بضم الفاء لاختلاف أصلهما والسكر بأنواعه من طبرزد وهو الأبيض المعتاد والأحمر ونبات وقطر نبات ومكرر جنس لاتحاد أصلها وهو القص واختلاف اسمها لاختلاف أنواعها .

(قوله فإن تعددت الصفقة بتعدد عقد إلخ) قد يقال تنحل هذه العبارة بتعدد العقد وهذا لا معنى له ؟ وجوابه أن هذه العبارة هي ما أطبقوا عليها ولا يلزم عليها ما ذكر لأن الصفقة في الأصل اسم للماهية المتعلقة بتعقل أفرادها الذهنية وهي الصيغة والعاقدان، وحينئذ فمعنى تعدد هذه الماهية وجودها مستقلة في ضمن أفرادها إذا تعددت .

وحاصله أن المراد بالصفة الماهية الذهنية التي لا توجد في الخارج إلا إن وجدت تلك الثلاثة متعددة، وبالعقد الفرد الذي هو الإيجاب والقبول: أي وتعدد تلك الماهية حتى يكون بمنزلة ماهيات مختلفة بتعدد أفرادها التي هي الصيغة والبائع والمشتري فتأمله .

نعم قال الرافعي: السكر والفانيد جنسان على الأظهر لاختلاف قصبهما (ويطل عقد في طرفيه) وهما العوضان (جنس) واحد (ربوي) من الجانبين وليس تابعاً بالإضافة إلى المقصود بأن كان مما يقصد (و) الحال أن المبيع قد اختلف جنساً أو نوعاً أو صفة منهما أو من أحدهما بأن يكون قد وجد (فيهما أو في طرف) منهما (شيء آخر) غير ذلك الربوي ربوياً كان أو لا كمدّ عجوة ودرهم بمثلهما أو بمدّين أو بدرهمين وكمدّ عجوة وثوب بمثلهما أو بمدّين لا بثوبين وكجيد ووديء متميزين بمثلهما أو بأحدهما وقيمة الرديء دون قيمة الجيد أو عكسه لنهيهِ عَلَيْهِ السَّلَام عن بيع قلادة خرز وذهب بذهب حتى ينزع الذهب منها ولم يلتفت لقول المشتري إنما أردت الخرز ولأن قضية اشتمال طرف العقد على مختلفين توزيع ما في الآخر عليهما اعتباراً بالقيمة والتوزيع هنا يؤدي إلى المفاضلة أو الجهل بالمائلة ففي بيع مدّ ودرهم بمدّين إن كانت قيمة المدّ أكثر من الدرهم الذي معه أو أقل كدرهمين أو نصف درهم لزمّت المفاضلة لأنه يقابله ثلاثهما في الأولى وثلاثهما في الثانية أو مثله لزم الجهل بالمائلة وهو هنا كحقيقة المفاضلة ولم تتفرق الصفقة لأن الفساد للهيئة الاجتماعية كالعقد على خمس نسوة والكلام في المعين لصحة الصلح عن ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم كما يأتي.

وخرج بعقد تعدده بتفصيل الثمن كأن جعل في بيع مدّ ودرهم بمثلهما المدّ في مقابلة المدّ أو الدرهم والدرهم في مقابلة الدرهم أو المدّ فيصح بخلافه بتعدد عاقد لوجود التخمين معه وبقي طرفيه إلخ لو لم يشتمل أحد جانبيه على شيء مما اشتمل عليه الآخر كبيع دينار ودرهم بصاع برّ وصاع شعير فيصح وبقصد بيع نحو دار بدار بكل بئر ماء كما يأتي ويطل العقد حيث وجدت فيه هذه الشروط (ولو) كان ذلك الشيء الآخر (نوعه) أي نوعاً من الجنس الذي في الطرفين.

والمراد به ما يعم الصفة فيبطل ببيع صاع معقلي بمثله ومعهما أو مع أحدهما برني درهم وصحيح بمثله وثم مكسر أقل من قيمة الصحيح أو أكثر إذ لا يظهر التوزيع إلا حينئذ بخلافه في النوع والجنس لأنهما مظنة الاختلاف إلا في النادر وكذا جيد ووديء تميز بخلاف بيع صاع برّ ووديء وجيد مختلط بمثله أو بجيد أو برديء فإنه يصح لأن أهل العرف لا يوزعون الثمن على المختلط بل يقومونه تقويماً واحداً.

ومحلّه إن قلت حبات الآخر بحيث لو ميز لم يظهر في الكيل كما أفهمه قوله (مقصوداً) ومثله خلط أحد الجنسين بالآخر كبير بشعير في أحدهما حبات من الآخر فيصح إن قلت حبات الآخر بحيث لا يقصد إخراجه ليستعمل برأ أو شعيراً ولاختلاف الجنس لم يعتبر القليل هنا بأن يؤثر في الكيل بخلاف بيع بر ببر في أحدهما حبات شعير لا تؤثر في الكيل وإنما بطل بيع دينار مثلاً فيه ذهب وفضة بمثله أو بأحدهما ولو خالصاً وإن قل الخليط لأنه يؤثر في الوزن مطلقاً فإن فرض عدم تأثير فيه ولم يظهر به تفاوت في القيمة صح كما بينته في الأصل.

وأفتى ابن الصلاح فيمن أعطى لحاماً درهماً ليعطيه بنصفه لحماً وينصفه نصف درهم بحله إذا كان في عقدين ولم يكن أحدهما مغشوشاً غشاً مؤثراً وهو ظاهر معلوم مما مر (و) الجنس الربوي الذي هو (ضمي كبارز) في بطلان العقد المشتمل عليه حال كونه (بطرف) واحد من طرفي العقد كبيع سمس بدهنه أو لبن بسمنه فلا يصح لوجود الدهن والسمن في ضمن السمس واللبن أجود إلى اعتباره لأنه لا يمكن جعل السمس مثلاً مخالفاً للدهن مع اشتماله عليه ولا جعل الدهن سمساً فتعين التفريق (لا بهما) كسمس بسمس لأن الجنسية ظاهرة ناجزة فلا حاجة لاعتبار الضمني باعتبار تفريق الأجزاء.

ثم صرح بما خرج بقوله بقصد فقال: (وصح بيع دار بدار ويكل) منهما (بئر ماء) عذب وإن علمت لأن الماء نابع بالإضافة إلى مقصود الدار وإن كان مقصوداً في نفسه حتى يشترط التعرض لبيعه في بيع دار بها بئر ماء؛ وإلا بطل لاختلاف الماء الموجود للبائع بما يحدث للمشتري.

وزعم أن كلامهم ثم إنما هو في بئر مبيعة وحدها لأن ماءها حينئذ مقصود غفلة عن

(قوله لأن الماء تابع إلخ) بين به أن الماء في هذا العقد الواحد له حيثتان مختلفتان كونه تابعاً بالنسبة إلى مقصود الدار لأن الغالب في شراء الدور أنهم لا يفردون الماء الذي فيها بالقصد بل ولا يجعلونه من جملة المقصود بالشراء، فبالنظر لهذه الحيثية لم يؤثر وجوده في الربا حتى يبطل العقد به وإن كانت هذه الصورة من جزئيات قاعدة مدعوجة وكونه مقصوداً في نفسه ويتفاوت الغرض بدخوله في المبيع وخروجه عنه وبالنظر لهذه الحيثية وجب النص على دخوله في البيع لئلا يفضي خروجه عنه إلى نزاع لا غاية له لأن البائع يقول الموجود حال البيع لي وهذا منه والمشتري يقول الحادث بعده لي وهذا منه، فوجب النص على دخوله لينقطع هذا النزاع.

تصريحهم ثم بدار فيها بئر ماء (أو) بيع دار (بذهب وبها معدن ذهب) وقد (جهل) لأن المعدن حينئذ تابع بالنسبة لمقصود الدار فالمقابلة بينها وبين الذهب خاصة وقولهم لا أثر للجهل بالمفسد في باب الربا محلّه في غير التابع وإنما بطل بيع ذات لبن بذات لبن لأنه يقصد منها غالباً بخلاف المعدن من الأرض أما إذا علم قبل الشراء فلا يصح لأنه حينئذ مقصود بالمقابلة وكذا دار مموهة بذهب به وهو مما يتحصل منه شيء فإن بيعت بفضة اشترط تسليمها وما يقابل الذهب من الثمن في المجلس وكذا مطرز بذهب ببيع بفضة فإن بيع بذهب فهو من قاعدة مدّ عجوة كما علم مما مر (لا لحم) وشحم وألية وكرش ونحوها حتى جلد لم يدبغ بشرط أن يؤكل غالباً كجلد سميط لأنه حينئذ ربوي (بحيوان) مطلقاً ولو سمكاً ومن غير جنسه أو غير مأكول كحمار وعبد لنهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان الشامل لما ذكر وهو مرسل اعتضد بأمر على أن الترمذي أسنده إما بيض أو عظم بحيوان فيجوز، وكذا لبن نعم يمتنع بيع لبن شاة بشاة فيها لبن (وبطل) البيع المصحوب (بتفريق بين ولد) ولو من زنا (لم يميز) ومنه مجنون قبل إفاقة (وأم) له إجماعاً وإن رضيت الأم أو أبتت أو كانت مجنونة فيما يظهر فيهما وفاقاً للجلال البلقيني في الأول وخلافاً للأذري في الثانية أخذاً من تعليلهم منع التفريق في الأولى برعاية حق الولد إذ العود والإفاقة مترقبان كل وقت أو بيع بعض أحدهما فقط لأنه يؤدي إلى التفريق في بعض الأوقات وكذا بعض كل ما لم يتساهل والبعضان إذ لا تفريق حينئذ أما بعد التمييز والإفاقة فيجوز لاستغناء المميز عن الحضانة والتعهد لكن يكره ولو بعد البلوغ وخبر النهي عن التفريق إليه ضعيف بل موضوع ويجوز تفريق ولد البهيمة إن استغنى عن أمه بلبن أو غيره لكن يكره في الرضيع فإن لم يستغن فكالآدمي إلا لغرض الذبح لكن بحث السبكي حرمة ذبح أمه مع بقائه (ثم) إذا فقدت الأم حرم التفريق بينه وبين (أمها) أو أم الأب وإن بعدتاً خلافاً لما توهمه عبارته (وأب) له وإن علا ولو من قبل الأم على الأوجه لا بينه وبين أحدهما إلا إذا عدم الآخر ولا بينه وبين أب مع وجود أم لأنها أشفق ولا نظر لجد أو جدة وثم أقرب منه ممن يدلي به كذا قيل ويرده ما تقرر في أم الأب والأب فإنهم نظروا إليها مع وجود أقرب منها تدلي به وهو الأب فأجازوا التفريق مع أحدهما وخرج بالأصول سائر المحارم ويشترط في جميع ما مر اتحاد مالكهما فإن اختلف أو كان أحدهما حراً جاز التفريق وكذا لو أسلم أب وتخلفت أم

(قوله بحيوان مطلقاً) الظاهر أنه تعبدى كالربا السابق.

ومالكهما كافر فيؤمر بإزالة ملكه عنه وعن الولد فإن مات بيع الولد وحده على الأوجه حذراً من بقاء مسلم بملك كافر ومن أن الأم قد تفتته (وكذا) يبطل بالتفريق المذكور (هبة وقسمة) عطفها مع أنها هنا بيع لأنها قد تغايره ونحوهما من كل ما أشبه البيع بجامع إزالة الملك كقرض وهديّة وجعله أجرة أو صداقاً ورجوع بفلس وفسخ وتقابل ورجوع ومقرض وصاحب لقطة لا واهب على الأوجه لتعلق حقه بالعين فلو منع منها لم يرجع بشيء وبه فارق ما قبله (لا عتق) لأن العتق يملك نفسه فله ملازمة الآخر والأوجه صحة البيع وحله ممن يعتق عليه وأن الوقف ليس كالعتق لأن من وقف لا يستبد بنفسه فلا يقدر على ملازمة الآخر (و) لا (وصية) لعدم الضرر حالاً ولعل موت الموصي يكون بعد زمن التحريم فإن مات قبله وقبل الموصى له بأحدهما اتجه اغتفار التفريق هنا لأنه في الدوام.

وأفتى الغزالي بحرمة التفريق بالسفر فيما ذكر وبين زوجة ولو حرة وولدها لا مطلقة لإمكان صحبتها له كذا أطلقه وفيه نظر ظاهر وإن أقره أخذاً مما يأتي في باب الحضانة فالذي يتجه أنه متى ثبت لها حق الحضانة وإزالة التفريق حرم بسفر أو غيره وإلا كان أراد سفر نقلة دونها فلا مطلقة أولاً فيهما فتأمله ويجوز بنحو إجارة ورهن لبقاء ملك الرهن فيهما فيأمرها بتعهده وحضانتها (و) إذا احتجج إلى بيع المرهون (بيعا) معاً (لرهن) أي عند رهن (أحدهما) فقط ولا يفرق بينهما (و) إذا بيعا (قوم) المرهون وحده لكن يقوم بصفة كونه (حاضناً) في رهن الأم (أو محضوناً) في رهن الولد لأنه رهن كذلك (وقوما) معاً أيضاً (ووزع) الثمن على الرهن والمرتهن بحسب القيمة ففي صورة رهن الأم تقوم وحدها حاضنة فإذا ساوت مائة قومت أيضاً مع الولد فإذا ساويا مائة وعشرين اقتسما الثمن أسداساً قسطه سدس وقسطها الباقي وفي رهن الولد يقوم وحده محضوناً فإذا ساوى عشرة قوم مع الأم فإذا ساويا مائة اقتسما الثمن اعتباراً هذا ما صوّبه الأسنوي وغيره وما في الحاوي كالمحرر والعزير والمنهاج من أنها تقوم وحدها ثم معه فيهما قيل المراد به التمثيل أو موافقة الغالب هذا كله إن أفلس رهن وتعلق الغرماء بما يخصه أو أراد التصرف في ثمن غير المرهون وإلا لزمه قضاء دينه وإن استغرق ثمنها (و) بطل بيع عقد (بشرط مقصود) للمتعاقدين أو لأحدهما وساعده الآخر عليه (لم يوجبه) البيع بأن لم يقتضه العقد ولا كان من مصالحه ولا مما لا غرض فيه كعلى أن يقرضه ألفاً أو يبيعه داره أو يحصد أو يخييط مثلاً المبيع أو غيره

للنهي عن بيع وشرط لكن خص بما يفضي لنزاع مفوت لمقصود العقد وهو ما ذكر دون غيره مما يقتضيه العقد كالرد بالعيب وفائدته التأكيد فقط أو يكون من مصالحه كشرط رهن أو كونها لبوناً وفائدته مصيره لازماً أو لا غرض فيه فيلغو كأن لا يأكل بالياء أو التاء على المعتمد إلا الهريسة أو لا يلبس إلا الحرير إن جاز وإلا بطل كبيع سيف بشرط أن يقطع به الطريق وإنما بطل بشرط أن يصلي الفرض أول وقته أو أن تجمع له بين آدمين لأنه ليس من جنس ما يلزمه بوجه والشرط الأول مفسد للعقد الواقع فيه (وإن حذف) في مجلسه أو بعده لأن الباطل لا ينقلب بحد المفسد صحيحاً فإذا أتيا بنحو البيع المشروط بطل أيضاً إن جهلا أو أحدهما بطلان الأول (لا) البيع (بخيار) أي بشرطه الآتي (و) لا بشرط (إشهاد) على بائع أو مشتر للأمر به في الآية ولا يجب تعيين الشهود وإن كان بعض أوجه لأن الحق يثبت بأي عدول كانوا بل لو عينهم جاز إبدالهم لكن بمثلهم أو فوقهم في الصفات (و) لا بشرط (معلوم أجل ما بذمة) أي أجل معلوم لعرض ثمن أو مضمن في الذمة وإن طال ما لم يبعد بقاؤه وبقاء وارثه إلى انتهائه فيبطل بشرط الأجل في معين لأنه إنما شرع لتحصيل الحق والمعين حاصل وبشرط أجل مجهول كمجيء الحاج أو معلوم استبعد بقاء من مر إليه كالف سنة لاستحالة لبعده بقاء الدنيا إليه وعلى التنزل فالاستحالة فيه من حيث القطع بسقوطه بموت المدين قبل تمامه مع ما فيه من الغرر إذ يقابله قسط من الثمن وبعضه لا يمكن استيفائه فيؤدي إلى جهالة الثمن والأجل لا يسقط بالإسقاط وتأجيل الحال وعد لا يلزم إلا بالوصية أو النذر (و) لا بشرط معلوم (كفيل ورهن غير المبيع) أي كفيل معلوم ورهن معلوم بشرط أن يكون الرهن غير المبيع وأن يكونا (بالثمن) أو المضمن وأن يكون الثمن في الذمة وكذا المضمن كدين السلم لأنهما من مصالح العقد وعلم الرهن إما بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم والكفيل إما بالمشاهدة أو ذكر اسمه ونسبه ولا يكفي وصفه كموسر ثقة لأن الأحرار لا يمكن التزامهم في الذمة ولأنه قد يكون موسراً مماطلا فلا يفيد ذكره ولا يجب تعيين من يوضع الرهن تحت يده.

وخرج بمعلومهما مجهولهما وبغير المبيع المبيع فشرط رهنه قبل القبض أو بعده مبطل لاشتماله على شرط ما يملكه بعد وكذا الكفيل كبيع عين لاثنين على أن يضمن كل الآخر لما فيه من اشتراط ضمان المشتري غيره وهو خارج عن مصلحة عقده وبالثمن ومثله المضمن غيرهما

كشروط رهن أو كفيل بدين آخر لذلك وبما في الذمة المعين لما مر في الأجل نعم سيأتي صحة شرط ضمان درك المعين (وبتعذرهما) أي الإشهاد والكفيل والرهن لنحو امتناع أو موت لغير شهود لأن غيرهم يقوم مقامهم كما مر أو تلف رهن معين أو بعضه ولو بنحو تدبير (خير) المشروط له ذلك في فسخ البيع على الفور لأنه خيار نقص ولا إجبار لزوال الضرر بالفسخ ولا يقوم غير المعين مقامه ولو أجاز البائع لم يتخير المشتري (وكذا) تخير (بعيب رهن) وجد قبل القبض لا بعده إلا إن استند لسبب قبله كقتله بردة سابقة أو بظهور قديم جهله البائع ولو بعض القبض كأن بان جانباً وإن تاب وندى له أو معلقاً عتقه أو كونها ذات ولد لنقص الوثيقة وكذا لو بان معاراً للرهن فرجع المالك قبل قبض البائع له وقد جهل كونه معاراً أو أن للمالك الرجوع فيه (فإن علم) بائع عيب رهن (بعض قبض) له (و) بعد (حدوث عيب) آخر به عنده (أو) بعد (تلف) له (فلا) خيار للبائع لتعذر رد الرهن كما أخذه.

وخرج بعيب الرهن عيب الكفيل كأن شرط كفالة عين فافتقر أو بان فقيراً وبذل الكفالة فلا خيار (ولا) يبطل البيع أيضاً (بشروط براءة) للبائع (من العيوب) كلها (أو) بشرط (أن لا يرد) المشتري المبيع (بها) أي بعيب منها لأنه شرط يؤكد العقد ويوافق ظاهر السلامة من العيب وما اقتضته عبارة أصله من إبطال شرط البراءة عن عيب يعلمه بالحيوان أو لا يعلمه في غيره ضعيف (و) إذا باع واشترط واحداً منهما (برئ) من عيب باطن جهله بحيوان فقط) موجود فيه حالة العقد بخلاف غيره فلا يبرأ من عيب بغير حيوان ولا به إن حدث بعد البيع لأن الشرط إنما ينصرف للموجود عنده ولا عن غيب ظاهر بحيوان علمه البائع أم لا وهو هنا ما يسهل الاطلاع عليه بأن لا يكون داخل البدن ولا عن باطن بحيوان علمه وذلك لقضاء عثمان رضي الله عنه ووافق اجتهاده الشافعي رضي الله عنه وقال: الحيوان يفتدى بالصحة والسقم وتحول طباعه فقل ما ينفك عن عيب: أي فيحتاج البائع فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم العقد فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه في حيوان وغيره لتلبيسه وما لا يعلمه من الظاهر فيهما لندرة خفائه عليه ومن الخفي في غير الحيوان كلوز لأن الغالب عدم تغيره ولو شرط البراءة عما يحدث بطل الشرط على المعتمد وكذا حيث بطل شرط البراءة ويصح شرطهما مما لا يعاين كزنى لا مما يعاين كبرص إلا إن رآه لتفاوت الغرض بقدره (وصح) بيع قن بشرط عتقه من العاقدين فإن كان من مشتر ولم يوافق البائع كأن تأخر

لفظه فسكت البائع فهو وعد وذلك لتشوف الشارع إليه ولأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أقر شراء عائشة لبريرة (رضي الله عنها) بشرطه .

وإنما يصح البيع (بشرط عتق ممكن) الوفاء به شرعاً (منجز) فخرج شراء بعضه بشرطه فلا يصح اتفاقاً كما قاله القاضي لكن نظر فيه في المجموع وبحث الصحة ويكون تأكيداً . وقد يحمل الأول على قصد البائع إنشاء العتق عالماً بالحال لاستحالاته والثاني على ما إذا جهل . والأوجه صحته فيمن أقر بحريته وغير المنجز كأن شرط عتقه بعد شهر أو نحو تدبيره أو بيعه بشرط الإعتاق أيضاً فلا يصح ذلك لأن ليس في معنى المنصوص عليه إذ المصلحة فيه ناجزة .

وإنما يصح بشرطه مطلقاً أو عن مشتر (لا) بشرط العتق (عن غيره) من بائع أو أجنبي إذ ليس في معنى الوارد فهو كشرط الولاء لغير المشتري وكشرط عتق غير المبيع ولا عذر له في حذف هذه من أصله إلا أن يجاب بأنه معلوم من قوله لا عن غيره بالمساواة بل بالأولى كما لا يخفى وفيه أيضاً لكن من تفقّهه أن يبيع بعض قن بشرط إعتاق ذلك البعض صحيح وهو متجه وإن نقل عن المعين البطلان لأنه ليس فيه ومن ثم قال الأذرعى : إن صح فهو في غير مبعض وغير من له باقية أي ولا مانع من السراية كرهنه وكمن له باقيه الموسر (وله) أي للمشتري المشروط عليه العتق (قبله وطء) لأمة شرط عتقها (وانتفاع) بقن شرط عتقه (و) له إذا قتل قبله (قيمة إن قتل) قتلاً مضمناً لأنه ما دام لم يعتق باق على ملكه ولا يكلف صرفها إلى شراء قن يعتقه ولو جنى قبل إعتاقه فداه وجوباً كأم الولد (لا يبيع) وهبة ووقف ونحوها ولو بشرط العتق لأنه مستحق عليه فليس له نقله لغيره (وإجارة) لأنها تفوت تعجيله أو المقصود منه وهو الاستقلال إن عتقه مؤجراً (و) لا (تكفير به) بأن يعتقه عن كفارة لزمته لأنه يستحق العتق من جهة الشرط (ولبائعه) ويظهر إلحاق وارثه به (مطالبته بعتقه) إذا لم يعتقه لأن العتق وإن كان حقاً لله تعالى إلا أنه ثبت بشرطه وله غرض في

(قوله وقد يحمل إلخ) حاصله أن الذي يرتجع الجمع به أن الشارطين أو من تقدم لفظه إذا شرط عتق إلى المشتري، ووافقه الآخر بأن تم العقد المشتمل على الشرط متى قصد أحدهما إنشاء العتق عالماً بأن الأب يعتق قهراً من غير لفظ كان متلاعباً فيفسد البيع به، بخلاف ما لو قصد التأكيد المستلزم لعلمه بأنه يعتق قهراً أو قصد الإنشاء بجهله بكونه يعتق قهراً فلا بطلان حينئذ لأنه لم يحصل تلاعب بوجه .

تحصيله ولذلك قد يتسامح في الثمن ولم يلحق غيره من الآحاد به خلافاً للأذرعى لأن العبد تمكنه المطالبة ومن ثم يتجه الإلحاق في صغير أو مجنون (ويجبر) مشتر عليه وإن أسقطه بائع وقن لأنه حق الله ويجبر أيضاً (وإن أولدها) لأن اللازم له عتق منجز والإيلاد ليس كذلك فإن أصر على الامتناع عتق عليه قاض كما يطلق على المولى ويقوم وارث مشتر مقامه (و) صح البيع (بشرط وصف يقصد) فيه ويكتفي بوجود ما يطلق عليه اسمه عرفاً ويخير فوراً بفوته كما يأتي (كحامل ولبون) في بيع أمة أو دابة بشرط أنها حامل أو نحو شاة بشرط أنها لبون أو عبد بشرط أنه كاتب لأنه التزام وصف ناجز لا إنشاء متجدد فلا يؤدي لنزاع. وشرطه أن يطلق فإن قيد بأنها تحلب أو أنه يكتب كل يوم مثلاً كذا بطل وإن علم قدرته عليه قطعاً ككتابة سطر فيما يظهر لأن القدرة عليه كل يوم ليست موجودة حالة العقد لاحتمال عروض ما يمنعه فيتعذر الوفاء بالشرط ويظهر أيضاً وجوب تعيين الكتابة إن اختلفت الأغراض في محل العقد باختلاف الأقلام.

أما ما لا يقصد كزنى فلا يؤثر أيضاً لكنه لا خيار بفوته (وبطل) بيع كل من الحامل وحملها ومن اللبون ولبنها (إن بيعا معا) أي الحامل مع حملها أو وحملها أو بحملها كما في المجموع لأن ذكره يصيره مقصوداً أو اللبون مع لبنها أو ولبنها أو بلبنها ونحوهما لجعله الحمل أو اللبن المجهول مبيعاً مع المعلوم بخلاف بيعها بشرط ذلك لأنه جعله وصفاً تابعاً وبيع الجبة بحشوها أو معه أو وحشوها والجدار بأسه أو معه أو وأسه لدخول الثاني في مسمى الأول بخلاف نحو الحمل وإن كان تابعاً وقولهم الحمل يعلم أي يعطي حكم المعلوم فيقابل بقسط من الثمن (أو استثنى) نحو الحمل أو اللبن كبعثتها إلا حملها لأنه كعضوها بخلاف إلا ثمرتها لتيقن وجود الثمرة والعلم بصفاتهما (ولو) كان استثناءه (شرعاً) كما في

(قوله ويجبر مشتر إلخ) ظاهر كلامه هنا أنه إذا امتنع يجبر بنحو الضرب على الوجه الآتي في الممتنع من وفاء الدين مع يساره فإن استمر على إباطه أعتقه القاضي عليه فلا يخير بين الإيجاب والإعتاق أولاً، لكنهم صرحوا في الممتنع من وفاء الدين المذكور بأن القاضي مخير ابتداء بين إجباره وبيع ماله فقياسه هنا ذلك وتوهم فرق بين البابين لا يجدي، ربما يقال هذا أولى لأن المشتري محسن بالشرط أو قبوله فلم يحسن تعين ضربه أو لا، وإنما الذي يحسن تفويض الأمر إلى خيرة الحاكم فقد يترجح له مباشرته للإعتاق فيبادر إليه، نعم ظاهر التخيير أن له فعل ما أراده منهما وإن لم يكن هو الأصلح إلا أن يجاب بأن إطلاق التفويض إليه في أن له فعل أحدهما وإن كان غيره أصلح فيه حمل الناس على أن لا يتهاونوا في تأخير حق عن محله.

بيع حامل بحرّ أو بقنّ أو التي بضرعها لبن لغير مالك الأم وإن كان للمشتري بنحو إيصاء لأن الحمل لا يدخل فكأنه استثناء.

وإنما صح بيع دار مؤجرة لأن الحمل أشد اتصالاً من المنفعة لإفرادها بالعقد دونه فيصح استثناءها شرعاً دونه وإن بطل بيع دار بشرط استثناء منفعتها مدة معلومة لأن ينافي مقتضى العقد فليس مما نحن فيه نعم الأوجه أن استثناء منفعة المؤجرة لا يؤثر لأنه تصريح بمقتضى العقد (ومقبوض) ولو بإذن البائع (بفاسد) أي بشراء فاسد لفقد ركن أو شرط أو لوجود شرط فاسد (كمغصوب) في أكثر أحكامه الآتية في بابه لوجود الاستيلاء على مال الغير بغير حق مع المخاطبة بالرد كل وقت فيضمن المثلي عند تلفه بمثله على المعتمد والمتقوم بأقصى قيمة من القبض إلى التلف وعليه أرش نقصه للتعب وأجرة مثله للمنفعة وإن لم يستوفها وإن علم البائع بالفساد وحده كما اقتضاه إطلاقهم.

ويبحث أنه إذا علم وحده لا أجرة له لأنه غارّ يرد بأن التغير لا أثر له هنا لوجود صورة العقد المختلف فيه المقتضى لكونه دخل فيه على أن المنافع مضمونة عليه وبه يفرق بين هذا وما يأتي في قيمة الولد لأن العقد لا يقتضي فيها نظير ذلك ففرق بين العالم والجاهل وضمان زوائده ومؤنة رده ولا يجبسه لاسترداد ثمنه مطلقاً لأنه سلمه باختياره وبه يفرق بينه وبين حبس الغاصب لاسترداد قيمة الحيلولة وكذا يقال في البائع فليس له حبس الثمن لاسترداد المبيع لأنه سلمه باختياره ولا يتقدم به على الغرماء ولا يرجع بما أنفقه عليه وإن جهل الفساد والأيدي المترتبة على يده مثله (لكن وطؤه) لأمة بشراء فاسد (شبهة) إن جهل واطئ وموطوءة فساد البيع مطلقاً أو علماه أو أحدهما والثمن مما يقصد وكخمر فيثبت النسب ويجب المهر لأحد لاختلاف العلماء في حصول الملك حينئذ (لا إن علم) الواطئ أو الموطوءة خلافاً لقضية عبارته (والثمن) أي الحال أن الثمن (نحو دم) كميتة وحيي برّما لا يقصد لأنه لا يفيد الملك عند أحد من العلماء فلا يكون شبهة فيحد العالم منهما ويلزمه لها مهر إن جهلت وحيث وجب هنا وجب للبكر مهر بكر للتمتع بها بكرّاً وأرش البكارة لإتلافها فهما سببان مختلفان فلم يضمن أرشها مرتين وإنما لم يجب في نكاح فاسد لأنه غير مضمون في صحيحه لو أزالها بأصبعه ثم طلق بخلافها في صحيح

البيع فإنه مضمون فيه إذ لو أراد الرد بعيب بعد إزالتها لم يجب إلا إن غرم أورشها وإنما وجب معه مهر ثيب فيما لو اشترى بكرة مغصوبة ووطئها جاهلاً لأنه لا عقد هنا مختلف فيه حتى يلحق بصحيحه وفي ما مر عقد اختلف فيه فألحق بصحيحه المضمونة فيه كما تقرر ولو ماتت ولو في يد البائع بإحبال مشتريها لزمه قيمتها وكذا قيمة ولد لحقه وخرج حياً إلا إن علم المالك البائع إذ لو غرمها رجع بها عليه ولأنه غار (ولحقه) أي العقد (ما شرط) منهما (قبل لزوم) كخيار مجلس أو شرط ولو لأحدهما فكل ما ذكر حينئذ يعتبر (حتى زيادة ثمن ومثمن) ولو في سلم وحط بعضهما وإحداث نحو أجل وخيار أو شرط فاسد أو صحيح لأن حريمه كهو ويجوز ذلك لو ارث وموكل وإن تعلق أحكام العقد بالوكيل لأن هذا أمر زائد عليه لا أنه من أحكامه أما بعد اللزوم فلا يلحقه شيء من ذلك .

ولما أنهى الكلام على الشروط المفسدة لرجوع النهي إلى ذات العقد المعلوم منه بطلان بيع نحو حبل الحبلة أخذ في المناهي الغير المبطله لرجوع النهي إلى معنى خارج عن العقد غير لازم له مقترن به فقال : (وحرّم بعلم) أي مع علم التحريم (احتكار قوت) كتمر وزبيب وكل مجزئ في الفطرة وكذا قوت البهائم كما بحث بأن يمسك ما اشتراه منه في وقت الغلاء ويظهر ضبطه بالعرف ليبيعه بأكثر عند اشتداد حاجة أهل محله أو غيرهم إليه وإن لم يشتر بقصد ذلك لقوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ» أي آثم . أما احتكار طعام غير قوت وقوت لم يشتره كغلة ضيعته أو اشتراه وقت الرخص أو وقت الغلاء لنفسه وعياله أو ليبيعه لا بأكثر أو بأكثر وهو جاهل بالنهي فلا يحرم والأولى بيع ما فضل عن كفاية مومنه سنة فإن خاف جائحة في زرع السنة الثانية فله بلا كراهة إمساك كفايتها ومحلّه إن لم تشتد ضرورة الناس لما عنده وإلا أجبر على بيع ما فوق كفاية سنة والكلام حيث لم يتحقق اضطرار معين وإلا لم يبق له شيء كما يعلم مما يأتي في مبحثه (و) حرم مع علم التحريم أيضاً (صد جالب مثله) أي مثل القوت (في) عموم (الحاجة) إليه (عن تعجيل بيع) بأن يقون إنسان ابتداء من جلب ما تعم حاجة أهل البلد إلى جنسه ولو غير قوت وإن لم يظهر بيعه سعة في

(قوله مثله في الحاجة) ظاهره بل صريحه أنه لا يحرم صد جالب القوت نفسه وإنما الذي يحرم

صد جالب مثله .

فإن قلت : إذا حرم صد جالب مثله حرم صد جالبه بالأولى أو المساواة .

قلت : هذا يستدعي توفر شروط القياس وأنى لطالب الفقه إحسان ذلك في أوائل طلبه، فلو قال

جالب عام حاجة لسلم من ذلك .

البلد لنحو عموم وجوده ورخص السعر لتركه عندي أو عندك لأبيعه لك على التدرج بأغلى أو بنوع أرفع كذهب لا يتأتى إلا بالتدرج وإن ساوى الفضة قيمة ثم سواء أكان الجالب بدوياً وصادّه حضرياً أم لا وإن كان الجالب قادماً لوطنه على الأوجه والتقيد بالحاضر والبادي في قوله ﷺ: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» جرى على الغالب ويختص التحريم بالصاد وغرض الربح للجالب دفع الإثم عنه والإعانة على المعصية غير محققة لانقضائها بانقضاء كلام الصاد إذ يحرم عليه ذلك وإن لم يجبه كما هو ظاهر بخلاف نحو لعب شافعي الشطرنج مع حنفي إذ لا يتأتى إلا من اجتماعهما.

أما لو التمس الجالب منه ذلك أو لم تعم الحاجة إليه أو عمت وقصد الجالب بيعه تدرجاً فسأله الآخر أن يفوضه إليه أو قصد بيعه بسعر يومه فقال له اتركه عندي لأبيعه كذلك أو كان الصاد غير عالم بالنهي فلا يحرم لأنه لم يضر بالناس ولا سبيل إلى الحجر على المالك ولو استشاره الجالب في الإدخار لزمه نصحه.

والأوجه أنه لو قدم من يريد الشراء فتعرض له آخر ليشتري له رخيصاً لم يحرم لأن الشراء بالنقد غالباً ويندر عموم الحاجة إليه (و) حرم مع علم التحريم أيضاً (اشترى) عدل إليه عن قول أصله شراء الأخصر قال لإيهامه أنه بمعنى باع فيحرم على الجالب بيع متاعه وهو مندفع بأن المتبادر منه المقابل للبيع فلا وجه للعدول عنه (متاعه) أي الجالب وإن لم تعم الحاجة إليه ولا كان الجالب غريباً (ابتداء) أي من غير طلب منه وكذا البيع له وإن لم يقصد التلقي وتختص الحرمة به لما مر في الصاد.

وإنما يحرم ذلك حال كونه (خارجاً) عن البلد أو الحلة أو الجيش أو الركب (قبل علمه بسعره) أي المتاع لقوله ﷺ: «لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى الأسواق فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار» والمعنى فيه غبنهم وإن اشترى بأكثر من سعر البلد بعد إخباره لهم بالسعر صادقاً على ما بحثه بعضهم ويوجه بأن السعر لا ينضبط لكن الذي دل عليه كلام الرافعي وغيره واعتمده غير واحد أنه لا إثم إذا اشترى منهم بمثل سعر البلد وكذا لو باعهم به وإن كان الجالب قاصداً غير تلك البلد على الأوجه أما لو التمسوا بيعه أو الشراء منه ولو مع جهلهم بالسعر أو تلقاهم داخل البلد فلا يحرم لتقصيرهم وقال ابن المنذر وجماعة: يحرم خارج السوق وفيه نظر (وخير) الجالب فوراً بين الفسخ والإمضاء (إن غبن) وعلم

بالغبن وإن لم يقدم البلد على الأوجه للخبر فإن لم يغبن كأن اشترى منه بسعر البلد أو بدونه وهو عالم أو غبن ولم يعلم بالغبن لم يخير إذ لا ضرورة كما لو كان في البلد خارج السوق لتقصيره بالجهل بالسعر حينئذ ولو لم يعلم الغبن حتى رخص السعر وعاد إلى ما باع به استمر الخيار كما مال إليه الأسنوي ورجحه غيره لظاهر الخبر (و) حرم مع علم التحريم أيضاً على ما قاله جمع وقال الأصحاب: لا يشترط هنا لأنه خديعة وتحريمها معلوم من العمومات ولا تنافي بل الأول فيمن جهل الحرمة من أصلها والثاني فيمن علمها بخصوص أو عموم (نجش) للنهي عنه وللإيداء إذ هو أن يزيد في الثمن لا لرغبته بل ليخدع غيره وإن كانت الزيادة في مال محجور عليه ولو عند نقص القيمة على الأوجه (بلا خيار) للمشتري إن غبن وإن واطأ البائع الناجش لتفريط المشتري حيث لم يتأمل ولم يسأل ومدح السلعة ليرغب فيها بكذب كالنجش (و) حرم مع علم التحريم أيضاً (سوم على سوم) بأن يزيد على آخر في ثمن ما يريد شراؤه أو يخرج له أرخص منه أو يرغب المالك في استرداده ليشتريه بأعلى.

وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن بأن يكونا قد (تراضيا) أي صرحا بالتراضي (به) وإن فحش نقص الثمن عن القيمة للنهي عنه وللإيداء وتقييد النهي بالأخ للغالب بالكافر كذلك فإن لم يستقر كأن كان ينادى عليه لطلب الزيادة أو عرض بالإجابة فلا حرمة (و) حرمة السوم (بعد عقد) وقبل لزومه لبقاء الخيار (أشد) منها قبل العقد وبعد التراضي لأن الإيداء هنا أكثر وذلك بأن يبيع على بيع الغير بأن يرغب المشتري في الفسخ لبيعه خيراً منه بمثل ثمنه أو بمثله بأقل أو يشتري على شرائه بأن يرغب البائع في الفسخ ليشتريه منه بأكثر ومن ذلك أن يبيع بحضرة مشتر مثل المبيع بأرخص أو يعرض عليه مثل السلعة ليشتريها أو يطلبها منه بزيادة ربح والبائع حاضر ولو أذن من لحقه الضرر من غير خوف ولا حياء ولم

(قوله وإن كانت الزيادة إلخ) أي لما تقرر أنه يقصد بالزيادة إلا خديعة الغير وهذا القصد محرم

وإن كانت تلك الزيادة التي قصد بها خديعة غيره واقعة في مال نحو يتيم.

(قوله على سوم إلخ) صرحوا في الخطبة على الخطبة بأن شرط حرمة الثانية حل الأولى فقياسه

هنا أنه متى حرم ذلك الاستيلاء أو الاشتراء بأن كان المبيع نحو زبيب وظن المشتري يشتره ليعصره خماً فيجوز حينئذ السوم على سومه والشراء على شرائه وهو واضح إذ المحرم لا حرمة له، وفيه معنى آخر وهو إزالة المنكر بل لو قيل متى أمكنه وجه يكون سبباً لعدم شرائه ولا ضرر عليه فيه لزمه ذلك وهو ظاهر.

يكن نحو ولي أو وكيل فلا تحريم (و) حرم مع علم التحريم أيضاً (تسعير) في قوت أو غيره بأن يأمر وال أن لا يباع إلا بكذا ولو في وقت الغلاء لأنه لما طلب منه ﷺ امتنع وقال: «إني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة» ومع تحريمه على الإمام يعزر مخالفه زجراً عن مجاهرته بالمخالفة ويحرم أيضاً بيع نحو عنب ممن يظن أنه يتخذه مسكراً وأمرد ممن عرف بالفجور به ولو بالاستفاضة ونحو ذلك من كل تصرف يفضي إلى معصية ولو ظناً.

واعلم أن تفريق الصفقة إما في الابتداء أو الدوام أو اختلاف الأحكام كما قال (ولو جمع عقد) واحد (عقدين) صحيحين (مختلفين) في الحكم بالنسبة لما يرجع إلى أسباب الفسخ والانسفاخ ونحوهما فلا يرد بيع نحو شقص وثوب لأن اختلافهما ليس كذلك وذلك (كبيع وسلم) أو وإجارة أو ونكاح وال عوض واحد كزوجتك أمتي وبعثك عبدي بكذا أو بنتي وبعثك عبدها وهي محجورته أو أذنت له صح في كل منهما بقسطه إذ لا مانع واختلاف الحكم في ذلك باشتراط التأقيت في الإجارة وبطلان البيع والسلم به وكذا بالخلو عن العوض بخلاف النكاح لا أثر له كما لا أثر له في بيع مشفوع وغيره فإن جمع بين متفقين كشركة وقراض كان خلط ألفين له بألف لغيره وقال شاركتك على أحدهما وقارضتك على الآخر صح جزماً وطريق التوزيع هنا أن المسمى يوزع على قيمة المبيع مع قيمة المسلم فيه أو المؤجر أو مهر المثل وشرطه في وبعثك عبدها وهي محجورة أو أذنت له ولم تعين أن يكون حصة النكاح مهر المثل فأكثر وحصة المبيع ثمن المثل فأكثر وإلا انعقد بمهر المثل في الأولى وبطل البيع في الثانية كما في زوجتك بنتي وبعثك عبدي كما لو باعا عبديهما ولا شركة بثمن واحد وشرط صحة المختلفين أن يتفقا لزوماً أو جوازاً (لا) لازم وجائز كبيع و(جعالة) فلا يصح الجمع بينهما لتعذره.

وقد تتفرق الصفقة في عقد واحد في الحكم كبيع عبدين بشرط الخيار في أحدهما بعينه ولا يرد لأن التفريق فيه في أمر تابع لا مقصود والكلام فيه وكذا بيع صاع شعير وثوب بصاع برّ فإن اشتراط قبض ما يقابل البر من الشعير أمر تابع أيضاً (و) جمع عقد واحد بيعاً كان أو غيره (حلا) بكسر الحاء أي حلالاً يصح بيعه (وغيراً) أي غير حلال مما لا يصح بيعه صح العقد في الحل فقط بقسطه من الثمن إن تقدم (و) علم) غيره وكان مقصوداً وذلك (ككتابة وبيع) ككاتبتك على نجمين وبعثك كذا بألف وكبيع قنه وقن غيره أو وحرأ وشاة

(قوله بيع نحو عنب) قيل: ما الفرق بينه وبين معاملة من أكثر ماله حرام انتهى.

وخنزيراً ومذكاة وميتة أو خل وخمر ففي الأول يبطل البيع لتقدم أحد شقيه على مصير القن من أهل مبايعة سيده وتصح الكتابة بقسطها الحاصل بتوزيع المسمى على قيمتي القن والمبيع فما خصه لزمه منجماً ويعتق بأدائه وجعل هذه من هذا القسم هو المعتمد إذ لو كانت من الأول صح البيع أيضاً وفي الثانية يصح في قنه بقسطه من المسمى إذا وزع على قيمتهما ويبطل في غيره إعطاء لكل منهما حكمه كما لو شهد عدل وفاسق وفي الثالثة يصح في الخل بالقسط أيضاً لما ذكر ويقدر الحر قنا والخنزير عنزا والميتة مذكاة والخمر خلا واعتبر ذلك عند من يرى له قيمة فيما يأتي في نكاح المشرك لأنهما ثم حالة العقد كانا يريان له قيمة فعوملاً باعتقادهما.

وإنما بطل العقد في خمس نسوة نكحن معاً ليس فيهن نحو أختين لأن تصحيحه في بعضهن تحكم إذ لا مرجح وكذا لو أجر راهن المرهون مدة تزيد على محل الدين أو زاد في العرايا على القدر الجائر أو في خيار الشرط على ثلاثة أيام أو فاضل في ربوي وقد اتحد الجنس فيبطل العقد في الجميع ومثله ما لو أجر الناظر الوقف مدة تزيد على ما شرطه الواقف من غير حاجة للزيادة فيبطل في الكل على الأوجه لأن المتصرف عن الغير متى خالف المأذون له فيه بطل تصرفه من أصله. أما إذا قدم غير الحل كبعثك الحر والقن فيبطل فيهما على الأوجه لأن العطف على الباطل باطل كما في نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتي.

فإن قلت: وقع في تمثيل غير واحد الصحة في القن بتقديم الحر؟

قلت: هذا المراد به التمثيل لا غير.

فإن قلت: صرح السبكي في بعثك هذا ثم هذا بأنه لا ترتيب بينهما لوقوع القبول فيهما معاً وبه يعلم أن المدار على القبول وأن ما هنا ليس كالطلاق إذ لا قبول فيه؟

ويفرق بأن المبيع هنا هو الذي يقع به المعصية فحرم البيع حتى لا يكون سبباً لوقوع محرم بالمبيع، وأما ثم فالمبيع لم يتحقق وقوع معصية به لأن الفرض أن كل عين على حدثها لم يتحقق فيها حرمة وإنما المحقق الحرمة في أكثر ماله من حيث هو لا بالنظر لكل عين على حدثها، فإن فرض في عين على حدثها أنه ظن فيها أنها مغضوبة مثلاً لم يبعد أن يقال يحرم على من ظن ذلك شراؤها وإن صح ظاهراً لأن الحرمة تناط بظان مقتضيتها لا غير، ألا ترى أن البائع لو ظن في مشتري العصير وشك في آخر حل بيومه للثاني دون الأول، فكذلك المشتري لو ظن في عين الغصب لقرائن قامت عنده أو رثته ظن وقوعه وشك في أخرى لعدم توفر تلك القرائن حل شراؤه للثانية دون الأولى.

قلت : القبول إنما اعتبر حيث صح الإيجاب والإيجاب هنا باطل لأن لقوله بعثك الحر وقع باطلاً شرعاً فصار قوله والعبد باطلاً أيضاً لأنه لم يبق له عامل حينئذ فوقع القبول باطلاً أيضاً وبهذا يتضح القياس على الطلاق من حيث إن كلا تقدمه لفظ باطل شرعاً فصار ما بعده باطلاً أيضاً لعدم عامل يقويه ويجعله مفيداً شرعاً فتأمله وأما إذا جهل غير الحل كبعثك عبدي وعبداً آخر فكذاك لتعذر التقسيط أو لم يقصد كالدوم فيصح بكل الثمن ولا خيار هنا إذ لا ضرر بخلافه فيما مر فإنه حيث صح بالقسط خير مشتر جهل غير الحل على الفور فإن علم لم يخير ولا يلزمه إلا القسط ولا يتخير البائع وإن جهل غير الحل لتقصيره في الجملة (أو انفسخ) العقد (في بعض) من المبيع بنحو تلف وكان ذلك البعض (مما يتصور بيعه) وحده (كسقف) من دار معينة (تلف) قبل قبض وعبدین باعهما صفقة فتلف أحدهما قبل القبض أو تخمر بعض العصير قبله أو انهدم مستأجر أثناء المدة أو تفرقا قبل قبض البعض في الربوي والسلم (صح) أي دامت الصحة وجهالة الثمن طارئة فلا تؤثر ويتخير في الباقي بين الفسخ والإجازة فإن أجاز فهو (بقسط) من الثمن موزع عليهما بحسب القيمة ففي مسألة العبدین لا يتخير المشتري فيما تلف في يده لاستقراره بالتلف فعليه حصته من الثمن .

وخرج بيتصور بيعه سقوط يده وعماه واضطراب سقفه ونحوها مما لا يفرد بعقد فلا انفساخ به لبقاء عين المبيع بل يتخير بين أن يرضى بالمبيع بكل الثمن أو يفسخ ويسترده والصحة بالقسط فيما مر (كنسبة ثلث من محاباة مريض) باع في مرض الموت أو اشترى أو أصدق بالمحابة فإنه يصح في البعض بنسبة ثلث ماله إلى قدر المحاباة فإنها في مرض الموت معتبرة من الثلث فإن لم تزد عليه فلا اعتراض وإلا ولم تجز الورثة ارتد البيع في بعض المبيع فوجب أن يرد للمشتري ما يقابله من الثمن وحينئذ تفرق الصفقة وتدور المسألة بتوقف العلم بالمقابل على العلم بما ينفذ فيه البيع وطريق معرفة المقصود أن يقال صح البيع في قدر نسبة الثلث من المحاباة بقسطه من الثمن (و) حيث تفرقت الصفقة في بيع أو غيره (خير) على الفور (مشتري) أو نحوه (جهل) الحال بين فسخ العقد وإمضائه كما مر .

واعلم أن من طرق استخراج الدور في المسألة السابقة أنك تنظر إلى ثلث المال وتنسبه إلى قدر المحاباة فيصح البيع في قدر من المبيع نسبته منه مثل نسبة الثلث من المحاباة (فإذا باع

مريض) مرض الموت (بمائة ما ملكه) كله كعبد لا يملك غيره (وقيمته ثلاثمائة) ولم تجز الورثة (صح) البيع (في نصفه بنصف الثمن) وهو خمسون لأن ثلث المال مائة والمحابة مائتان فالثلث نصفها فيصح في نصفه المساوي مائة وخمسين بخمسين نصف الثمن فكأنه اشترى سدسه بخمسين وثلثه المساوي مائة وصية له ويبقى للورثة مثلاه خمسون ثمن نصفه ونصفه بمائة وخمسين (أو) باع المريض ما ملكه كله بمائة وقيمته (مائتان) ولم تجز الورثة أيضاً (ففي ثلثيه) يصح البيع لكن (بثلثي الثمن) لأن ثلث المال ستة وستون وثلثان وكأنه اشترى بهما ثلثه وثلثه الآخر وصية له وهو المحابة وبقي للورثة مثلاه ثلث العبد وثلثا الثمن ومجموعهما مائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

أما إذا ملك غيره فيصح البيع في كل المبيع إن خرج من الثلث وإلا ففيما يحتمله ثلث ما له هذا كله إذا لم يتلف الثمن (و) أما (إن تلف الثمن) بأفة سماوية أو بإتلاف البائع ثم مات (ففي ثلث) للمبيع يصح البيع (بثلث) من الثمن في الصورتين المذكورتين لنقصان ماله بقدر المتلف وصحته تكون بالطريقة المذكورة وهي نسبة الثلث من المحابة لكن بعد حط التالف فلو أتلف المائة في الصورة الأولى رجع ماله إلى مائتين وثلثهما ستة وستون وثلثان ونسبته من المحابة الثلث فيصح البيع في ثلث المبيع بثلث الثمن ولو تلف بعض الثمن قسط صحة وفساداً بالنسبة المذكورة؛ فلو أتلف ثلاثين من المائة في الصورة الأولى رجع ماله لمائتين وسبعين ونسبة ثلثها من المحابة تسعة أجزاء من عشرين جزءاً فيصح البيع من العبد بتلك النسبة بمثل ذلك من الثمن وهو خمسة وأربعون فقد حصل للمشتري من العبد تسعة أجزاء من عشرين جزءاً وهي تساوي مائة وخمسة وثلثين فالمحابة تسعون وبقي للورثة أحد عشر جزءاً من المبيع يساوي مائة وخمسة وستين وقد بقي عندهم سبعون فإذا ردوا الفاضل من الثمن وهو خمسة وخمسون إلى المشتري يبقى لهم مائة وثمانون وهو ضعف المحابة.

ولما كان الخلاف في تقريب الصفقة لا يتأتى عند تعدد العقد بينه بما قد يتوهم معه الاتحاد فقال: (ويتعدد عقد بتعدد عاقد) بائع كبعناك هذا بألف فيقول قبلت أو قبلت نصف كل منكما بخمسمائة أو مشتر كبعنكما هذا بألف فيقولان قبلنا أو يقول كل اشتريت نصفه بخمسمائة وإن ترتبا بشرط عدم طول الفصل على الأوجه فيجوز إفراد كل نصيب برده بالعيب فإن وقع القبول لأحدهما أو منه فالقياس الصحة لما تقرر من التعدد،

وعليها جرى المجموع وكثيرون لكنه خالفه في موضع آخر وهو ما في الروضة وأصلها ولو باع ثلاثة من ثلاثة كان العقد تسعة فلكل من الثلاثة رد تسع المبيع على كل من البائعين الثلاثة. وخرج بعاقده معقود له فلا عبء بتعدد ههنا بخلافه في الشفعة والرهن كما سيذكره (أو تفصيل ثمن) من المبتدئ بالعقد (كبعته) بك (ذا بكذا وذا بكذا) فيفصل المشتري أيضاً أو يقول قبلتهما لترتب القبول على الإيجاب فإذا وقع مفصلاً وقع القبول كذلك ومر ما لو أجمل المبتدئ وفصل الآخر.

[فصل: في الخيار]

وهو طلب خير الأمرين وهما هنا إمضاء البيع وفسخه وهو إما خيار تروّ وله سببان: المجلس والشرط. وإما خيار نقص وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي وقد ذكرها مرتبة كذلك فقال (يثبت) للحدث الصحيح فيه لكل من المتعاضين ما دام في المجلس (خيار) فنفي ثبوته مفسد للعقد لأنه ينافي مقتضاه (بمعاوضة) أي بسببها (محضة) وهي التي تفسد بفساد العوض واقعة على عين لا منفعة لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري ولا جرت مجرى الرخص وإن استعقبت عتقاً كبيع ولو لمن يعتق على المشتري كسلم وهبة ذات ثواب على المعتمد وصلح معاوضة على غير منفعة ولو في عقد تولى الأب وإن علا طرفيه (كبيعه منه) أي من نفسه (لطفله) أو مجنونه أو محجوره بسفه أو شرائه من نفسه مال طفله فيتخير لنفسه ولنحو طفله (ويتبع الخيار) في ذلك (باختياره) لزوم العقد له مطلقاً أو لنحو الطفل إن رآه مصلحة فإذا اختار لزومه لأحدهما بقي للآخر ولا يلزم بالنسبة لهما إلا إن قصد ذلك فعلم أنه لو اختار أحد العاقدين لزومه سقط خياره وبقي خيار الآخر ولو مشترياً نعم لو كان المبيع ممن يعتق عليه سقط خياره أيضاً للحكم بعق المبيع (لا) الفسخ لأحدهما أو (فراقه) لموضع العقد فإن الخيار لا يتبع به بل يفسخ العقد في الأول ويلزم في الثانية لهما لأنه لا

[فصل]

(قوله يثبت للحدث الصحيح فيه) أي من غير وجود ما يصلح معارضاً له وأبدى من لا يثبت خيار المجلس معارضات لا يصح شيء منها للمعارضة، ومن ثم قال الإمام ابن عبد البر وهو من أكابر المالكية النافين له وغيره وكل ما أبدوه تشنيعات لا طائل تحتها.

يتبعض بخلاف الاختيار فخرج بمعاوضة نحو هبة غير ذات ثواب وإبراء وصلح حطيطة ووقف وعتق وطلاق وبمحضة نحو صلح دم ونكاح وخلع وبواردة على عين نحو الإجارة الآتية وبلازمة المجائزة من الجانبين كشركة ووكالة وقراض وعارية ووديعة وجعالة أو من أحدهما ككتابة ورهن وضمان لأن ذلك كله ليس في معنى البيع الوارد (ولا يثبت) خيار أيضاً (بشفعة) لمشتراً لأنه مأخوذ منه قهراً ولا لشفيع لبعده تخصيصه بأحد الجانبين (و) لا في (حوالة) لأنها جارية مجرى الرخص لامتناع بيع الدين بالدين (و) لا في (كتابة) لجوازها من أحد الجانبين (و) لا في (اشترائه نفسه) بالنسبة له فقط وكذا لسيدته على الأوجه لأنه عقد عتاقة كما صرحوا به وبه يرد بحث أنه يثبت للبائع لأنه من جهته بيع كسواء من أقر بحريته يتخير البائع دونه وفي هذين تبعض خيار المجلس ابتداء وعلى الأول يفرق بأن البائع هنا موافق على أنه عقد عتاقة لا كتابة بخلافه ثم فإنه مدع أنه بيع حقيقي فعومل بدعواه لعدم ثبوت ما يخالفها ولا في قسمة غير الرد لأنها إما إفراز أو بيع يجبر عليه (ولا) في عقد على (منفعة) كإجارة ولو ذمة ولو مقدرة بمدة على المعتمد ومساقاة وإن كانا عقدي معاوضة محضة لثلا يجتمع غرر الخيار وغرر وروده على معدوم أي محض وهو المنفعة وحدها فلا يرد بيع حق الممر والسلم (وكنكاح وخلع) لأنهما ليسا في معنى البيع (وعوضهما) أي الخلع والنكاح تبعاً لهما (وانقطع) خيار المجلس (بتخاير) من المتعاقدين نحو تخايرنا العقد أو أجزناه أو ألزمناه أو أمضيناه، فإن قال للآخر: اختر انقطع خيار القائل مطلقاً لتضمنه الرضا باللزوم، وكذا المقول له إن اختار وفسخ أحدهما مقدم على إجازة الآخر وإن تأخر عنها (أو تفرق) بأبدانها أو ببدن أحدهما ولو ناسيا أو جاهلاً عن مجلس العقد، وإلا دام خيارهما وإن تماشيا أو أقاما فيه سنين ولا يحرم على أحدهما المفارقة إجماعاً كما حكاه ابن عبد البر، فقول أبي حامد يحرم شاذ والتفرق بالعرف ففي دار صغيرة يحصل بخروج أحدهما منها أو صعود سطحها، وفي كبيرة بخروج من بيت لصحن أو عكسه وفي متفاحش السعة كسوق بتولية الظهر والمشي قليلاً وإن سمع الخطاب، وهل تضبط القلة هنا بما في الصلاة كخطوة لتصريحهم بأن ما ذكروه ثم بيان للعرف، أو يفرق بأن عرف كل باب

(قوله لا الفسخ لأحدهما) قيل المعروف تعديته بمن انتهى وهو وهم فإن من هنا تفسد المعنى إذ المراد أن فسخ الولي إذا كان لأحدهما لا يشقص الخيار، وليس المراد أن له الفسخ من أحدهما كذلك لأن الطفل لا يتصور منه فسخ.

بحسبه وهو هنا ما يعد به مفارقاً ونحو الخطوة ليس كذلك؟ كل محتمل، والثاني أقرب كما يقتضيه تعبيرهم بالمشي إذ الخطوة وحدها لا تسمى مشياً ويحصل بأمرهما ببناء جدار ومفارقة أحدهما مكانه وقد تبايعا من بعد ووصله إلى محل لو كان الآخر معه بمجلس العقد عد تفريقاً، نعم إن قصد جهة الآخر دام خياره على الأوجه لأنه زاد في القرب ولأن ما بينهما كله حريم العقد كما هو واضح.

ومن ثم اتجه خلافاً للأذري أنه لا ينقطع أيضاً بعوده لمحله ومثلهما متبايعان ببيتي دار أو صحن وصفة وفي البيع بالمكاتبه ينقطع خيارهما بمفارقة المكتوب إليه مجلس قبوله، وإنما ينقطع بتخاير أو تفرق (طوعاً) فلا يبطل خيار مكره بنحو فراقه وإن لم يسد فاه بل بمفارقتها المجلس الذي زال فيه الإكراه إذ لا تقصير منه بوجه، بخلاف نحو الناسي ويبطل خيار الماكث إلا إن منع من الخروج معه، وكذا خيارهما بهرب أحدهما وإن تعذر على الآخر اتباعه لتمكينه عند شروعه في الهرب من الفسخ، وفارق المكره بأنه لا فعل له (لا بموت وجنون) وإغماء ونوم وخرس طراً في المجلس لهما أو لأحدهما فلا ينقطع كخيار الشرط فينتقل لوارث تأهل ولو عاماً كالإمام عن بيت المال فإن لم يتأهل نصب الإمام من يفعل له الأصلح، ولسيد مكاتب أو مأذون ولولي مجنون ولو كل.

وينقطع بمفارقة من انتقل له غائباً مجلس الخبر وينفسخ بنفسه بعض الورثة ولو في نصيبه فقط، بخلاف فسخه بالعيب لأن له جابراً وهو الأرش ولو كان لمن خرس إشارة مفهومة.

(قوله الذي زال فيه الإكراه) ظاهر كلامهم أنه لا فرق هنا بين أن يفارقه إلى جهة الآخر وأن لا، وعليه يفرق بينه وبين ما قبله بقليل وهو قوله، نعم إن قصد جهة الآخر بان ما بينهما ثم حريم للعقد فصدق على الجائي للآخر أنه لم يفارق مجلس العقد، بخلافه في مسألة المكره فإنه بإخراجه عن المجلس زال حريم العقد، وبقاء خياره مع ذلك لعذره فإذا زال عذره في محل لم يجعل من حريم العقد وإلا لم يضر انتقال غير المكره في محله إلى المحل الذي زال فيه الإكراه، وظاهر أن الأمر ليس كذلك بل يبطل خياره بمفارقتها محله ولو إلى جهة المكره كما تقرر.

وأما في مسألةنا فحريم العقد باق لم يطرأ عليه ما يبطله بوجه فلم يصدق عليه أنه فارق مجلس العقد.

(قوله ولولي مجنون) سكت عن المغمى عليه والنائم والأخرس لأنه لا ولي لهم على كلام فيه في الحجر، فعليه يظهر أنه يولي القاضي من يفعل لغير النائم الأصلح وينتظر النائم لأنه بصدد الاستيقاظ.

أو كتابة تخيير وإلا أقام الحاكم عنه، وبصدق منكر التفرق وإن طال الزمن والفسخ قبله بيمينه لأنه الأصل فإن اتفقا على عدمه وادعى أحدهما الفسخ انفسخ (و) يثبت الخيار أيضا لكن إجماعا (بشرط ثلاثا) متوالية مبتدأة (من العقد) أو من حين الشرط إذا وقع في المجلس فإن شرط من التفرق بطل العقد (فأقل) منها لا فوقها اقتصارا على مورد النص لما فيه من الغرر وجاز الأقل بالأولى، لكن يشترط كونه (مقدرا) ولو بنحو إلى ساعة وهي لحظة ما لم يرد الفلكية فيما يظهر أو إلى يوم فإن عقد نصف النهار فيالي مثله من اليوم الثاني أو إلى طلوع الشمس، والمراد به وقت طلوعها لاستعماله فيه كثيرا فإن لم يقدر بمعلوم كأن أطلقا الخيار أو قدر ببعض يوم أو بنحو مجيء زيد بطل العقد للغرر.

وإنما يصح البيع بشرط الخيار إن كان (في) مبيع (معين) ف شراء عبيدين بشرطه في أحدهما لا يعينه باطل وكان ذلك المعين ما (يبقى بها) أي المدة المشروطة ف شراء نحو بقل أو هريسة بشرطه فيه ثلاثا باطل ولهما شرطه من غير بيان من يتخير، وحينئذ يتخير عاقد ولو نحو وكيل فلا يتخير موكل ولا يؤثر منعه لو كي له من فسخ أو إجازة ولهما أيضا شرطه (لعاقد) من الجانبين أحدهما وإن لم يأذن في اشتراطه له موكله (وموكل) بأن يشترطه وكيله وإن لم يأمره (وأجنبي) سواء أشرطاه لواحد أم أحدهما لواحد والآخر لآخر لأن الحاجة قد تدعو إليه لكونه أعرف.

والأوجه اشتراط بلوغه ولو سفيها وأنه لا يلزمه فعل الأحظ بناء على أن شرط الخيار له تمليك لا توكيل وهو الأوجه أيضا، وقوله على أن أشاور صحيح ويكون شارطا الخيار لنفسه، نعم لا يجوز لو كي له لم يأذن له موكله شرطه لأجنبي ولا لبائعه أو المشتري منه كما سيذكره في الوكالة وإلا بطل العقد وخيار المجلس والشرط مثلا زمان غالبا، وقد يمتنع الثاني ويثبت الأول لأنه أولى لقصر مدته ولا عكس فحينئذ (لا) يجوز شرط الخيار (إن حرم تفرق بلا قبض) كما في الربوي والسلم لأنه أولى من التأجيل المتنع فيهما لأنه أعظم غررا لمنعه الملك أو لزومه.

(قوله ما لم يرد الفلكية) أي وإلا حمل عليها ولا يصح أن يراد وإلا لم يصح التقدير بها لأن قول المتن مقدراً يدفع ذلك.

(قوله نحو بقل) أي وإن أمكن تجفيفه كما اقتضاه إطلاقهم، ويوجه بأن التجفيف ينقله إلى حالة أخرى لم يرد عليها البيع فكان تبيسه كتلف.

وما يثبت فيه خيار المجلس لا الشرط أيضا ما يسرع فساده والمصرأة إن شرطه ثلاثا للبايع لأنه يمتنع من الحلب محافظة على ما قصده من ظهور التغيرير بالتصيرية وتركه مضر بالبهيمة، ولو تكرر من كافر أسلم عبده بيعه بشرط الخيار والفسخ ألزمه القاضي أن يبيعه بتأً ويجوز شرط الخيار للعاقدين (أو) أحدهما كما مر، نعم إن (اختص) شرطه (بمشتري بعضه) كأبيه أو ابنه لم يجز لعتقه عليه لاختصاص الملك به فيلزم من ثبوت الخيار عدم ثبوته، بخلاف شرطه لهما أو للبايع إذ لا يعتق إلا باللزوم (وهو) أي الخيار المشروط (لمن شرط له) من عاقد أو موكل أو أجنبي دون الشارط أو موكله (فإن مات الأجنبي) المشروط له (ف) بموته ينتقل الخيار (للعاقد) يعني الشارط مالكا كان أو وكيلاً لا إلى الموكل (أو) مات (الوكيل ف) بموته ينتقل الخيار (للموكل) لا لورثة الوكيل (والمالك) في المبيع أو الثمن في زمن الخيارين (بريع) أي مع ربيع وهو النماء كبيض وكسب ومهر أمة ووطء بشبهه لا حمل قارن البيع لأنه مبيع (و) مع (نفاذ عتق و) مع (إيلاد و) مع (بيع وحكم وطاء) ثابت (لمن خير) من بائع أو مشتري فمن خير منهما ملك ربيع ما خير فيه ونفذ منه عتقه وإيلاده وبيعه، وحل له ووطؤه من حيث الملك، وترتب عليه أحكامه من نحو ثبوت نسب وإيلاد، وإن حرم على المشتري لغير زوجته الوطاء من حيث عدم الاستبراء إذ لا يحسب زمنه إلا من اللزوم، ولزوجته من حيث التردد الآتي في الاستبراء. أما من لم يخير فلا ينفذ منه شيء ما ذكر فيما خير فيه الآخر وإن آل الملك إليه وحيث حكم بملك المبيع لواحد حكم بملك الثمن للآخر.

والأوجه أن الملك فيما إذا شرط لأجنبي لمن ابتدأ شرطه له فإن ذكره لوثوقهما به كان موقوفاً، وأنه إذا اجتمع الخياران لأحدهما غلب في زمن ثبوتها خيار المجلس فيوقف الملك (و) إذا تخير أحدهما فوطئ الآخر الأمة المبيعة أو المجعولة له ثمناً (وجب) تم البيع أو الفسخ (بوطء الآخر مهر) لمن خير ولم يأذن له فيه لأنه وطئ أمة غيره (لا حد) لشبهة

(قوله لا الشرط أيضاً) ذكر هنا مع كونه تقدم لاستيعاب بعض صور ما يثبت فيه أحد الخيارين.

(قوله فإن مات الأجنبي المشروط له الخيار فإنه يرجع إلى العاقد) التعبير فيه بالعاقد غير صحيح

لأنه يشمل كلا من البائع والمشتري، ورجوعه إلى كل منهما أو أحد منهما ليس مراداً وإنما يرجع لمن كان شرطه للأجنبي منهما أو من أحدهما معيناً، فالصواب التعبير بالشارط لا العاقد، وعجيب من المصنف كيف خفي عليه هذا مع وضوحه؟ ومن الشراح كيف أغفلوا التنبيه عليه.

الخلاف القوي فيمن له الملك منهما في زمن الخيار ومن ثم يكون ولده حراً نسبياً (فإن خيراً) أي العاقدان (معاً وقف ملك) للمبيع والثلث مع ريعهما إذ لا مرجح حينئذ، فإن تم البيع بأن ملك المشتري للمبيع والبائع للثلث من وقت البيع وإلا بان بقاء ملك البائع للمبيع والمشتري للثلث (و) وقف أيضاً فيما إذا خيراً معاً (عتق مشتراً وإيلاده ومهر وطئه) للمبيع فإن تم البيع بان نفاذ الأولين وعدم وجوب مهر لأنه مالك وإلا فلا نفاذ، ويجب المهر لمصادفة ملك غيره، نعم الولد حر نسبياً فلو ملك أمه لم تصر أم ولد إذ لا ملك حال الإحبال .

أما عتق البائع وإيلاده فينفذان زمن خيارهما كما يأتي (ثم كل من عتق) ولو معلقاً وإن كان للبعض فقط على الأوجه فيهما (ووطء) في قبل لا دبر ولا مقدماته على المعتمد (ورهن وهبة) ولو لفرع (قبضاً وبيع وإجازة وتزويج) حال كون كل منهما صادراً (من البائع) في المبيع (فسخ) منه للبيع لإشعاره بعدم البقاء عليه، وظهور الندم ومحله في الوطء إن علم أن الموطوءة المبيعة ولم يقصد به الزنا قاله الأذرعى (وصحيح) في نفسه سواء تخير أم تخيراً وإن وقف الملك لأن من لازم الفسخ تقدير الملك قبله، ومعلوم أن الصحة تتأخر عن الفسخ فيقدر قبيل التصرف، والحصول الملك بالفعل كالسبي دون النكاح فارق ما هنا عدم حصول الرجعة بالوطء وشمول الصحة للوطء تغليب أو مجاز عن حله لتلازمهما غالباً، وما اقتضاه كلامه كأصله من حله إذا تخيراً ضعيف .

أما هبة ورهن لم يقبضاً فليسا فسخاً لعدم لزومهما حينئذ (و) كل من العتق وما بعده حال كون كل منهما صادراً (من المشتري) في المبيع والخيار لهما أو له فقط (إجازة) منه للبيع يبطل بها خياره لإشعاره بالبقاء عليه ثم عتقه وإيلاده فيما إذا تخيراً موقوفان كما مر فإن تخير وحده أو أذن له البائع نفذاً وما عداهما، والخيار لهما غير صحيح إلا إن أذن له البائع كما لو تخير وحده، وفارق تصرف البائع بأن الصحة هنا تسقط خيار الآخر إذ الإجازة لا تسقطه، وأما الفسخ ثم فهو يقطعه فلم تسقط الصحة شيئاً، ووطؤه والخيار لهما حرام

فإن قلت : التعبير بالعاقد لا بد منه حتى يخرج ما لو شرطه الوكيل للأجنبي فإنه يموت الأجنبي ينتقل للوكيل لكونه العاقد وأحكام تتعلق به لا إلى الموكل وإن كان هو المالك .
قلت : ممنوع بل لو عبر بالشارط لأخرج الموكل أيضاً فإنه لا دخل له في اشتراطه، وإنما الذي يشرطه الوكيل لما تقرر أن شرطه من أحكام العقد وهي تتعلق بالوكيل وحده .

قطعا وإن أذن له البائع وقول الإسنوي: إنه يحل بالإذن رد بأنه مبني على بحث النووي أن مجرد الإذن في التصرف إجازة والمنقول خلافه، ووطء خنثى واضحا وعكسه ليس فسخا ولا إجازة إلا إن بانث أنوثة موطوء ولو بإخباره.

وتحصل الإجازة هنا بنحو أجزت وغيرها مما مر في خيار المجلس والفسخ ثم وهنا فسخت ورجعت واسترجعت المبيع (لا عرض) بالجر عطفًا على عتق أي لا عرض من أحد العقادين للمبيع في زمن الخيار (لبيع و) لا (إذن) منه (به و) لا (إنكاره) للبيع أو الشراء ولو سئل عنه فلا يكون شيء منها فسخا ولا إجازة لضعف دلالة على الندم أو اختيار الإمساك (ثم تصرفه) أي المشتري ببيع أو غيره مع البائع أو بإذنه (ووطؤه بإذن البائع) له فيه أي معه أو بسببه (لا) مع (سكوته) عليه (إجازة) للبيع (منهما) فيلزم به ولا يجب بالوطء مهر ولا قيمة ولد وإنما لم يكن سكوته كإذنه لأنه لا ينسب لساكت قول، ومن ثم لو سكت على تحريق متاعه لم يسقط الضمان.

وأفهم كلامه أن مجرد إذنه في تصرف أو وطء لا يكون إجازة منه وهو كذلك (وإن اشترى عبدا بأمة وأعتقهما معا والخيار له) وحده (أو للآخر) وهو البائع وحده (وأجاز عتق) العبد فقط.

أما في الأولى فلأن عتقه لها لم يصادف ملكه فإنها للبائع بخلاف العبد، خلافا لما فهمه الإسنوي واعترض به على الشيخين لأن العوضين إذا كانا غير نقد فالثمن ما دخلت عليه الباء، وحينئذ فالأمة هي الثمن والعبد هو المبيع فملكه للمشتري إذا كان الخيار له وحده، وملكها للبائع لما مر أنه يلزم من الحكم بملك أحدهما لواحد ملك الآخر للآخر:

وأما في الثانية فلأن الأمة وإن كانت على ملكه إلا أنه حجر على نفسه فيها باشرطه الخيار لصاحبه لا له فلم ينفذ عتقه لها إذ لا تصرف له فيها لأن الحجر إنما ينقطع عنها بفسخ صاحبه. وأما العبد فمعتقه وإن لم يملكه حال إعتاقه لكن العتق لقوته، وتشوف الشارع إليه لم يبلغ في مثل ذلك بل وقف نفوذه على تمام البيع.

هذا غاية ما وجه به عتقه القائل به المصنف هنا كأصله والشيخين، لكنه معترض بما مر أن المشتري أعتق المبيع في زمن خيار البائع لم ينفذ وإن تم البيع لوقوعه في ملك غيره، ولقوة هذا رجع إليه المصنف في نسخة.

وقد يجاب بأن ما مر فيه مجرد عتق لم يعارضه مثله وهنا لما تعرض عتقان جاز أن يختصا بحكم مغاير لذلك رعاية للتعارض، وغير بعيد أن يختلف الحكم بين مجرد عتق واحد وعتقين متعارضين فلهذا خالفوا هنا قاعدتهم السابقة وتبعهم الشيخان وغيرهما (وإلا) بأن كان الخيار لهما أو للآخر ولم يجز بل فسخ (عتقت) الأمة.

أما الأولى فلأن إعتاقها فسخ وأحد العاقدين يستبد به لا بإجازة فكان أقوى، ويلزم منه ملك معتقها لها حالة إعتاقه ولم يعتق العبد لما فيه إبطال خيار صاحبه.

وأما في الثانية فلأن فسخ البائع يجعل الأمر كما كان فينفذ العتق حينئذ لا حين إيقاعه.

وهذه الأحوال الأربعة يفرض مثلها فيما لو أعتقهما معا البائع فإن كان الخيار له أو للمشتري وأجاز نفذ في الأمة فقط وإن لم يجز أو كان لهما عتق العبد فقط وتوجيههما يعلم ما مر.

ولما أنهى قسمي خيار التروي أخذ في أسباب خيار النقص بترتيبها السابق فقال (و) يثبت الخيار أيضا لكن على الفور (بفقد وصف مقصود) في نفسه لأغراض غالب الناس من زيادة قيمة أو غيرها (شرط) في العقد اتصاف المبيع أو الثمن به، ولا يشترط صيغة الشرط بل متى وقع العقد على معين موصوف بصفة كان كالشرط (ك) اشتراط (إسلام) في قن (وكفر) في عبده وسيذكر حكم الأمة (وفحولة وخصاء) في حيوان وهو قطع الأنثيين أو سلهما مع بقاء الذكر (وبكارة) في أمة ولو مزوجة وتجعيد شعر ولو في عبد (وختانة) بالتاء كرسالة أي قطع قلفة عبد أو أمة لا خنثى لامتناع ختانه، وترك ختان الأشهر لأنه يطلق أيضا على محل القطع من الذكر والدعوة له (وكونها) أي الأمة (ذمية تحل) للشارط، وكون الرقيق كاتبا وخبازا أو نحو ذلك لاختلاف الأغراض به إذ الكافر يكسر مشروه إذ يشتريه المسلم والكافر بخلاف المسلم، ولو شرط كونها يهودية فبانة نصرانية أو عكسه لم يتخير، أو إحداهما فبانة مجوسية أو وثنية تخير لفوات حل الوطء وتعبيره بتحل المقتضي لما تقرر أعم من قول أصله فبانة مجوسية، لكن مفهومه يشمل المحرم كأخته وليس مرادا إذ لا يعد ذلك نقصا ومن ثم حذف تحل في نسخة.

وقال الشارح: خرج مخرج الغالب لكنه بعيد والعبد كالأمة فيما تقرر كما بحثه جمع، فلو شرط كونه ذميا فبان نحو مجوسي أو عكسه تخير كما صرح به الروياني في العكس، وكذا لو كان من لا تحل مناكحته لو كان أنثى مثلا لدخول أول آبائه في ذلك الدين بعد النسخ مثلا لفوات الانتفاع به في الذكاة ولأنه لا يقر فأشبه المرتد، وسيذكر ما يفيد ذلك من أن الكفر عيب إن حرمها أو نقص أو ثيبا فبان بكذا فلا خيار خلافا للحاوي لأنها خير ما شرط، ولا نظر لغرض المشتري الثبوتية لضعفه عن البكر لأن العبرة بالغالب كما مر، وقيس على ذلك نعم إن شرط كونه أقلف فبان مختونا وهو مجوسي بين مجوسيين يرغبون في الأقلف فقط تخير، ولا يؤثر خلف الشرط في صحة العقد إلا أن اختلف الجنس كأن اشترى ثوبا على أنه قطن فبان كتاناً وكذا بعثك فرسي هذا فبان بغلا تغليبا للعبارة، ويكفي في الوصف المشروط ما يقع عليه اسمه ولا يشترط حسنه فإن شرط اعتبر عرفا ولا يصح شرط النهاية في الوصف لأن أقصاه غير معلوم (ويثبت) الخيار على الفور أيضا كما يأتي للمشتري الجاهل (في) كل تغير فعلي وهو حرام للتدليس وذلك كسواء (حيوان) ولو غير مأكول كأمة وأتان ظن المشتري غزارة لبنه فبان خلافه بأن رآه كان قد (تصرى) بنفسه بأن ترك حلبه لنحو نسيان أو بفعل البائع أو غيره بأن ربط أخلافه أو ترك حلبه على خلاف عادته لنهيهِ ﷺ عن تصرية الإبل والغنم، وإثباته للمشتري الخيار بعد أن يحلبها بين إمساكها وردّها مع صاع تمر، وقيس بذينك غيرهما بجامع التدليس.

وقول الحاوي كالفزالي لا خيار عند تخلفه بنفسه إذ لا تدليس ضعيف، لأن التدليس علة للإثم لا لثبوت الخيار وفارق تجعد الشعر بنفسه بأن التقصير هنا أتم لأن التصرية تعلم غالبا من الحلب كل يوم، وإذا تخير المشتري (فيرده) أي الحيوان بعيب التصرية إن شاء على الفور من حين الاطلاع ما لم يستمر اللبن على الحد الذي أشعرت به التصرية أي بالنسبة لغالب أمثالها مصراة في القدر والزمن وإلا تخير كما هو ظاهر إذ لا ضرر، وخبر امتداده ثلاثة أيام محمله أن التصرية لا تظهر غالبا فيما دونها (و) يرد وجوبا (صاع تمر) متوسط من تمر البلد فإن فقد فقيمته وقت الرد بالمدينة المشرفة كما في الروضة عن الماوردي، لكن

(قوله فبان مختونا إلخ) هو المنقول الذي اعتمده الشيخان، وعجيب قول الشارح إن هذه

طريقة ضعيفة.

صحيح جمع اعتبار أقرب بلد التمر إلى بلد العقد وهنا الصاع بدل (عن لبن) حيوان (مأكول) كان في ضرعه عند العقد ولو نحو أرنب وإن استبعد ويتعدد بتعددته وإن اتحد العقد أو لم يكن تصرية على المعتمد، هذا إن كان اللبن (قد حلب) عنده ولو بغير إذنه على ما اقتضاه إطلاقهم وإن قل اللبن أو اشتراها بدون صاع أو ردها بعيب آخر للخبر السابق، وإنما لم يختلف بكثرة اللبن حذرا من النزاع كغرة الجنين وأرش الموضحة، وإنما يتعين الصاع (إن) تلف اللبن المخلوب أو (لم يرضيا) أي العاقدان (رده) ولا اتفاقا على رد غيره من قوت أو غيره وإلا جاز ما اتفقا عليه وإن بقي اللبن بل لو تراضيا على الرد من غير شيء جاز على الأوجه .

فعلم أنه ليس لبائع إجبار مشترك على رد اللبن لاختلاطه بالحادث عنده مع تعذر التمييز فهو كالتالف كما يأتي في الغصب ولا عكسه وإن لم يخض لذهاب طراوته، ولا يقوم غير التمر مقامه ولو أعلى إلا عند التراضي .

وخرج بمأكول الأمة إذ لا يعتاض عن لبنها غالبا والأتان لنجاسة لبنها (و) يثبت الخيار على الفور أيضا (بحبس ماء) نحو (عين) جارية لسقي أو رحي فحذف عين أخصر وأعم، ثم إرساله عند الرؤية ليتخيل مشتر أو مستأجر كثرته (وتحمير وجنة) وتبييض وجه وتنفيخه إبهاما لحسن أو سمن (وتجميد شعر) إبهاما لقوة بدن وهو ما فيه التواء وانقباض لا مفلفل السودان (وتسويده) إبهاما أنه خلقة قياسا لكل منها على التصرية بجامع التدليس، ويأتي في حصوله بغير فعل البائع ما مر في التحفل إلا التجعيد وكان الفرق أنه مستور غالبا فلم يتم التقصير فيه بخلاف غيره ما ذكر (لا تلطبخ ثوب) لغلام (بسواد) ليوهم أنه كاتب أو خباز، أو توريم ضرع الشاة ليوهم كثرة اللبن، أو تكبير بطنها بالعلف ليوهم سمنها أو أنها حامل فلا خيار به إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشتري بعدم امتحانه وعدم السؤال عنه .

[تنبيه] قد يشكل توريم الضرع بتنفيخ الوجه فإن كلا يمكن امتحانه والسؤال عنه، ويفرق بأن من شأن جلد وجه الآدمي أنه إذا انتفخ أو هم السمن للطافته، وليس من شأن الضرع نظير ذلك لأن لوجود اللبن في الضرع أمارات لا يوهمها توريمه بوجه (ولا) خيار أيضا (لغين) فاحش أي لأجله (كظن) مشتر نحو: (زجاجة جوهرة) لقربها من صفتها فاشترها بقيمتها لتقصيره بعمله بقضية وهمه من غير بحث، ولأنه ﷺ لم يثبت الخيار لمن

يغبن بل أرشده إلى اشتراطه وثبوت الرد في تلقي الركبان للخبر: أي لمزيد الخديعة فيه من غير تقصير منهم، ومحل ذلك إن لم يستند ظنه لفعل البائع كأن صبغ الزجاجاة بصبغ صيرها به تحاكي بعض الجواهر فيتخير حينئذ لعذره (و) يثبت الخيار (بجهل بعيب) للتضرر والتدليس إذ من علم بنحو مبيع عيبا أو ما يكون السكوت عنه تدليسا لزمه إعلام المشتري إن جهله مطلقا أو من بعض الوجوه للأخبار المحذرة عن الغش، ولا خروج عن الإثم إلا ببيان عين العيب فلا يكفي كما بحثه الأذرعى وغيره به جميع العيوب أو أبيعه بشرط البراءة منها أو الكتاب غير مقابل، وإنما يثبت الخيار بعيب (باق) إلى حين الفسخ به فإن زال ولو بعد العلم به والفورية باقية فلا رد به لزوال الضرر، والعيب الذي يثبت الخيار به هو كل (منقص) بالتخفيف من أنقص بمعنى نقص المخفف في الأفصح (قيمة) للمبيع أو الثمن وإن لم تنقص عينه كأن اشترى نحو كاتب فنسي قبل القبض فيخير وإن لم يكن فوات نحو الكتابة عيبا فيمن لم يتصف بها فقط (أو) منقص (عين) له وإن لم تنقص قيمته كالحصاء (مفوت غرض يقل في أمثاله) بخلاف قطع أصبع زائدة وقطع قلفة سيرة لم يشن ولا فوت غرضا إذ لا ضرر، وبخلاف الثيوبة في سن تعهد فيه لغلبتها وبخلاف نحو غلظ صوت ورطوبة كلام ما لا ينقص عينا ولا قيمة.

فعلم أن مفوت غرض راجع لمنقص العين فقط وما بعده راجع لهما، وغلبة ترك الصلاة في الأرقاء وذهاب الأشفار في بعض الأنواع لا يعتبر إذ الأول أمر حدث في هذه الأزمنة لتقصير السادة والثاني قليل بالنسبة لجملة الرقيق فلا نظر لغلبته في نوع، وإنما يثبت الخيار بعيب باقٍ (سابق) على العقد إجماعا (وكذا) يعيب حادث بعده بأفة أو بفعل بائع أو أجنبي و (قبل قبض) أو بعده، واستند لما يأتي لأنه حينئذ من ضمان البائع بخلافه بعده، نعم الأوجه أنه إن كان الخيار للبائع فقط تخير بما وقع في زمنه ولو بعد القبض (لا) إن حدث قبل القبض (بفعل مشتر) كأن قطع أصبعه فلا يخير بل يمنعه ذلك من الرد بالعيب القديم وإن زال ما أحدثه على الأوجه لتقصيره ولأن إتلافه قبض للمتلف فيستقر ضمانه

(قوله ومحل ذلك إن لم يستند ظنه لفعل البائع إلخ) هذا مصرح به في قولهم السابق أو تغير فعله، نعم محله إن لم يكن يظهر أنه مصنوع. أما إذا كان يظهر لغالب الناس أنه مصنوع فلا خيار وإن استند الظن إلى فعل البائع، لأن المشتري مقصر لكونه لم يظهر له ذلك التغرير مع كونه يظهر لغالب الناس.

بجزء من الثمن بنسبة نقص القيمة بالفعل إلى تمامها لو كان سليما، فلو قطع يد عبد قيمته ثلاثون فصار عشرين ثم مات قبل القبض استقر عليه ثلث الثمن (ثم) للاستئناف لا للعطف (قتل) بنحو ردة أو جناية (وقطع) لعضو (ونحوه) بجناية أو سرقة إذا كان كل من هذه الثلاثة كائنا (بعد قبض) لكنه (بسبب) ما ذكر (تقدم) عليه وحده أو مع العقد وقد جهله المشتري فيهما (كهو) كأحد الثلاثة كائنا (قبله) أي قبل القبض فينفسخ البيع قبل القتل ويسترد المشتري جميع الثمن ومؤنة التجهيز على البائع لأنه لتقدم سببه كالتقدم، وفي نحو القطع له رده وأخذ جميع ثمنه ما لم يحدث به عيب عنده فله من الثمن ما بين قيمته سليما وأقطع.

أما إذا علم به ولو بعد العقد ولم يفسخ فهو من ضمانه ويرد من جهل زواجها وإن افتضها الزوج بعد القبض فإن تعذر الرد رجع من الثمن بما بين قيمتها بكرا غير مزوجة ومزوجة مفتضة (لا موت) كائن بعد القبض (بمرض) أو جرح صار أو طلق حمل سابق على القبض فلا يرد به وإن جهله لأنه يتزايد فلا يكون موته بالمرض الأول خاصة بل له أرش فقط وهو ما بين قيمته صحيحا ومريضا بالمرض الذي عند البائع فقط، ولو زاد ولم يمت رجع بالأرش أيضا ثم مثل لذلك الضابط بما قد يخفى لا للاستيعاب لتعذره فقال: عاطفا لها بالواو بمعنى أو (والعيب كاستحاضة) وتطاول طهر فوق عادة غالبية وعدم حيض بعد عشرين سنة لأن ذلك لعلة وحمل في آدمية لا بهيمة (وكفر حرمة) كتمجس وتوثن ودخول أول آبائها بعد نسخ كما يأتي، وعدم نقصه قيمتها لا يؤثر لأنه إنما يكون لعارض كونها ببلاد الكفر (أو نقص) بالتخفيف في الأفصح قيمتها أو قيمة العبد لكونهما ببلادنا (وعدة) وإن كانت أخته على الأوجه لأن حرمة وطئها تنقص القيمة من حيث هي من غير نظر لمشتر أو غيره (وإحرام) من قن بنسك لكن (بإذن) له فيه من بائعه وكذا مورث البائع كما هو ظاهر، بخلافه بغير إذن لأن المشتري تحليله، ولا نظر لكونه يهابه خلافا للبلقيني لأن العبرة بما ممن شأنه النقص من غير نظر لحال المشتري (ونكاح) لأمة وعبد وتعلق مهر أو غيره برقبته، أو كسبه جهله وإن علم بالنكاح كما لو علم بعيب ولم يعلم مقداره، أو قال إنما رضيت لاعتقادي أنه العيب الفلاني وقد بان خلافه وأمكن اشتباههما وكان ما بان أعظم ضررا ما يرضى به كما أفتى به النووي (وخصاء) بالمد ولو لبهيمة وإن أكلت أو كانت بغلا

أو برذونا على الأوجه، ولا نظر للغلبة في ذلك إن فرضت لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي وإن زادت قيمته باعتبار آخر، ومثله قطع ما يمنع التضحية، ونحو فقد ذوق وشعر ولو لعانة، وابيضاضه قبل أربعين سنة لا احمراره، وبهق، وكونه أعسر ما لم يعمل بيديه معا، أو ذا سن تغير لونها أو يخالف منبتها منبت الأسنان أو مقلوعة لغير كبير (وخنث) بضم فسكون أو ضمم في عبد: أي تكسر وتثن تشبيها بالنساء ولو خلقا، وتشبه الأمة بالرجال الذي لا يؤدي إلى تعطيل شيء من الاستمتاع بها الذي يتجه أنه غير عيب وإن حرم لأنه لا ينقص القيمة لدلالته على زيادة الصفة بخلاف عكسه، ومجرد التحريم بل الفسق لا يؤثر كما يأتي، وكونه ممكنا من نفسه أو زانيا أو سارقا أو أبقا وإن لم يتكرر وتاب أو كان صغيرا أو مرتدا أو جانبا عمدا، أو شاربا لنحو خمر أو أكلا لمخدر كحشيش أو نماما أو كذابا أو ساحرا أو قاذفا لمحصنة أو غيرها، أو شتاما أو مقامرا أو تاركا للصلاة ما لم يتب على الأوجه أخذنا من قولهم التوبة تنفي سمة الشرب دون سمة الزنا وهذه كالشرب، أو جني خطأ أكثر من مرة على الأوجه.

[تنبيه] الذي يتجه أن المبالغة في نحو النمام ليست بشرط بخلافها في نحو الكذاب والشاتم (وغرلة) عبد (كبير) بأن بلغ على الأوجه لأنه يخاف عليه من الختان، بخلاف صغير وأمة ولو كبيرة (وكونه) أي الرقيق أسود اللسان أو أرت لا يفهم أو أثلغ أو أبله أو به نحو بخر من معدة أو يعتاد البول بفراشه وهو ابن سبع تقريبا أو (خنثى) له ألتان أو ثقبه فقط وإن اتضح ما لم بين رجلا ولم يبل بفرجيه (أو) كونه (مؤجرا) أو به كلف أو أثر نحو كي شائن، وكون الدابة يخشى ركبها سقوطه لخشونة مشيها أو نحو جموح أو تشرب لبنها وألحق به لين غيرها، أو ذاهبة الأسنان لا لكبير، والدار منزل الجند أو عندها نحو قصارين يؤذونها بالدق أو ظهر مكتوب بوقفيتهما أو شاعت وإن لم تثبت. ويؤخذ منه أن مثل ذلك ما لو شهد بها من ردت شهادته لا ما كتب وقفه على نحو حجر قديم إلا إن كان ما يثبت به المخالف، وظهور نحو المكتوب بملك غير البائع ينبغي أن يلحق بظهور الوقفية بذلك والماء مختلفا في نجاسته أو عدم ظهوريته: أي ما لم يضعف مدرك ذلك الخلاف كما هو ظاهر، أو مشمسا وإن برد خلافا للزر كشي نظرا للقائلين ببقاء كراهته حينئذ وكما نظر هو إلى الخلاف في نحو مستعمل بلغ قلتين فكذلك هذا، لا يقال يلزم عليه أن ما اختلف

في كونه مشمسا عيب لوضوح الفرق بوجود الكراهة هنا يقينا وإنما اختلف فيه زوالها فلا يقاس به ما اختلف في أصل كراهيته، ونحو ثوب به نجس لغسله مؤنة لها وقع لا حموضة رمان وعقم وعنة وفسق: أي لا يكون سببه عيبا فلا ينافي ما مر من نحو شرب الخمر وترك الصلاة ولا كونه ولد زنا أو مغنيا أو زمارا أو أكولا أو قليل الأكل لأنه محمود شرعا وعرفا، بخلاف قلة أكل الدابة ولا كونها محرما للمشتري لأن التحريم خاص به بخلاف المعتدة، وإنما يثبت العيب بقول عدلين خبيرين (فإن أجاز) المشتري عند ثبوت الخيار له بعيب المبيع (فلا أرش) له مطلقا إلا إن عيبه أجنبي بعد العقد وقبل القبض فله عليه الأرش كما يأتي (وشرط بدار) أي مبادرة منه عقب علمه بالعيب ولو تصرية كما مر (برد) بنفسه ونحو وكيله من يأتي على البائع أو وكيله أو موكله أو وليه أو وارثه (يفسخ عقدا) بأن يكون العيب في عين مبيعة أو نحوها بخلاف مقبوض عن دين سلم وكتابة ومبيع في الذمة فإنه لا فور في رده إذا ظهر معيبا إذ ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح أو بالرضا بالمعيب ولم يوجد، وإنما يجب البدار بالرد بالعيب (إن علم) بالعيب لكن إنما يرد الآبق بعد عودة وبان له الرد وبأنه على الفور، ويصدق بيمينه مدعي جهل الرد إن بعد عن العلماء أو قرب إسلامه.

قال الأذري: ولم يكن مخالطا لنا، ومدعي جهل الفورية إن كان عاميا، ثم البدار المشترط هو البدار على العادة (كما في الشفعة) وسيأتي ثم، فلا يكلف عدوا ولا ركضا وسيرا ليلا إلا عند أمن وتيسر لقيه وعدم الضرر والكلفة بوجه على الأوجه، ولا عدم لبس ما يتجمل به ولا قطع نحو صلاة أو أكل أو حمام بل ولا تقديم الرد على شيء من ذلك بعد دخول وقته إذ لا تقصير، بخلاف التواني في الرد بلا عذر لإشعار التأخير بالرضا (و) إذا توجه البائع أو نحو وكيله أو حاكم ليفسخ (أشهد) وجوبا (به) أي بالفسخ ولا يكفي بطلبه بخلافه في الشفعة إذ لا مقدور له غيره (في طريقه إن أمكن) بأن رأي عدلين يثبت بهما ذلك فيقول لهما أشهد كما أنني قد فسخت البيع وإلا كان معرضا، وبعد الفسخ لا يلزمه إتيان من ذكر على الأوجه لخروجه عن ملكه بالفسخ ومن ثم لو استخدمه حينئذ لزمه أجرته ورده باق بحاله، ويكفي إظهار عدل لأنه مع اليمين كاف ومستورين على الأوجه فيهما، فإن تعذر إظهار لم يلزمه تلفظ بفسخ إذ ربما يتعذر عليه ثبوته فيتضرر بالمبيع، وإن

لقي البائع فسلم عليه لم يضر وإن حادثه : أي بأن خاطبه بمفيد، وإن تعلق بما هو فيه وإن لم يجبه كما هو ظاهر في الثلاثة ضرر، ويلزمه الإشهاد أيضا فيما إذا وكل أو عذر كما يأتي (ورد) فهرا على البائع (حصّة عقد) بكمالها لا بعضا منها لتفريقه الصفقة عليه، نعم إن كان المبيع عبيدين وزال أحدهما عن ملكه أخذ أرش الباقي على المعتمد كما بينته في الأصل (و) رد (بتراض بعضا) من حصّة عقد فلو اشترى عبيدين صفقة وأحدهما معيب ردهما معا قهرا لا أحدهما إلا برضا البائع ما لم يكن مالكا للآخر ولو بنحو إرث على الأوجه إذ لا تفريق ولا ضرر حينئذ، ومن ثم كان الأوجه أيضا أن له الرد فيما لا ينقص بتبعيضه كالحبوب .

أما إذا تعددت الصفقة بتعدد بائع أو مشتر أو تفصيل ثمن فله رد حصّة كل عقد قهرا كما قبيل الخيار، وإذا رد معيبا رده (بزائد) أي مع ذائد (اتصل) كسمن وتعلم حرفة وصوف لا إن انفصل بعد العقد ولو قبل القبض ككسب ومهر موطوءة بشبهة لأن الفسخ إنما يرفع العقد من حينه (والحمل) في الفلّس كالمتصلة تغليظا على المفلس لتقصيره (و) هنا كمنفصل) إذ لا تقصير من المشتري فيكون له إن حدث على ملكه ثم إن حدث بيده ولم ينقصها بتفصيله الآتي أو بيد البائع بعد العقد وإن نقصها لأنها من ضمانه ثم اطلع المشتري على عيب فله ردها ويبقى الحمل له فيأخذه إذا انفصل، ويمتنع رد أمة دون ولدها كما مر فيتعين الأرش على المعتمد نظير ما قدمته في شرح حصّة عقد أما لو اشتراها حاملا فوجد بها عيبا قبل الوضع فله ردها أو بعده ونقصت بالولادة سقط الرد القهري ما لم يجله ويستمر إلى الوضع لأن الحادث بسبب متقدم كالمتقدم نبه عليه جمع متأخرون وإن لم ينقص ردهما إذ يقابله قسط من الثمن ومن ثم لو تلف قبل القبض سقط من الثمن بحصته، وحملها بعد قبض يمنع الرد القهري مطلقا وكذا حمل بهيمة نقصت به والطلع الحادث بيده له وإن رد بخلاف الصوف لأنه كالسمن قاله الشيخان ورجح جمع أنه للمشتري والبيض كالحمل (و) إذا صبغ المشتري الثوب فزادت قيمته ثم وجد بها عيبا فإن أمكن فصل الصبغ من غير تعيب الثوب رده إن شاء ثم فصله وإلا تخير فإن شاء رد الثوب (بصبغ) ولا يكون شريكا به بل يفوز به البائع لأنه لا يزایل الثوب أي غالبا فلا ينافي ما يأتي في الغصب أنه يكلف زواله إذا أمكن (أو أجاز) البيع فيه (بأرش) وإنما يجب (إن لم

يبدل بائع قيمته) أي الصبغ وإلا بأن أراد أخذه ليبقى الثوب له والبائع بذل قيمة الصبغ ليكون الثوب له أوجب البائع ولو سمح بالصبغ للبائع لزمه قبوله وملكه أما لو رد الثوب وطلب قيمة الصبغ أو ليبقى شريكاً به فلا يجاب إلا إن رضي البائع ولكن له أرش البيع، وإنما شارك المفلس والغاصب بالصبغ كما يأتي فيهما لأنهما مقهوران على الرد فلا وجه لتضييع حقهما والمشتري مختار له فلا يستفيد باختياره الشركة (و) رد المعيب أي له ذلك وإن كان (بعد) أن صدر منه نحو (كسر) لتحو بطيخ أو بيض نعام، لكن إن كان ذلك الكسر ونحوه ما (يخفى عيب دونه) كأن كسر من البيضة ما لم يعلم بدونه كونها مذرة، أو قور من البطيخة ما لا يعلم بدونه كونها مدودة أو غرز بها إبرة فظهرت حموضتها ولا تظهر بدون ذلك فإن ذلك لا يمنع رده لتوقف معرفة العيب عليه ولا أرش عليه لعذره، فإن أتى بما يعرف العيب بدونه كتقوير حامض فإنه يعرف بالغرز وكسر بيض يعرف عيبه بالقلقلة كان عيباً حادثاً فيمنع الرد القهري ومحل ذلك في متقوم، فلو وجدته كله فاسداً كبطيخة مدود جميعها وبيض دجاج مذيريان بطلان البيع ورجع بكل ثمنه واختص البائع بقشره فيلزمه تنظيف المكان منه (و) رد الرقيق المثلث أو الثمن بالعيب بعد (استخدامه) قبل علمه بالعيب إجمالاً (و) رد أيضاً بعد نحو (بيع) أو هبة كما بأصله صدر منه وبه عيب يقتضي الرد ولم يعلمه ثم عاد إلى ملكه فله رده بذلك العيب استدراكاً لظلامته (و) رد أيضاً بعد (وطء ثيب) بغير زنا منها قبل قبض أو بعده وإن حرمت به على البائع لكونه بعضه ثم ظهر العيب كالاستخدام أما مع الزنا منها فلا رد لأنه عقب حادث.

وخرج بثيب البكر فزوال بكارتها من مشتر أو غيره ولو بوثبة بعد قبضها ولم يستند لسبب متقدم جهله المشتري يمنع الرد وقبله جناية على المبيع قبل قبضه فإن كان المشتري منع الرد أو من غيره فلا، وفي ذلك تفصيل مهم في الأصل فراجع (أو رفع) بالجر عطفاً على رد أي شرط بدار برد على البائع أو برفع (إلى الحاكم) ولو مع وجود الخصم ما لم يلق أحدهما قبل الآخر وإلا تعين من لقيه أولاً ما لم يعذر في عدم الاجتماع به على الأوجه ثم الرفع إلى الحاكم أي الفسخ بحضرته وإن لم يكن عنده شهود لأنه يقتضي بعلمه أحوط إن حضر من يرد عليه بالبلد لأنه ربما أحوجه إلى الرفع إليه فإن غاب وجب الرفع إليه بأن يدعي شراء كذا منه بثمن معلوم ثم ظهر العيب وأنه فسخ البيع، ويقيم بينة بذلك ويحلفه إن

الأمر جرى كذلك فيحكم بالرد عليه ويبقى الثمن دينا عليه إن قبضه ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل، ويقضي الدين من مال الغائب فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه وليس له هنا الحبس لأن القاضي ليس بخصم فيؤتمن، بخلاف البائع إذ للمشتري بعد فسخه بالعيب الحبس إلى استرجاع ثمنه منه ولو غابا تعين الإشهاد كما هو ظاهر أو الحاكم فقط تعين الآخر وله توكيل لا يحصل به تأخير (ثم) إن وكل أو عذر بنحو مرض أو غيبة عن بلد المردود عليه أو خوف وقد عجز عن التوكيل في الكل وعن المضي للمردود عليه والرفع للحاكم أيضا في الغيبة (أشهد به) أي بالفسخ لا يطلبه شاهدان أو واحدا كما مر احتياطيا ولأن الترك يؤذن بالإعراض (و) إذا اشترى دابة فأنعلها ثم اطلع على عيب ردها (مع نعل عيب نزع) حافرها (إن أمهل به) أي بالنزع إلى السقوط ويجبر البائع حينئذ على قبوله إذ لا منة عليه فيه ولا ضرر، وليس للمشتري طلب قيمته فإنها حقيرة في معرض رد الدابة فإن سقط ولو بفعله فيما يظهر استرده لأن تركه إعراض مقيد بحالة اتصاله بالدابة لا تملك فهو شبيه بالإعارة، ويظهر أنها لو ماتت كان للمشتري لأنه الآن في حكم سقوطه وإنما ملك الصبيغ لأنه صفة تابعة.

وأفهم قوله مع نعل أنه لو اشتغل بنزعه بطل حقه من الرد والأرش، وقوله عيب نزع أنه لو لم يعيب كان له النزع ولو قبل الرد على الأوجه لأن زمنه قصير، وبه فارق اشتغاله بجز الصوف فإن لم ينزع لم يجبر البائع على القبول، وإنما أجبر على قبول الصوف لأنه يشبه السمن (و) من اطلع على عيب بالمبيع فأراد رده (ترك انتفاعا) به في الحال لأنه دليل الرضى فإن انتفع به ولو في مدة العذر أو السير للرد سقط رده ولا أرش، وكذا لو طلب منه انتفاعا كاسقني فلم يمتثل على الأوجه، أو إعطاء العبد كوز الماء بلا طلب إن رده إليه ولو قبل الشرب وإلا فلا لأن وضعه بيده كهو بالأرض (فينزع ثوبا) اطلع على عيب به وهو لابسه لأن تركه انتفاع (لا) إن ضره نزع أو كان (في شارع) وإن لم تنكشف عورته لأنه يخل بهيئته، ومن ثم اختص هذا بدوي الهيئات على الأوجه لأن غالب المحترفة لا يخل بهيئتهم، ويأتي مثله في النزول عن الدابة (و) ينزع عن الدابة (سراجا) أو نحو عليها وقد علم بعيبها إن لم تتضرر بنزعه وإن ابتاعه معها أو كان لغيره وهو بيده لأن تركه انتفاع (لا

(قوله بأن يدعي شراء كذا إلخ) اختلفت العبارات في تصوير هذه الدعوى، ولا خلاف في الحقيقة بل مآلها كلها إلى شيء واحد يعرف من باب الدعوى على الغائب.

عذرا) وهو ما على خد الدابة ولجاما لحفتها فيتسامح فيهما، ولا يضر علفها وسقيها وكذا حلبه لبنها الحادث بملكه لكن سائرة: أي إن أمكن على الأوجه (وإن عسر عليه قود) أو سوق لدابة أراد ردها (ركبا) ها وكذا لو تعين طريقا في الهرب بها من ظالم ويعذر للحاجة فإن لم يعسر ولاق به المشي بطل رده به كإدامته بعد علم العيب بلا عذر (فإن اعتاض المشتري (عن الرد) بأن صالحه البائع على تركه بجزء من الثمن أو غيره (بطلا) أي الاعتياض لأنه غير متقوم والرد لتقصيره إلا (الرد) فلا يبطل (إن جهل) المشتري بطلان الصلح لأنه إنما أسقطه بعوض ولم يسلم وسلم أصله من عطفه الرد من غير فصل، ولمشتر أجاز إياها قبل القبض فسخ به ومؤنة رد المبيع بالعيب أي إلى محل قبضه على المشتري كسائر الأيدي الضامنة (ولغير مقصر) في الرد بأن لم يفعل شيئا ما مر (أيس من رد) للمبيع المعيب على بائعه (بتلف) أي بسبب تلف حسي كموت أو شرعي كعتق ولو لمن اشتراه بشرط عتقه أو وهو ممن يعتق عليه على الأوجه، وإيلاد ووقف (ونكاح) لعبد أو أمة (وتعييب) حدث في يد المشتري بفعله أو بآفة أو بفعل بائع أو أجنبي (لا) بسبب خروج المعيب عن ملكه بنحو (بيع) أو هبة أو تعلق حق لازم به كرهن (أرش) للعيب القديم إن نقص به المبيع لا كالخصاء ولا ربا كما يأتي لاستحالة الرد ولا يمكن إسقاط حقه، ولكون النكاح مرادا للدوام التحق بالتلف الشرعي، نعم إن كان الزواج البائع أو قال لها قبل الدخول: إن ردك المشتري بعيب فانت طالق رد لزوال النكاح بالرد وجمعا بين المصلحتين في الأخيرة أما مقصر في الرد فلا أرش له مطلقا، وأما إذا زال المبيع عن ملكه ببيع أو غيره أو تعلق به ما مر فلا أرش له حالا لأنه لم ييأس من الرد فإن تلف ولو شرعا قبل العود إليه رجع بالأرش حينئذ لليأس وإن لم يرجع عليه أحد به، ولو أبق بيده أو سرق ثم علم أنه كان آبقا أو سارقا ولم يزد نقصه رد وإلا أخذ الأرش وسمي بذلك لتعلقه بالأرش وهو الخصومة، والأرش جزء من الثمن يكون (بنسبة نقص أقل قيم المبيع من) وقت (العقد إلى) وقت (القبض إلى الثمن) متعلق بنسبة فالمعني أنه جزء من الثمن عينا أو بدلا كما يأتي نسبته إليه كنسبة ما نقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إليها مثاله قيمته سليما مائة ومعيبا تسعون فالتفاوت بينهما العشر فيرجع المشتري بعشر الثمن فإن كان خمسين مثلا رجع بخمسة، وفي اعتبار قيم المبيع سليما ومعيبا في الأوقات الثلاثة اتحادا واختلافا أقسام كثيرة بينها في

الأصل، وإنما اعتبر أقل قيمة كما ذكر لأنها إن كانت وقت العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري أو وقت القبض أو بين الوقتين أقل فالنقص من ضمان البائع فلا يدخل في التقويم، وإنما يستحق الأرش بعد المطالبة به ولو على التراخي (من عينه) أي الثمن إن بقي بملك البائع وإن دبره ما لم يتعلق به حق لازم إلا إن صبر لزواله، ويجب من عينه (ولو) عين بعد العقد عما في الذمة أو (زال) عن ملك البائع (وعاد) إليه لأنه عين ماله، ويجب كونه من عينه أيضا (و) لو (تعيب) الثمن بعد القبض لكن بنقص وصف كالشلل أو زاد زيادة متصلة (ولا أرش) له على البائع في النقص بل يأخذه ناقصا ولا للبائع عليه في الزيادة نعم إن عيبه أجنبي استحق عليه الأرش وله أن يرجع به على البائع لأنه طريق إما نقص الجزء فيستحق أرشه مطلقا كما قال (فإن تلف) الثمن كله (أو) تلف (بعضه فمن بدله) من مثل المثلي وقيمة المتقوم يكون الأرش (ويعتبر) للبدل (و) ثمن (معين) في العقد أو المجلس (أقل قيم متقومه كذلك) أي من وقت العقد إلى قبضه سليما أو معيба لأنها إن كانت وقت العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك البائع أو وقت القبض أو بينهما أقل فالنقص من ضمان المشتري.

ولما كان في نسخة المصنف هنا إيهام أصلحها الفتى تلميذه إلى ما ذكر ما فيه زيادة ولا إيهام (وإن) اطلع المشتري على العيب القديم و (أخذ الأرش) عنه (أو) لم يأخذه ولكن (قضى) له (به) لحدوث عيب منع الرد القهري فيهما (فزال) العيب (الحادث لم يرد) المشتري بالعيب القديم (إلا بتراض) منه ومن البائع على الرد لأن الأمر قد انفصل بالأخذ في الأولى وملكه ملكاً مستقراً وبقضاء القاضي في الثانية.

ومن ثم ما أوهمه كلامه كغيره من أن الرد فيهما بالعيب القديم غير مراد بل المراد الفسخ بالإقالة، وخالف فيها الحاوي في الثانية أما إذا زال قبلهما فله الفسخ ولو بعد التراضي على الأرش (ولا يأخذه) أي المشتري أرش بين أنه يمسكه فلا أرش له عن القديم أو (يرد) ه (بأرش) أي مع أرش العيب (الحادث) فرارا من الربا، فإذا اشترى حليا ذهباً بوزنه ذهباً ثم علم به عيباً وحدث عنده عيب لا يجوز أخذ أرش القديم من الذهب للتفاضل إذ مما يأخذه ينقص الثمن ولا من غيره لإفضائه إلى قاعدة مد عجوة فتعين فسخ العقد ولو بدون بائع أو حاكم على الأوجه، ورد الحلبي بأرش الحادث ولو من جنس الحلبي ولا ربا لأن الحلبي

في مقابلة الثمن وهما متماثلان والأرش للعيب المضمون عليه، وحيث أوجبنا أرش الحادث لا ننسبه إلى الثمن كما في أرش القديم بل يرد ما بين قيمة المبيع معيبا بالعيب القديم وقيمتة معيبا به وبالعيب الحادث .

وعلم من قوله السابق أو تعيب أنه إذا حدث عنده عيب ثم اطلع على عيب قديم يسقط الرد القهري لإضراره بالبائع ثم إن رضي بالعيب رده عليه مشتر بلا أرش للحادث أو قنع به بلا أرش للقديم وإن لم يرض، فإن اتفقا في غير الربوي السابق على فسخ أو إجازة مع أرش للحادث أو القديم فظاهر وإن طلب أحدهما الفسخ مع أرش الحادث والآخر الإجازة مع أرش القديم أوجب طالبا لما فيه من تقرير العقد وعلى مشتر إعلام بائع فورا بالحادث مع القديم ليختار ما ذكر فإن أخر إعلامه بلا عذر فلا رد ولا أرش لتقصيره، نعم لو كان الحادث قريب الزوال غالبا كرمد وحمى عذر على الأوجه في انتظاره زواله ليرده سالما من الحادث (و) إذا اختلف بائع ومشتري في عيب فقال البائع حادث فلا رد وقال المشتري قديم فعلى الرد (صدق بائع) بيمينه لأن الأصل عدم العيب ودوام العقد، نعم لو ادعى قديم عيبين فأقر البائع بتقديم أحدهما فقط حلف مشتر لأن الرد ثبت بإقرار البائع بأحدهما فلا يبطل بالشك ولا يثبت بيمين البائع حدوثه مطلقا لأنها صلحت للدفع عنه فلا تصلح لشغل ذمة المشتري، فلو فسخ بعد ذلك بنحو إقالة لم يكن له أرش العيب وللمشتري الآن أن يحلف أنه ليس بحادث، وإنما يصدق (في حدوث) عيب (ممكن) حدوثه بعد البيع وقدمه كبرص وإلا كأصبع زائد وشين شيحة مندملة وقد جرى البيع أمس صدق المشتري بلا يمين، وفي ضده كشجة طرية والبيع والقبض من سنة يصدق البائع بلا يمين (و) حيث احتاج البائع إلى حلف (حلف كجوابه) لي مطابق الحلف الجواب فإن أجاب دعوى المشتري أن به عيبا قديما وأريد رده بلا يلزمني قبوله أو لا تستحق على الرد به أو ما أقبضته إلا سليما أو أقبضته وما به عيب حلف كذلك، ولا يمكن في الأخير من الحلف على أنه لا يستحق الرد عليه، ولا يكفي ما علمت به هذا العيب عندي وإن قال ليس بقديم حلف البت فيقول لقد بعته وما به هذا العيب وله وإن لم يخبره البت اعتماد على ظاهر السلامة ما لم يظن خلافه (والإقالة) جائزة في بيع وسلم وهبة وحوالة وإجازة إلا في الحج للغير وصداق وقسمة هي بيع ولو من وارثي المتعاقدين أو أحدهما بنحو تقابلنا أو تفاسخنا أو أقلتك فيقبل الآخر.

وتسن إقالة نادم لقوله ﷺ «من أقال نادما أقال الله عثرته يوم القيامة» وهي (فسخ لا بيع) وإلا لصحت مع غير البائع وبغير الثمن فلا خيار فيها، ولهما التفرق في الربوي قبل القبض، وتصح بعد التلف وفي نحو آبق ولمشتر حبس البيع بعدها لاسترداد الثمن، وإذا سلمه له البائع نفذ تصرفه في المبيع قبل قبضه، وله على المشتري أرش عيب حدث عنده لا رد به عليه، ولا يشترط لصحتها العلم بالثمن على المعتمد (وتصح) الإقالة (في بعض) من المبيع وإن لم يعلم حصته من الثمن لأنها فسخ (و) في (تالف) من المبيع أو بعضه (ببدل) من مثل أو قيمة والمعتبر فيها الأقل من العقد إلى القبض وإن كان قياس الفسخ اعتبار قيمة يوم التلف لأنهم قد يلاحظون القول بأنه بيع (و) تصح أيضا (قبل قبض) للمبيع (بلفظ بيع) من المشتري للبائع بعين الثمن الأول أو بمثله جنسا وقدرًا وصفة إن تلف أو كان في الذمة (وتفسد) الإقالة (بنقص وزيادة في ثمن) لأنه فسخ وهو لا يقتضي عوضا فيبقى العقد بحاله كما لو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يقبل صحيحا عن منكسر.

[فصل] في حكم المبيع قبل قبضه وبعده

وهو يستدعي بيان القبض، والمرجع فيه للعرف إذ لا ضابط له لغة ولا شرعا كالإحياء والحرز (قبض عقار) يعني إقباضه كأرض وبناء ونحوهما مما لا يتقل عادة كسفينة كبيرة على البر وثمره مبيعة قبل أوان جداد وإلا فهي كالمنقول على المعتمد (بتخلية) من البائع أو وكيله بينه وبين مشتر أو وكيله بلفظ يدل عليها مع تسليم مفتاح ما له مفتاح (و) مع (إخلاء) له حيث لم يكن غائبا من متاع بائع أو أجنبي كما يأتي، وإلا فلا قبض لعدم تمكن مشتر من الانتفاع به فإن جمعت بيوت منها قبض ما سواه فإذا نقله إلى مكان آخر منها كان قابضا للجمل (لا) إخلاء أرض مبيعة (من زرع) فيها فلا

(قوله مع تسليم مفتاح ما له مفتاح) ظاهره أنه لا يكفي عن إعطاء المفتاح إذنه له في عمل المفتاح وأنه لا بد من تسليم المفتاح ولو كان لغير البائع والثاني غير مراد كما هو ظاهر والأول محتمل بناء على أن العرف لا يقضي بأنه إقباض إلا إن سلم له المفتاح الموجود، ويؤيده أنه لو كان لدار مفتاحان كل بيد واحد لم يعد في يد أحدهما بل في يدهما.

وشرط الإقباض أن لا يبقى المبيع في يد البائع مستقلة أو غير مستقلة.

يشترط بل يكفي فيها مجرد التخلية لتعذر تفرغها حالاً غالباً بخلاف دار شحنت بالأمته (و) لا إخلاء عقار (من مال غير) للبائع وهو مشتر فلا يشترط تفرغها من متاعه كما استظهره الأذرعى وغيره وأجنبي كمستأجر وغاصب قياساً على المشتري على ما زعمه ابن الملتن، لكن غلطه فيه الأذرعى وغيره قالوا: بل هي كأمته البائع فلا بد من التفرغ منه، نعم يسامح في حقير كحصير وبعض ماعون كما قاله السبكي (و) قبض (خفيف) يؤخذ باليد كثوب (بتناول) باليد وإن لم يتحول من مكانه أو تركه بعد ذلك بدار البائع أو كان في محل يختص به ولم يأذن لأنه العادة فيه (و) قبض (منقول) غير غائب أيضاً كسفينة صغيرة أو كبيرة بالبحر (ينقل) له من مكانه إلى غيره مع تفرغ السفينة من أمته غير مشتر وإن اشتراه مع محله أو اشترى محله بعده للنهي عن بيع الطعام بعد شرائه حتى ينقل من مكانه، وقيس بها غيره فيأمر القن بالانتقال ويسوق الدابة أو يقودها من محلها، ولا يكفي استعمال وتسليم مقود من غير انتقال ولا انتقالها بنفسها وإن أذن بائع على المعتمد في الكل.

وظاهر كلامهم أنه لا يشترط في قبض الدابة تفرغ ظهرها من أمته غير المشتري، وعليه فيفرق بينها وبين السفينة بأنها قد تعد طرفاً لما فيها لغة وعرفا فأشبهت الدار بخلاف الدابة، أما غائب عن محل العقد غير منقول أو منقول بيد مشتر أو أجنبي أمانة أو غيرها فيكفي الأول التخلية مع مضي زمن يمكن فيه الوصول للمبيع والتفرغ، وفي الثاني مضي زمن يمكن فيه النقل، ويكفي في حاضر بيد مشتر أو أجنبي ولا أمته فيه لغير مشتر مضي زمن يمكن في التخلية في غير منقول والنقل فيه، ولا يحتاج في الكل إلى إذن البائع إلا إن كان له حق الحبس.

هذا ما دل عليه كلام الشيخين في الرهن وجرى عليه الأذرعى والزركشي وغيرهما، وبينت ما في ذلك في شرح العباب، ويكتفي بالنقل في المنقول (ولو بتحويل في دار بائع) استحق منفعتها ولو بنحو عارية من مكان إلى آخر منها، لكن (إن أذن) البائع في التحويل

(قوله وبينت ما في ذلك في شرح العباب) حاصل ما فيه :

قال في المجموع: لو اشترى ما بيده أمانة أو مضموناً كفى في غائب عن مجلس العقد التخلية فيه ولو منقولاً مع مضي زمن يمكن فيه المضي إليه على العادة الغالبة فيما يظهر والتخلية في غير المنقول والنقل في المنقول.

للقبض وكان المشتري استعار ما نقل إليه فإن لم يأذن أو أذن في مجرد التحويل وله حق الحبس كان قبضاً مضمناً لا مجوزاً للتصرف.

وزعم أن أخذه قبض وإن لم يضعه في محل آخر سهو منشؤه اشتباه هذا بالخفيف السابق، وكنقله بإذنه نقله إلى متاع مملوك له أو معار في حيز يختص البائع به.

قال القاضي: وكذا إلى نحو شارع ومسجد، وإنما يكون كل من التخلية والتناول والنقل قبضاً بمجردة فيما لم يقدر، أما ما بيع تقديراً كأرض وثوب ذرعاً ولبن أو ماشية عدا وبر كيلاً أو وزناً ككل ذراع أو صاع بدرهم فلا يكفي في قبضه النقل (إلا) مع التقدير (بما قدر) به (من ذرع) بإعجام الذال في الأول (وعد) في الثاني (وكيل) أو وزن في الثالث والواو بمعنى أو التي بأصله، ولا يكفي التقدير بغير ما قدر به في العقد وحينئذ (لا) يكتفي (بواحد) من هذه الأربعة (عن غيره) منها إذا كان هو المقدر به في العقد فما قدر فيه بكيل وقبض بوزن مثلاً أو جزافاً وإن أخبره البائع بقدره وصدقه يفسد قبضه فلا يفيد صحة تصرف (و) لكن (ضمن به) المقبوض لأنه بيده.

وأصل ذلك قوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله» ويشترط في صحة التصرف أيضاً رؤية القابض للمقبوض وإن رآه عند العقد (وحدد) المشتري إذا اشترى مقداراً وباعه كذلك التقدير (لثان) اشترى منه لنهيه ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري، فمن اشترى صبرة كل صاع بدرهم واكتالها بحضرة آخر ثم اشتراها منه مكايلاً لم يصح قبضه إلا إن جدد له الكيل (أو) اشترى صاعاً في مكايله ثم (باع)ه وهو باق (في مكايله) كفاه لأن استدامته المكيال كابتدائه وكذا الوزن والذرع، ولو كان لبكر طعام مثلاً مقدر على زيد ولعمرو عليه مثله فليكتل لنفسه من زيد ثم يكيل لعمرو ليصح قبضه وإقباضه ويكفي استدامته في نحو المكيال، فإن قال بكر

وخرج بقول المجموع كالروضة وأصلها ما بيده ما بيد البائع وهو ظاهر وما بيد الأجنبي وهو كذلك، ونقل الأسنوي عن الشيخين في الرهن أن ما بيد الأجنبي كما بيد المشتري ممنوع نقلاً وتوجيهاً فلا بد فيه من الصورتين من التخلية أو النقل بالفعل، ويوجه بأن القصد رفع اليد الحائلة كما مر، ومتى كان بيد البائع فيده حائلة قوية فلم يكف معها التقدير لضعفه وكذا إذا كان بيد الأجنبي فيده حائلة أيضاً فلا يكفي معها التقدير لذلك، وكان هذا الذي ذكرته هو السبب في رجوع شيخنا في شرح الروض عما كان تبع فيه الأسنوي مما ذكر عنه، وفي حاضر مجلس العقد يصير

لعمرو: اقبض من زيد مالي عليه لك ففعل ففسد القبض له لاتحاد القابض والمقبض وما قبضه مضمون عليه ولا يلزمه رده لدافعه بل يكيّله المقبوض له للقابض، وأما قبضه ليكر فصحيح تبرأ به ذمة زيد لإذنه في القبض منه، ومؤنة نحو كيل توقف عليه القبض وإحضار معقود عليه غائب إلى محل العقد على موفّ ومؤنة نقله المتوقف عليه القبض ونقد المعين إذ لا يتوقف عليه قبض على مستوف، وبعده إلى داره على أخذ ولو أخطأ النقاد وتعذر الرجوع على المشتري لم يضمن إن كان متبرعا وإلا ضمن ولا أجره له على الأوجه لأنه غر الآخذ (و) قبض المنقول يحصل أيضا (بوضعه) الصادر من البائع (بين يديه) أي المشتري بحيث لو مد إليه يده لناله مع علمه به وإن قال لا أريده كما لا يكتفي بذلك من الغاصب لوجوب التسليم في كل.

وبه فارق عدم حصول الإيداع به، وعلم أنه لا فرق بين المبيع المعين والذي في الذمة ومن ثم اكتفى بذلك في الدين أيضا على الأوجه، ثم حصول القبض بالوضع هو بالنسبة لصحة تصرف المشتري فيه ونقل ضمانه إليه (لا) بالنسبة (لضمان إن استحق) المبيع للغير لأنه حينئذ ضمان عدوان وهو لا يتحقق بدون حقيقة اليد، نعم إن وضعه بين يديه بأمره ضمنه.

وخرج ببين يديه يمينه أو يساره فلا يكفي قبضا على ما صرح به الإمام (و) قبض المبيع (يستبد) أي ينفرد (به) المشتري من غير إذن (حيث لا حبس) يستحقه البائع بأن قبض جميع الثمن أو كان مؤجلا وإن حل على المعتمد وإلا لم يستبد فإن فعل لزمه رده، ولا ينفذ تصرفه فيه لكنه يدخل في ضمانه ليطالب به إن استحق أو ليستقر ثمنه عليه، ويستبد بحصة ما سلمه إن تعددت الصفقة بتعدد عاقد أو تفصيل ثمن (وتولى الوالد) ولو جدا (طرفيه) أي القبض من التسلم والتسليم مع النقد ونحو الكيل إن باع من نفسه لمحجوره أو عكسه أو من محجوره لمحجوره لقوة ولايته وكمال شفقتة (كبيع) أي كتولية طرفيه كما

مقبوضاً به كما في المجموع عن المتولي وأقره واعتمده ابن الرفعة، بل زاد التصريح بما شملته عبارة المجموع فقال: يصير مقبوضاً بذلك وإن كان للبائع حق الحبس لأنه إن كان بيد المشتري أمانة فقد رضي بدوام يده أو مضموناً سقط بالبيع حكم ضمان القيمة وتقرر ضمان الثمن اهـ. لكن قضية أو صريح كلام الشيخين في الرهن أنه لا بد من إذنه إن كان له حق الحبس هنا وفيما قبله مع مضي زمن تمكن فيه التخلية أو النقل، وجرى على هذا الأذرعى والزركشي وغيرهما، وكان هذا هو السبب في رجوع شيخنا في شرح الروض أيضاً عن كلام المجموع الذي كان اعتمده وتبعه عليه المصنف، وعبارته

قدمه أول البيع ففيه نوع تكرر (و) كتولي الوالد الأعلى وهو الجد طرفي (نكاح) لبنت ابنه البكر أو المجنونة من ابن ابنه الصغير أو المجنون أما غير الوالد فليس له ذلك (ولكل) من العاقدين لثمن معين أو في الذمة وهو حال (غير بائع بأجل حبس معوضه) بفتح الواو المشددة حتى يسلم إليه صاحبه (خوف فوت) بمقابله بهرب أو غيره: أي لأجل ذلك لظهور الضرر بالزام أحدهما تسليم عوضه قبل قبض مقابله فإن باع بمؤجل سلم المبيع من غير رهن وضمن، وإن كان المشتري غريباً وخاف الفوت وحل قبل التسليم لوجوب التسليم قبل الحلول لرضاه بالتأخير، ولو صالح من الثمن على عين فله إدامة الحبس حتى يقبضها.

وتسمية الحاوي كلا من الثمن والمثمن عوضاً صحيحاً خلافاً لما زعمه المصنف، أما إذا كان الثمن غير مؤجل ولم يخف كل فوت معوضه ولزم العقد وتنازعا في البداءة بالتسليم فقال كل لا أسلم حتى أستلم (فيجيران والثمن) أي والحال أن الثمن (معين) كالمبيع أي يجبرهما الحاكم على التسليم إليه أو إلى عدل ثم يعطي كلا ماله لاستواء الجانبين وله البداءة بأيهما شاء (وإلا) يكن الثمن معيناً بأن كان في الذمة ولم يخف البائع فوته (فبائع) لمعين هو الذي يجبر أولاً، فإن كان المبيع في الذمة والثمن معين أجبر المشتري سواء في ذلك النقدان والعرضان والنقد والعرض على المنقول المعتمد (ثم) إذا سلم مجبراً أو متبرعاً يجبر (مشتري) على التسليم حالاً إن حضر الثمن في المجلس وإلا أجبر على إحضاره لأن حقه في العين وحق البائع في الذمة فقدم ما يتعلق بالعين والكلام فيمن باع لنفسه وإلا لم يجبر بل لا يجوز له التسليم حتى يقبض الثمن الحال (فإن أخرج) المشتري التسليم بأن امتنع منه وماله حاضر أو غائب لدون مسافة قصر (حجر على ماله) أي حجر عليه الحاكم حيث لم يكن محجوراً عليه بفلس في التصرف في شيء منه وإن كثر ومنه المبيع إلى أن يسلم الثمن لثلاً يتصرف فيه بما يبطل حق البائع، ويسمى هذا بالحجر الغريب إذ يفارق حجر الفلس في أنه لا يرجع فيه لعين المبيع ولا يتوقف على سؤال غريم ولا على فك

في شرح الروض في الرهن بعد كلام ابن الرفعة المذكور وهو مبني على رأي المتولي كما رأيت، وهو مردود كما مر في الكلام على قبض المبيع انتهت، وكان المصنف لم ير هذا الرجوع فلم يرجع أو رأى أن كلام المتولي وابن الرفعة هو الأحق بالاعتماد لتقرير المجموع للمتولي وتقرير غير أولئك لابن الرفعة وإن سلم أن قضية أو صريح كلام الشيخين ما مر لأن الصريح المتفق على صراحته مقدم.

والحاصل أن كلام هذين أعني المتولي وابن الرفعة أقرب إلى المنقول، وكلام أولئك أقرب إلى المدرك، ثم رأيت الكمال النشائي وناهيك به تحقيقاً واطلاعاً نسب للمتولي ما نسبت لابن الرفعة

القاضي . بل ينفك بمجرد التسليم على الأوجه ولا على نقص ماله عن الوفاء لعذر البائع هنا حيث سلم بإجبار الحاكم ومن ثم لو سلم متبرعا اعتبر النقص كالفلس وفي أنه ينفق على مونه نفقة موسر ولا يتعدى للحادث، ولا يباع فيه مسكن وخادم لإمكان الوفاء من غيره أي إذا كان في المال سعة (فإن) أعسر بالثمن بأن لم يكن له مال غير البيع يمكنه الوفاء منه سواء أزداد المبيع على الثمن أم لا، وحجر عليه أو (غاب ماله مسافة قصر) وحجر عليه (فسخ) البائع العقد إن شاء ولو من غير حاكم ولا يكلف الصبر ليساره أو إحضار ماله لتضرره فإن صبر فالحجر كما مر وهذا الفسخ هو الفسخ بالفلس بعينه فيشترط فيه حجر الحاكم كما تقرر، لكن لا يعتبر المبيع هنا ويعتبر ثم حتى يعتبر نقص المال معه عن الوفاء (وقبض) جزء (شائع ب) قبض (الجميع) لأنه المقدور عليه لكن إن كان له شريك لم يجز نقل المنقول إلا بإذنه، بخلاف التخلية لا تتوقف على إذنه والزائد أمانة بيده إن أذن مالكه في قبضه (و) المبيع قبل قبضه من ضمان البائع بمعنى أن البيع (يفسخ قبل قبض) وكذا بعده في زمن الخيار إذ كان الملك للبائع (بتلفه) أي المبيع بآفة أو إتلاف بائع وإن الخيار يثبت بتعيبه كما يأتي .

وإنما انفسخ بالتلف لتعذر قبضه فيسقط الثمن إن لم يقبض وإلا رد للمشتري، وينقل ملك المبيع للبائع قبيل التلف حتى يلزمه مؤنة تجهيز الرقيق وتنظيف المكان من غيره، وكالتلف وقوع درة في بحر تعذر أخذها منه وانفلات نحو طير وانقلاب عصير خمرا ما لم يعد خلا، لكن له الفسخ واختلاط متقوم بآخر ولم يتميز أما نحو غصب وجحد البائع فيثبت الخيار كغرق الأرض (و) يفسخ أيضا قبل قبض وبعده بقيد السابق أو وقد قبضه مشتر وللبائع حق الحبس بنحو (إتلاف البائع) ولو بإذن المشتري (وعتقه) حال كونه (موسرا باقيه) أي القن الذي باع بعضه لسريان عتق البعض إلى الكل حينئذ لوجود شرطه وهو اليسار ولو بالثمن، ومر أن وضعه بين يدي المشتري قبض فلا يفسخ بعده بتلف ولا

فقال بعد كلام ساقه : ويشهد لذلك منقول ابن الرفعة فإنه قال إن كان المبيع حاضرا كان مقبوضا بنفس العقد فلا يحتاج إلى إذن جديد من البائع سواء يد الأمانة والضمان وإن كان له حق الحبس . قال المتولي : لأنه إن كان أمانة إلخ ما مر آنفا عن ابن الرفعة، فقول شيخنا إن هذا من كلام ابن الرفعة، وقوله إن كلامه مبني على كلام المتولي لعله لكونه سقط من نسخته من الكفاية ذلك الذي هو كلام المتولي لا ابن الرفعة، وإنما ابن الرفعة معتمد له لا غير، وقد علمت أن الكل من المتولي وأنه المنقول، وأن النووي اعتمده في المجموع وكذلك ابن الرفعة ومن تبعه، وحينئذ لم يبق عذر في اعتماده مذهباً والإعراض عما سواه وإن سلم أنه أوجه في المعنى وأقوى في المدرك .

إتلاف وينفسخ بما مر (وإن أبرأه) المشتري (قبل) أي قبل القبض (عن ضمانه) لأنه إبراء عما لا يجب وهو باطل وإن جرى سبب وجوبه (والريع) أي الزوائد المنفصلة الحادثة بعد العقد وقبل القبض (في يده) أي البائع (أمانة) عنده ما لم يطلبه منه المشتري فيمتنع من إقباضه ولا حق له في حبسه أخذاً مما يأتي عن الغزالي وإن كان لو استعمله لم يلزمه أجره والريع المذكور (للمشتري) لحدوثه على ملكه فله التصرف فيه قبل القبض وليس للبائع حبسه على الثمن وهو كلبن وبيض وصوف وكسب وإن ندر (كركاز يجده العبد) المبيع أو الأمة المبيعة قبل القبض (وهبة يقبلها) وإن وقعت قبل البيع ولم يقبضها إلا بعده إذ لا يتدئ ملكها إلا من القبض ووصية كما بأصله إلا إن مات الموصي قبل بيع العبد فقبل فإن الموصي به للبائع لأنه بالقبول يتبين ملك الموصي به من حين الموت (ولا أجره) على البائع في المبيع (إن استخدمه) قبل القبض لأن إتلافه كالألفة.

وإنما لزمته الأجرة فيما إذا تعدى بحبسه كما أفتى به الغزالي لأن الحبس مع الامتناع أقوى في التعدي من مطلق الانتفاع كما هو ظاهر على أنه قيل إنه مبني على الضعيف أن إتلافه كالأجنبي (وإن أتلّفه) أي المبيع قبل القبض (أجنبي أو عيبه ضمن) بدله أو أرشه، ولقيامه لثبوته في ذمته مقام المبيع لم ينفسخ العقد بإتلافه (وخير) على التراخي على المعتمد (مشتري) حينئذ بين أن يجيز.

ويغرم الأجنبي البدل أو الأرش إن قبض المبيع وإلا فلا تغريم لجواز تلفه فينفسخ البيع،

ثم بعد هذا ذكرت عبارة المجموع وبينت ما فيها مما يصرح باعتماد كلام المتولي الشامل لحالة بقاء حق الحبس وعدمه. وفيها التصريح أيضاً بما مر عن النشائي أن التعليل من كلام المتولي لا من كلام ابن الرفعة، وحينئذ يؤخذ من هذا أن شيخنا لم ير كلام المجموع وإلا لم ينسب لابن الرفعة ما فيها عن المتولي بقوله زاد ابن الرفعة إلخ، فقوله ذلك صريح في أنه لم ير كلام المجموع وأنه لو رآه اعتمده ونسب ذلك التعليل إليه لا إلى ابن الرفعة.

(قوله الريع في يده أمانة ما لم يطلبه منه المشتري إلخ) الضمير في يطلبه ومنه إلى ذي الريع، وكذا في قوله ولا حق له في حبسه.

وحاصله أنه إذا امتنع من إقباض المبيع الذي لا حق له في حبسه بعد طلبه منه صار ضامناً لريعه لما يأتي أن الحبس: أي غير المستحق مع الامتناع أقوى في التعدي إلخ، وحينئذ فلا بدع أن هذه القوة كما أفادت وجوب الأجرة لمدة وضع يده عليه كذلك توجب ضمان الريع، وعلم من هذا أنه إذا ضمن الريع بامتناعه من إقباض أصله تعدياً فبالأولى إذا امتنع من إقباض نفس الريع.

وأرش القن يأتي في الديات ففي يده نصف قيمته لا ما نقص منها، وأرش غيره ما نقص من قيمته وبين أن يفسخ فيغرم البائع الأجنبي، ومحل الخيار في غير ربوي وفي أجنبي أهل للالتزام، ولم يكن إتلافه بحق وإلا كأن كان حربيا أو أتلفه لنحو صيال، وكذا ردة وزنا وترك صلاة وهو إمام أو نائبه أخذا مما يأتي انفسخ البيع كالأفة وتعيبه بنفسه أو بفعل بائع يخير به المشتري بلا أرش، فإن كان بفعله كقطعه يده كان قابضا لها فإن تلف بغير القطع ضمنها بجزء من الثمن فيقوم صحيحا ثم مقطوعا ويستقر عليه من الثمن مثل تلك النسبة (وإتلافه) أي مشتر أهل لقبض المبيع (لا لدفع) لصياله ولو على غيره (و) لا لأجل (حد) لزمه، والمشتري الإمام أو نائبه (قبض) له وإن جهل لإتلافه ملكه، ومثله شراء سيد من مكاتبه ووارث من مورثه شيئا ثم عجز المكاتب أو مات المورث، أما غير أهل كصبي فإتلافه غير قبض بل عليه البديل ويرد البائع الثمن المعين وقد يتقاصان، وإتلاف وكيله كإتلاف الأجنبي، وأما إتلافه لصياله فغير قبض مطلقا وكذا الحد وغيره كترك صلاة وقطع طريق وزنا محصن بأن زنى كافر حر ثم حارب ثم استرق وهو إمام أو نائبه وإلا فهو قبض لأن ذلك ليس إليه من حيث العموم بل من حيث الملك، نعم قتله له قصاصا كالأفة على ما بحثه ابن الرفعة، ولكون الحق له خالف نحو المرتد (ومغري أعجمي) يعتقد طاعة الأمر (و) مغري (غير مميز) كصبي ومجنون (متلف) فإن كان المغري البائع انفسخ أو المشتري كان قابضا أو أجنبي تخير مشتر، فإن أغراه الثلاثة فالقياس أنه يحصل القبض في الثلث والتخير في الثلث والانفساخ في الثلث وفيه نظر رددته في الأصل.

أما إتلاف المميز بأمر واحد منهم فكإتلاف الأجنبي، وإذن مشتر لبائع أو أجنبي في إتلافه لغو لأن ملكه لم يستقر (وقبل قبض امتنع فيما يضمن بعقد) أي بسبب ما اقتضاه العقد من المقابل من غير نظر لمثل أو قيمة كالعوض المعين من مبيع وثمان وصداق وعوض خلع وصلح دم ومنفعة مستأجر وأجرة معينة ومأخوذ بشفعة (بيع) وإن أذن البائع مثلا وقبض الثمن أو كان تصرفه معه لقوله ﷺ لحكيم بن حزام «لا تبين شيئا حتى تقبضه» نعم إن باعه منه بعين الثمن أو مثله إن تلف أو كان في الذمة صح وكان إقالة بلفظ البيع كما مر، ورهنه منه بغير الثمن أو به وليس له حق الحبس جائز على النص ورجحه جمع (و) امتنع أيضا فيما ذكر قبل قبض (تصرف) ككتابة وهبة وصدقة وإجارة وإقراض وجعله عوضا في

نحو سلم و صلح و نكاح و خلع قياسا على البيع لضعف الملك، ويمتنع التصرف أيضا في نحو ثوب استأجر آخر لنحو صبغه قبل العمل فيه وبعده قبل أداء الأجرة وإن لم يسلمه له لما يأتي قبيل الحجر، بخلاف نحو رعي غنمه المعين شهرا لأنه محض منفعة لا تشبه الأعيان (لا إجارة) لما اكتراه (من مؤجر) فلا يمتنع قبل القبض لأن المعقود عليه المنافع وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها عدم قبضها (و) لا (عتق) ولو معلقا كتدبير، نعم يمتنع عتقه بمال وعن كفارة الغير (و) لا (إيلاد) من مشتر أو أصله ولا قسمة وإن قلنا إنها بيع (و) لا (نكاح) ولا وقف على جهة أو معين ولم يشترط قبوله، ولا بيع قن من نفسه وإيضاء فلا يمتنع شيء منها قبل القبض وإن استحق البائع الحبس لقوة هذه المذكورات، ولا يصير قابضا بوصية وتدبير وقسمة وتزويج بل بعثق أو إيلاد ولو من أبيه ووقف، وكذا بإباحته صبرة اشتراها جزافا للفقراء إن قبضوها إذ لا تملك هنا بخلاف الصدقة.

وخرج بما يضمن غيره نحو ودیعة وما بيد ولي بعد الرشد وموروث يملك الهالك بيعه بأن قبضه قبل موته وإن لم يقبضه الوارث وما اشتراه من مورثه فمات المورث قبل قبضه ولو مديونا، وبعقد المضمون ضمان يد كالمستام والمفسوخ بالإقالة الباقي بيد المشتري إن رد له الثمن وإلا لم يصح تصرفه لأن له حبسه لاسترداد الثمن، ومقبوض بعقد فاسد وغلة وقف ولو لجمع إن عرف كل قدر حصته والثمن المعين كالمبيع في جميع ما مر فيه، ومر أنه حيث كان في الصفقة نقد فهو الثمن أي وإن ضم إليه عين أخرى كما هو ظاهر وإلا فما دخلت عليه الباء (وجاز بيع دين) مستقر لا كنجم كتابة (غير مئمن) كئمن بذمة وأجرة وصداق و عوض صلح ودين موصى به وزكاة إن انحصر مستحق وواجب بتقدير الحاكم في متعة أو حكومة، ودين قرض لا نفسه لأن المقترض ملك العين وإن جاز للمقرض الرجوع فيها ويلزمه من ملكه لها كذلك ثبوت بدلها في ذمته فلم يقع الاستبدال إلا عن دين القرض دون عينه، ودين إتلاف وبدل خلع ولو مؤجلا وإن لم يتلف بغير دين (من) هو (عليه فقط) لإذنه ﷺ في الاستبدال عن الثمن الدراهم بالدنانير وعكسه إذا تفرقا وليس بينهما شيء أي من عقد الاستبدال لرواية أخرى بذلك، وقيس به ما ذكر بجامع الاستقرار، نعم ما يشترط قبضه في المجلس كربوي بيع بمثله ورأس مال سلم فلا يجوز الاستبدال عنه مطلقا كما صرح به جمع متقدمون لأن قبض المعقود عليه في المجلس الذي هو شرط لم يوجد، ولا يجوز استبدال

مؤجل عن حال ويجوز عكسه وكان صاحب المؤجل عجله .

وخرج بغير مثنى المثنى الذي في الذمة وهو المسلم فيه، والمبيع في الذمة إذا عقد بغير لفظ السلم فلا يصح الاستبدال عنه لأن عينه تقصد بخلاف الثمن، نعم إن استبدل عنه بما يتضمن إقالة جاز وبفقط بيع الدين لغير من هو عليه بعين كأن باع لعمرو مائة له على زيد بمائة معينة فلا يجوز على ما في المنهاج لعدم القدرة على تسليمه، لكن المعتمد ما في الروضة من صحته لاستقراره، وعليه فيشترط قبض البدل والدين في المجلس إن اتفقا في علة الربا وإلا اشترط التعيين فقط، واشترط في المطلب أيضا كون المديون مليا مقرا والدين حالا مستقرا وإلا بطل قطعا .

أما بيعه بدين فباطل قطعا مطلقا لنهيهِ ﷺ عنه، وإنما يصح بيع دين غير مثنى من هو عليه (إن عين عوضه في المجلس) أي مجلس الاستبدال وإن لم يتفقا في علة الربا ليخرج عن بيع الدين بالدين، ولا يشترط التعيين في العقد كما لو تصارفا في الذمة، ثم إن اتفقت علتها اشترط (مع) المتعين في المجلس وجود (قبض) ذلك المعين فيه سواء اجتمعا في جنس (ربوي) كدينار عن دينار أم لا كدرهم عن دينار وعكسه للخبر وحذرا من الربا، بخلاف نحو ثوب عن دينار لا يشترط سوى التعيين، وإطلاق الشيخين اشتراط القبض فيه محمول على متفقين في علة الربا (ولا يبدل نوع أسلم فيه) أو مبيع في الذمة عقد بغير لفظ السلم (بنوع) آخر ولو من جنسه كحنطة سمراء عن بيضاء ومعقلي عن برني لعموم الأخبار ولأن المبيع مع تعيينه ولا يجوز بيعه قبل قبضه فمع كونه في الذمة أولى، نعم يجوز إبداله بنوعه الأجود وكذا الأردأ بالتراضي كما يأتي .

[فصل] في ألفاظ تطلق في البيع

وقد تأثرت بقرائن عرفية أخرجتها عن مدلولها اللغوي بزيادة أو نقص وسميت مطلقة لكونه غير مفصلة لكن لها مدلول شرعي تحمل عليه وهي ما في هذا الفصل أو لاستبعاها غير مسمياتها وهي ما في الفصل الآتي .

فمن الأولى التولية وهي نقل جميع المبيع إلى المولى بمثل الثمن المثلي أو عين المتقوم

[فصل في التولية]

بلفظها أو ما اشتق منه فقول مشتر لعالم بالثمن أو جاهل به ثم علم قبل قبوله (وليتك) هذا (العقد بيع) جديد له (بما) أي بمثل الثمن الذي (اشترى) به المبيع إن كانت التولية في بيع إذ لا تختص به فإذا قبل المخاطب ملك المبيع دون زوائده المنفصلة بمثل الثمن الأول في المثلي جنسا وقدرا وصفة وبعينه في المتقوم وترتبت جميع أحكامه كثبوت الخيارين وامتناع التصرف قبل القبض، لكن العلم بالثمن يكفي عن ذكره لأن خاصيتها البناء عن الثمن الأول ولا تصح في عقد السلم لأنه بيع قبل القبض (و) قول من اشترى شيئا لمن مر في التولية (أشركتك) في هذا العقد أو في بيع هذا (بيع نصف) منه بنصف الثمن وإن لم يقل مناصفة إذ إطلاق الإشراك يحمل على المناصفة فإن قال في نصفه مثلا كان بيعا لربعه ما لم يقل بنصف الثمن لأن جملة المبيع مقابلة بالثمن فنصفه بنصفه، أما أشركتك في هذا فكناية على الأوجه وفي شيء منه باطل للجهل بالمبيع (ولحق) في التولية المتولي (حط) وقع في العقد الأول عن المولي من البائع أو وارثه أو وكيله، وظاهر أن الحط إنما يصح في غير الربوي المعتبر فيه التماثل (ولغت) أي التولية إذا وقعت (بعد حط الكل) بأن حط عنه كل الثمن قبلها ولو بعد لزوم أو بعدها وقبل لزومها لأنها حينئذ بيع بلا ثمن بخلافه بعد لزومها وكالحط الإبراء وإرث المولي الثمن أو بعضه فيأتي فيهما هذا التفصيل، والحط يأتي في الإشراك بل وفي المراجعة والمحاطة فلو أخره عنهما أيضا كان أولى، نعم لا يلحق حط بعد المراجعة (أو) وقعت (والثمن متقوم) كعرض لأنه يشترط فيها كون الثمن مثليا ليأخذ المولي بمثل ما بدل (إلا) إذا وقعت (لمن ملكه) أي المتقوم فإذا اشترى قنأ بثوب مثلا لم يصح تولية العقد فيه إلا لمن ملك ذلك الثوب، نعم إن قال المشتري بالعرض قام عليّ بكذا وقد أوليتك العقد بما قام عليّ وذكر القيمة مع العرض جاز على الأوجه وكذا لو ولت امرأة في صداقها بلفظ القيام أو الرجل في عوض الخلع إن علم مهر المثل على الأوجه، وكذب المولي في الإخبار بالثمن كالكذب الآتي في المراجعة أي من حيث الإثم في كذب تعمده وحط زيادة أخبر بها كذابا لا من حيث الخيار الآتي لأنه خاص بالشراء مراجعة كما يأتي.

ووجهه أن بيع المراجعة مبني على الأمانة لاعتماد المشتري نظر البائع ورضاه لنفسه بما رضيه البائع مع زيادة أو حط، وبهذا يتجه قول القاضي الذي جزم به في الأنوار أنه لو قال

(قوله ولحق حط وقع في العقد) أي سواء كان الحط لكل الثمن بعد التولية ولزوم البيع أو بعضه ولو قبلهما، وحذف هذين مع شمول المتن لهما لعلمهما من قول المتن عقبه ولغت بعد حط الكل.

اشتريته بعشرة وبعته بأحد عشر ولم يقل مرابحة ولا ما يفيدها لم يكن عقد مرابحة حتى لو كذب فلا خيار ولا حط، فلا ينافيه ما يأتي من الحط في غير المرابحة لأنه ثم لم يبين له زيادة وإنما أخبره أنه اشتراه بعشرة فبان بتسعة، وهنا لما أخبره بأصل وزيادة عليه كان موطننا نفسه على تلك الزيادة فلم يحط عنه (و) قول من اشترى شيئاً بعد علمهما بالثمن أو بما قام به إذ هو شرط (بعث)ك هذا بما اشترت أو بثمنه أو برأس المال أو نحوها بيع لكه بما استقر عليه العقد فقط فيعتبر ما حط عنه أو زيد عليه في خيار المجلس أو الشرط أو (بما قام) به (عليّ) أي بمثله بيع لكه (به) أي بالثمن الذي اشترى به (وبمؤن) تزداد للاسترباح كأجرة نحو حارس ورفاء وقصار وكيال فيما إذا اشترى عرضاً بمكيل فإن أجرة الكيل على المشتري وليس منه على الأوجه ما لو تردد في صحة ما اكتاله البائع فاستأجر من يكتاله ثانياً ليرجع بنقص ظهر ودلال للثمن المنادى عليه إلى أن يشتري به المبيع، ومن نحو مخزن وطبيب وثمان دواء إن اشتراه مريضاً وعلف تسمين ومكس، وكل مؤنة تقصد لاسترباح (لا لاستبقاء) أي طلب بقائه كنفقة وكسوة وعلف لغير تسمين وأجرة سائس وفداء جنابة وأجرة طبيب لمرض حدث في يده فلا يزداد على الثمن لوقوعها في مقابلة الفوائد المستوفاة من المبيع (ولا) يدخل أيضاً (أجر فعله) أو فعل مملوكه أو من تبرع له (و) لا أجر (بيته) المملوك له أو المستعار أو المستأجر لسكنائه فاتفق جعل المبيع فيه، وطريقه أن يقول بعثك بكذا وأجرة عملي أو عمل المتبرع عني أو بيتي وهي كذا وربح كذا ولو ضم المؤن وقال وزنت فيها كذا جاز على الأوجه.

ويصح بيع المرابحة والمحاطة بلا كراهة فإذا قال بعثك أو وليتك العقد أو شركتك فيه بما اشترت أو برأس المال أو بما قام عليّ (وبربح ده يازده) الأول بالفارسية عشرة والثاني أحد عشرة أي كل عشرة بربحها درهم أو بربح درهم لكل أو في كل أو على كل عشرة (أو حطه) به كبعتك بما اشترت وحط ده يازده، أو بحط درهم لكل أو في كل أو على كل عشرة كانت بيعاً بالثمن الأول في التولية أو بنصفه مثلاً في الإشارك أو به مع مؤن الاسترباح فيما قام عليّ وفي كل من الصور الثلاث يلزمه ما ذكر فيها (بربح) أي مع ربح (واحد بعد كل عشرة) في الأولى بأقسامها (أو حطه) أي الواحد بعد كل عشرة في الثانية بأقسامها بأن يحط من كل أحد عشر واحد فإذا اشترى بمائة ثم باعه مرابحة كما ذكر فقد باعه بمائة

وعشرة، أو بمائة وعشرة ثم باعه محاطة كما ذكر فقد باعه بمائة فإن اشتراه بمائة فالثمن تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم من مائة، ولو قال بحط درهم من كل عشرة حط العاشر لأن من تقتضي إخراج واحد منها، بخلاف اللام وفي وعلى، أو بربح درهم من كل عشرة صح على الأوجه ثم إن أراد تعليلا فكاللام وإلا فلا ربح، ولو قال اشتريته بعشرة وبعثته بأحد عشر لم يكن مرابحة فلو بان كاذبا فلا خيار ولا حط، والمساومة أولى من المرابحة لأن جمعا أبطلوها (ويخبر) البائع قبل التولية وما بعدها (به) أي بما اشترى به أو بما قام عليه (صدقا) وجوبا (و) يخبر صدقا (بعيب) قديم وأرش أخذه عنه (وتعيب) حادث عنده (وغبن) إن غبن في الشراء (وأجل) وقدره زاد فيه على عادة البلد أم لا على الأوجه لاختلاف الأغراض بجميع ما ذكر (واشترى) لنفسه (من) مال (طفله) يعني محجوره لأن الغالب في مثله الزيادة احترازا من التهمة (و) اشترى بعرض لأنه مشدد فيه أكثر من النقد وبدين مؤجل كالثمن المؤجل (و) بدين (معسر أو) (ماطل) لأنه لا يزداد فيه للتخلص من التقاضي بخلاف اشترى بدين حال على مليء وفي ولو اشترى بمائة ثم باعه ثم اشتراه بأقل أو أكثر أخبر بالآخر فقط، ومواطأة صاحبه لبيعه ثم يشتري منه بأكثر ليخبر به مكروهة وقيل حرام وهو قوي، ولو بان المشتري الأمر تخير (وإلا) يخبر صدقا فيما ذكر بأن كذب أو ترك الإخبار بواحد منها (خير) على الفور فيما يظهر لأنه خيار نقص كالعيب المشتري مرابحة بين الفسخ والإمضاء ولا حط إن أجازته لتقصيره (نعم إن أخبر بزيادة) ولو خطأ كان قال بمائة فبان بتسعين ببينة أو إقراره صح البيع و (حطت) الزيادة مع ربحها إن كان عن المشتري من الثمن في التولية وما بعدها، ولا خيار للبائع لتلبيسه ولا للمشتري لأنه إذا رضي بالأكثر فبالأقل أولى (أو) أخير (بنقص) غلطا كتسعين ثم قال إنما اشتريته بمائة صح البيع أيضا خلافا للحاوي كالرافعي ولا زيادة لكن (خير) هو دون المشتري فورا نظير ما مر بين الفسخ والإمضاء (إن صدق) المشتري في دعواه الغلط، وفي نسخة معتمدة بناءه للمفعول أي صدقه مشتري أو وارثه (أو) كذبه لكن (بين) هو لغلطه (عذرا) كاعتماده على كتاب مزور على وكيله وأثبت بالبينة أنه اشتراه بمائة فتسمع بينته حينئذ بأن الثمن أزيد للعذر (وإلا) يصدق المشتري ولم يبين لغلطه عذرا أو بينه ولم يثبته (حلفه) أي البائع المشتري أنه لا يعلم صدقه (إن ادعى) عليه (علمه) به لأنه قد يقر، ولا

تقبل بينة البائع لأنه مكذب لها بقوله الأول فإن نكل المشتري حلف البائع بتأثم خير المشتري بين الفسخ والإمضاء بما حلف عليه .

وبحث فيه الشيخان بما صرح به جمع أن قضية كون اليمين المردودة كالإقرار أنه كالتصديق فلا تثبت الزيادة ولا خيار للمشتري . قال في الأنوار : وهو الحق (ويحط) بائع قن مثلاً مرابحة وكان قد اشتراه بمائة ثم قطعت يده مثلاً فأخذ الأرش عنها (الأقل من نقص) للقيمة أي ما نسبته للثمن كنسبة نقص القيمة إليها (وأرش يد أخذه) فإذا كانت القيمة مائة والثمن مائة فنقص بقطع اليد ثلثها وأخذ البائع الأرش نصفها حط من الثمن ثلثه لا نصف القيمة لأن وجوب الزائد على قدر النقص لشرف كونه آدمياً لا للنقص، ولو نقص ثلثاً قيمته وأخذ الأرش من الثمن نصفها حطه إذا لم يحصل له أكثر منه هذا كله إن باع بلفظ قام عليّ، نعم إن كان نقص القيمة أكثر من الأرش المقدر حط ما أخذ من الثمن كما علم ثم أخبر قيامه عليه بالباقي وبأنه نقص من قيمته كذا، أما إذا باع بلفظ ما اشتريت فإنه يذكر الثمن والجناية .

[فصل في القسم الثاني من الألفاظ السابقة]

فمنها الأرض وغيرها كما قال (يدخل في بيع أرض وساحة) وعرضة كما في أصله (وبقعة وبستان وقرية ودسكرة) أي القرية أو الأرض المستوية أو القصر حوله بيوت (ما بها من بناء وشجر) ولو يابسا، لكن إن غرس عليه لنحو عنب أو جعل دعامة لنحو جدار قياساً على المثبت كوتد وإلا لم يدخل (وأصل بقل يدوم) إما بأن يؤخذ ثمره مرة بعد أخرى ولو في أقل من سنتين كقطن حجازي ونرجس وبطيخ وقتنا وإن لم يثمر، خلافاً للمصنف لأن العبرة في ذلك بما من شأنه أن يجز مرارا ككراث وقصب فارسي وهندبا وكرفس ونعناع والسلق المعروف وفيه نوع لا يجز إلا مرة، وذكر المصنف في الذرة بتهامة أنها وإن جرت مراراً لا تدخل وعلله بأن مدته لا تزيد مع تكرر جزاته على مدة ما يجز مرة، وفيه نظر حكماً وتعليلاً وكلامهم يباه فالوجه اعتبار تكرر الجز لا الموالاة وأن ما قاله إنما يتأتى على نقله عقبه

(قوله لا تقبل بينة البائع) أي الشاهدة أنه باع بمائة لأنه مكذب لها بقوله الأول أنه اشترى

بتسعين، وكذلك لا يقبل قوله بيمينه لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي .

(قوله ولا خيار للمشتري) أي بل الخيار للبائع بين الفسخ والإمضاء اهـ .

عن الشيخ أبي حامد أن ما يجز مراراً ولا يبقى أكثر من سنة كالزرع الذي يجز مرة (وبذره) أي ما يدوم كنوى تمر وبزر نعناع وكرات لأن ذلك كله لكونه وضع في الأرض للدوام والثبات من أجزاء مسماها عرفاً فتبعها كما في الشفعة، هذا كله إن أطلق أو قال بما فيها مثلاً لكن قطعاً في الثاني فإن قال دون ما بها مثلاً لم يدخل قطعاً، وكالبيع فيما ذكر سائر الأعواض كوقف وهبة وصدقة ووصية وصداق وعوض خلع وأجرة لا رهن وعارية وإقرار لأن تلك لنقلها الملك تقوى على الاستتباع بخلاف هذه، ويؤخذ منه أن التوكيل بالبيع لا يتناول ذلك كالرهن.

وخرج بالشجرة والأصل الثمرة والجزء الظاهرتان عند البيع فإنهما للبائع فيشترط عليه قطع الجزء وإن لم يبلغ أو ان الجز لثلاً يزيد فيشتبه المبيع بغيره قاله الشيخان وفيه كلام بسطته في الأصل (ثم) إنما يدخل عند الإطلاق ما يقصد للاستدامة كما مر (لا) ما يؤخذ فائدته دفعة وذلك (نحو زرع) الأولى لا نحو بر فإن ما بعده زرع (و) لا نحو (جزر) وفجل وقطن خراساني وثوم (وبذره) أي ما ذكر ما لا يدوم فلا يدخل وإن قال بحقوقها لأنه يشبه منقول الدار وعلى المشتري إبقاء ذلك حيث علم به أو جهل وأجاز العقد كما يأتي، ومر أنه لا يصح بيع أرض مع بذر أو زرع لا يفرد ببيع للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع، نعم إن دخل فيها عند الإطلاق بأن كان دائم النبات صح البيع في الكل وكان ذكره تأكيداً سواء البذر والزرع (وخير) في الفسخ مشتق (جاهل) بما في الأرض ما لا يدخل في بيعها بأن رآها قبله أو لم يسترها^(١) لتأخر انتفاعه (لا إن ترك له) أي للمشتري ما في الأرض (أو فرغ) أي المبيع منه بالبناء للمفعول وهو أحسن ليشمل ترك وإرث البائع أيضاً أو للفاعل (بزم) أي في زمن (قصير) لا يقابل بأجرة عادة ولم يضر قلعه بالأرض فلا خيار له بل يلزمه القبول في الأولى لأنها في ضمن عقد ولعدم الضرر في الثانية بخلاف ما إذا طال زمن التفريغ أو ضر بالأرض، أما العالم بما فيها حين البيع فلا يخير لتقصيره (و) من تخير (إن) أجاز لزمه تبقية لزرع إلى أول إمكان جذاذه دون نهايته فإذا امتثل (و) (بقي) المبيع إلى ما ذكر

(١) قوله (أو لم يسترها) أي بأن تأتي علمه بالأرض بنحو رؤيتها من خلال الزرع، ومعنى جهله حينئذ به جهل خروجه عن ملكه بأن ظن أنه ملكه لقريظة قوية فبان خلافه أو ظن حصاده حال العقد ثم تبين بقاؤه اه تحفة بمعناه.

(فلا أجرة) له لمدة بقاءه لرضاه وعدم تقصير البائع لأنه زرع ملك نفسه، وعلى البائع بعد القلع تسوية حفر الأرض الحاصلة به بالمعنى الآتي وقطع عروق مضره بها كالذرة والقطن ويدخل في بيع الأرض حجارة مثبتة بها مخلوقة كانت أو مبنية لا مدفونة بلا بناء (و) من ثم كان (على بائع نقل) نحو (حجر) وخشب وكنز (دفن) بأرض مبيعة إن طلبه مشتر وإن لم يضر بقاءه فيها وسمح له بها، وفارق الزرع بأن له أمدا ينتظر للبائع تفريغ بغير رضاه (و) عليه إذا نقلها (طم حفر) حدثت بها بسبب القلع وإن علم (١) مشتر لئلا يتضرر بها والمراد بالطم أن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة مكانه وإن لم يستو ويجب الطم والنقل بطلب مشتر وإن علم بالدفن كما تقرر (وكذا) يلزمه (أجرة) مثل (مدة نقل) وقع (بعد قبض) وهو مما يقابل بأجرة (إن جهل) كون الأحجار بها لتفويت البائع منفعة تلك المدة عليه، بخلاف ما إذا وقع قبل القبض لما مر أن جناية البائع حينئذ كالآفة .

وبحث البلقيني أن البائع لو باع الأحجار لآخر بطريقه لم يحل المشتري محل البائع بل تلزمه الأجرة مطلقا لأنه أجنبي عن البيع، أما إذا علم وجودها فلا أجرة له مطلقا ولا أورش كما لو اشترى دارا بها أقمشة يعلمها، وإذا ظهر بأرش نحو حجارة مدفونة ولم يعلمها مشتر (فيتخير إن تضرر بنقلها) بأن نقص قيمتها أو مضت مدة لمثلها أجرة فإن أجاز فله الأجرة والأرش إن كان النقل بعد القبض لما مر، وإلا فسخ إن شاء، وإن قال له البائع أنا أغرمهما لك للمنة (لا إن تركت) أي تركها بائع لمشتري (و) الحال أنها (لم تضر) المشتري ببقائها فيسقط خياره حينئذ إبقاء للعقد وإن كان فيه منة ولحصولها بما يشبه جزء المبيع لاتصاله به فارتقت ما قبلها وهذا الترك إعراض لا تملك فإذا قلعت كانت للبائع، ويظهر في ترك الزرع أنه تملك لأنه تابع لا يفرد بعقد وعينه زائلة غير باقية بخلاف نحو الحجارة فيهما .

وخرج بلم يعلمها الاستفادة من كلامه ما لو علمها فلا يخير وإن ضر قلعتها إلا إن جهل ضرره أو ضرر تركها وكان لا يزول بالقلع أو لمدته أجرة، وبأن تضرر ما إذا لم يتضرر بالنقل وإن جهل فلا يخير أيضا، ويلم يضر ما إذا ضر تركها، والصورة أن قلعتها مضر

(١) (قوله وإن علم) أي بالأحجار، وقوله (لكن إن جهل إلخ) يفرق بينه وبين معكوسه بأن الأصل عدم ترك البائع لها، فالقلع يغلب على الظن وجوده فإذا جهل ضرره كان معذورا، بخلاف ما إذا علم ضرره وأقدم عليه مع ظن وجوده فإنه وطن نفسه على الرضى به اهـ إمداد .

فيتخير مشتر وإن علم لكن إن جهل ضرر قلعهما دون ضرر تركها لا عكسه على الأوجه، ومن الألفاظ الدابة والدار والشجر (و) يدخل (في بيع دابة) عند الإطلاق (نعل) وبرة (غير فضة) أو ذهب بالأولى إذا كان مستمرا لاتصاله بها، بخلاف نحو عذار ومقود أما الذي من نقد كله أو بعضه فلا يدخل للعرف (لا) في بيع (قن) ذكر أو غيره حلقة بإذنه أو خاتم أو نعل وكذا (ثوب) عليه خلافا للحاوي كالمحرر وإن كان ساتر عورته اقتصارا على مورد اللفظ (و) يدخل (في) بيع (دار) عند الإطلاق (أرض) مملوكة للبياع بجملتها حتى تخومها إلى الأرض السابعة لا محتكرة للبناء أو موقوفة، وحينئذ يتجه حمل الإطلاق على البناء فقط فلا يتأتى فيه تفريق الصفقة، نعم يخير الجاهل كما هو واضح (وبناء) فيها بأنواعه حتى حمام من خشب أثبت فيها وساباط إن كانت جذوعه من الطرفين على حائطها (وشجر) مغروس فيها وإن كثر (وما أثبت) فيها (لبقاء) سواء أكان لا من تمتتها (كرحى) يعني أسفل حجر بها (بفوقاني) أي معه تبعا للأسفل وكخابية ورف ووتد وسلم مثبتة وقدر حمام ونحو خشب قصار ومعدن باطن كنقد وحريمها وما غرس فيه، لكن إن كان بطريق لا ينفذ أو من تمتتها كسقف وأبواب منصوبة (وغلق) مثبت عليها (بمفتاح) له أي معه وما فيها من حلق وسلاسل وكل منفصل يتوقف عليه نفع متصل كصندوق البئر وألواح الدكاكين، بخلاف ما ليس كذلك كبكرة ومفتاح غلق منقول كقفله وماء صهريج ومعدن ظاهر كنورة، بل لا يصح البيع إلا بشرط دخول الموجود منه حال البيع نظير ما مر آخر الربا في ماء البئر (و) يدخل في بيع (شجر) بلا أرض عند الإطلاق (عرق) ولو يابس إن لم يشترط قطع الشجر بأن شرط إبقائه أو أطلق لوجوب بقاء الشجر حينئذ، لكن رطبه وكذا يابسه لنحو وضع جذع عليه على الأوجه وإلا لزم المشتري قلعه عند الإطلاق للعادة فإن شرط قلعه أو قطعه عمل به أو إبقاؤه بطل البيع.

فالحاصل أن بيع اليابس يدخل فيه غصنه وورقه مطلقا وعروقه إن أطلق أو شرط القلع وأن المشتري لا ينتفع بمغرسه (وغصن رطب) لا يابس، والشجر رطب لأن العادة قطعه، وشجر الخلاف نوعان ما يقطع من أصله فيدخل أغصانه وما تؤخذ أغصانه فقط فلا تدخل

(بورق) رطب أيضاً خلافاً لما يوهمه صنيعه تبعاً للأسنوي حتى ورق سدر وآس وتوت وإن قصد لتربية الدود لأن لها ثمرة هي المقصودة بالذات، ومن ثم اتجه أن ورق حناء لا ثمرة له لا يدخل كورق النيلة، بخلاف عرجون ووعاء طلع (لا ثمر) وهو ما يقصد من المبيع ولو مشموماً فلا يدخل بل هو للبائع إن (ظهر) كطلع نحل إن تشقق وثمر نحو عنب ببروز وكمام ورد بتفتح ونحو رمان بتناثر بعد انعقاد ونحو ياسمين بظهور وجوز بانعقاد فإن شرط فيما ظهر أنه لمشتر وفيما لم يظهر أنه لبائع عمل به لحديث بذلك، والظهور وما بعده ولو بشجرة واحدة كاف إن اتحد بستان وعقد وجنس (و) لا مغرس بكسر الراء وهو محل غرس الشجر فلا يتبعه في بيعه ولا في استثنائه من الأرض المبيعة لأن اسم الشجر لا يتناوله (وبقيا) أي الثمر اعتيد قطعه قبل النضح فإلى وقت عاداته أو انقطع السقي وعظم ضرر الشجرة به أو أصابه آفة ولم يبق في تركه فائدة على الأوجه، والمشتري بتبقيته الثاني ما دام حياً وإن بذل له أرش القلع تحكيماً للعادة فإن انقلع فله غرسه إن نفع لا بدله، والمراد بالمغرس ما سامت الشجرة مع ما امتدت إليه عروقها وما يستحق البائع منفعته بنحو إجارة كالمملوك له إن جهل مشتر وإلا لم يستحق في صورة الإجارة الإبقاء بقية المدة إلا إن أعطى البائع أجرة مثل باقيها على الأوجه، بخلاف نحو الموصى له بمنفعته مدة معينة لأنه لم يزن فيه شيئاً (وبطل بيع بقل) وورق نحو فجل وبصل وجزر بلا أرض من غير شرط قطع أو قلع في الكل أو قلع في البقل وإن كان يجز مرارا كالثمر قبل بدو صلاحه ومن ثم لو بيع مع الأرض جاز بلا شرطه كالثمر مع الشجر بل لا يجوز شرطه لما يأتي وكذا لو بدا صلاحه على الأوجه كالثمر (و) بطل بيع أصل (نحو بطيخ) وباذنجان (لم يثمر) بلا أرض من غير شرط ما مر كالزرع الأخضر أما إذا أثمر بأن بدا صلاح شيء منه جاز بيعه بلا شرط ما لم يغلب اختلاطه كما يأتي ولو باع نحو البطيخ أو البقل مع أصوله لم يحتج لشرط كما لو باع أصوله وإن لم تثمر مع الأرض.

[تنبيه] علم من قوله هنا لم يثمر وفيما يأتي لبطيخ أن المراد به العرق الممتد على وجه الأرض وبأصوله ما استتر في الأرض منه ثم رأيت القاموس قال: البطيخ من اليقطين إلا الذي لا يعلو ولكن يذهب على وجه الأرض واحده بهاء وهو الخربز انتهى، وفيه أيضاً الخربز بالكسر البطيخ، وبأمله يعلم أن كلا من البطيخ والخربز يطلق حقيقة على العرق والثمرة

فمن الأول ما هنا ومن الثاني حلف لا يأكل بطيخا (و) بطل بيع (زرع ما اشتد حبه بلا أرض لا بشرط قطع) أو قلع فيما يقلع كالشمر قبل بدو صلاحه، ولا بد في شرط القطع هنا وفيما يأتي أن يكون منجزا أما إذا اشتد حبه بأن تهيأ لما هو المقصود منه أو سنبله منه على الأوجه فلا يشترط شيء كثمر بعد بدو صلاحه، والزرع وما قبله في اشتراط القطع (كثمر) بيع (دون أصل) له (قبل بدو صلاح) فإنه لا يجوز حيث لم يكن أصله مقطوعا ولا جافا إلا بشرط القطع منجزا وإن بيع من مالك الشجرة لعموم نهيه ﷺ عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وإنما جاز بالشرط المذكور للإجماع، ولا يلزم مالك الأصل الوفاء بالشرط ولا غيره إن رضي بائه، أما إذا بيع مع أصله فلا يجب بل لا يجوز بشرط القطع لما فيه من الحجر على المشتري مع كونه تابعا، وبه فارق بيعه من مالك الشجرة إذ لا تبعية ثم، ومن ثم لو فصل الثمن هنا وجب شرط القطع لانتفاء التبعية.

ومعلوم مما مر أن الكلام في منتفع به أي فيه منفعة مقصودة لغرض صحيح لا ككثري وسفرجل وجوز قبل وصوله لحالة ينتفع به، ويجب شرطه في بيع ثمر وحده قبل بدو صلاحه (ولو) كان الثمر (لبطيخ) ونحوه كبادنجان وعنب وورق توت وإن اعتيد قطعه قبل بدو صلاحه إذ لا يعني اعتياد القطع عن شرطه أو بيع من مالك أصله لما مر، وفارق ما قبل الصلاح ما بعده بأمن العاهة غالبا في الثاني دون الأول (أو) بيع ثمن نحو النخل أو البطيخ أو التين أو القناء أو البادنجان (بعده) أي بعد بدو صلاح شيء منه (و) لكن إن (غلب اختلاطه) أي اختلاط حادثه بالموجود لأن بيعه حينئذ بلا شرط قطع يفضي إلى تعذر إمضاء العقد بخلاف ما إذا لم يغلب ذلك بأن ندر أو استويا أو جهل حاله فيجوز بيعه لا مع ما يحدث مع الإطلاق وبشرط إبقاء أو قطع.

وعلم ما مر أنه لا يصح بيع نحو بر في سنبله معه أو دونه وجزر في أرضه مع ورقه أو دونه لأن المستتر هو المقصود وفول في قشره الأعلى، بخلاف نحو عنب بشجره وشعير أو ذرة بسنبله وكتان بدا صلاحه إذ ما يغزل منه ظاهر، والسادس في باطنه كمستور بما لا يزال إلا عند أكله كرمان وعلس وأرز في سنبله (و) إذا وقع اختلاط قبل القطع فيما يغلب اختلاطه بعد البيع بشرط القطع لم يفسخ البيع خلافا للحاوي كالوجيز لبقاء عين المبيع

وإمكان إمضاء العقد بل في هذا وفيما إذا لم يغلب اختلاط إذا وقع الاختلاط قبل التخلية (خير مشتري ثمر) دون أصله وقد (اختلط) حادثه بالموجود بين الفسخ والإمضاء لأن ذلك أعظم ضرراً من إباق العبد (لا إن سمح بائع) له بالحادث هبة أو إعراضاً فلا يخير لزوال المخذور ويملكها بالإعراض إذ لا سبيل هنا لتمييز حقه، بخلاف النعل لتوقع عودها كما مر.

والمنقول المعتمد خلاف ما اقتضته عبارته كأصل الروضة أنه ليس للمشتري المبادرة بالفسخ إلا بعد مشاورة البائع وأن له الفسخ من غير حاكم لأنه عيب ومن ثم كان الخيار فوراً على الأوجه، أما إذا وقع الاختلاط بعد التخلية فلا يخير بل إن لم يتفقا على شيء صدق ذو اليد وهو المشتري بيمينه في قدر حق البائع، ويجري ما ذكر في اختلاط مثلي به لا متقوم بمثله لانفساخ البيع (والصلاح والتأبير والتناثر لا الظهور في بعض ككل) فيستتبع ما بدا صلاحه بأن صار إلى صفة يطلب فيها غالباً بأن ينقلب لون الثمرة أو يتموه ويلين ويجني مثل نحو القثاء غالباً ويشتد الحب ويتناهى ورق التوت ما لم يبد صلاحه حتى يصح بيع الجميع بلا شرط قطع، وما تأبر ولو في نخلة واحدة وإن كانت ذكراً بأن تشقق طلوعها وذو فيه طلع الذكر لتكون ثمرتها أجود ما لم يتأبر، وما تنأثر من النور بعد الانعقاد ما لم يتناثر بخلاف الظهور فيما يخرج ثمره بلا نور كتين وعنب فما ظهر منه فلبائع وما لا فلمشتري ومحل الاكتفاء بالتبعية في جميع ما ذكر (إن اتحد باغ) أي بستان وكلاهما فارسي (وجنس) وإن اختلف نوع (وعقد) لعسر أفراد كل بحكم حينئذ فإن اختلف شيء منها بأن اشترى في عقد نخل بستانين وإن تلاصقا أو نخلاً وعنباً مثلاً أو في عقدين نخلاً المؤبر منه في عقد وغيره في آخر فلا تبعية لانقطاعها حينئذ، ويستثنى نحو الورد والياسمين فلا يتبع ما ظهر منه ما لم يظهر وإن اتحدا فيما ذكر إذ ما يظهر منه يجنى حالاً فلا يخاف اختلاطه وإذا ملك الثمر الذي لا يغلب اختلاطه بالشراء بعد بدو الصلاح (فيبقى) على الشجر وجوباً ما لم تصبه آفة ولم يبق فائدة في تركه أو يتعذر السقي فيتضرر الشجر ببقائه إلى أول أو ان الجداد عادة لأنه المعتاد فينزل مطلق العقد عليه ثم يكلف قطعه جملة واحدة، نعم إن اعتيد قطعه قبل النضج كلفه (ولكل) من مالك الشجر ومالك الثمرة إذا وجب بقاءها (سقي) إن نفعهما أو لم يضرهما على الأوجه لأن منعه حينئذ سفه أو تعنت، فإن ضرهما لم يسق أحدهما إلا برضى الآخر وليس هنا إضاعة

مال لأن محل حرمتها إن كان سببها فعلا ومسامحته هنا بالترك أشبه على أن هنا غرضا صحيحا هو حرصه على نفع صاحبه وعلى نفع نفسه بإبقاء العقد (فإن تشاحا) في عدد السقي المحتاج إليه روجع عدلان خبيران أو في نفس السقي (لضر) أي لكونه يضر أحدهما وينفع الآخر (فسخ) العقد أي فسخه الحاكم إذ لا مرجح ما لم يسامح أحدهما (فإن ضر تركه) أي السقي (الشجر) الذي باعه وحده لامتناعه رطوبته أو نقصه لحمله في المستقبل نقصا كثيرا أي وهو ما لا يتسامح به عرفا فيما يظهر (سقي بائع) بالماء المعد لذلك الشجر وإن كان للمشتري فيه حق، ويمكن من الدخول للسقي والتعهد إن كان أمينا وإلا نصب الحاكم أمينا وأجرته على البائع (أو قطع ثمره) فللمشتري أن يطالبه بفعل أحد الأمرين لحديث « لا ضرر ولا ضرار » فإن تعذر السقي لانقطاع الماء مثلا أجبر على القطع (وعليه) أي البائع (سقي لثمر مشتر) اشتراه بعد بدو الصلاح واستحق إبقاءه للجداد وكان ما يسقى، بخلاف البعلي قدر ما ينمو به ويسلم من التلف سواء قبل التخلية وبعدها لأنه من تمتة التسليم الواجب عليه فإن شرطه على مشتر بطل العقد، أما إذا باعه قبل بدو الصلاح أو بعده بشرط القطع فلا سقي عليه لانقطاع العلقة بينهما باشتراط القطع (فإن تلف) الثمر ولو بعد التخلية (لعطش) نشأ من ترك السقي الواجب (انفسخ) العقد لأن التلف بالترك بالمذكور مستند لسبب سابق كالقتل بردة سابقة على القبض (أو تعيب به) أي بالعطش لا بسبب آخر (خير) المشتري كالقطع بسرقة سابقة، نعم إن تعذر السقي بأن غارت العين أو انقطع النهر لم يخبر (لا) إن تلف الثمر أو تعيب (بجائحة) من آفة سماوية أو سرقة أو غصب (بعد تخلية) بين المشتري وبينه فلا انفساخ ولا خيار لأنه حينئذ من ضمان المشتري، بخلاف تلفها بذلك قبل التخلية فإنها من ضمان البائع وعليه حمل الأمر في خبر مسلم بوضع الجوائح أو هو محمول على الندب.

[فصل: في معاملة الرقيق العبد والأمة وتصرفه]

منه ما لا ينفذ بالإذن كالولاية والشهادة وما ينفذ بلا إذن كالعبادة والطلاق وما لا ينفذ إلا بإذن كما قال (لرقيق) يصح تصرفه لنفسه لو كان حرا بأن يكون مكلفا رشيدا

[فصل في تصرف الرقيق]

(قوله لرقيق) إن قلت: اللام تقتضي الجواز أي يجوز لرقيق إلخ وهو مناف لما يأتي أن تصرفه

حتى في نحو شرائه نفسه على الأوجه (ولو أبق) ما لم يقيد الإذن بغير المحل الذي أبق إليه (تجارة) بنحو بيع أو إجارة وغيرهما (ولازمها) عادة كنشر وطى ومخاصمة في عهدة ورد بعيب دون اقتراضه وتوكيله أجنبيا (بإذن) من السيد له في التجارة أو من ولي السيد المحجور إن كان القن ثقة مأمونا وإن رد فيما يظهر لأن ذلك استخدام له لا توكيل، ويكفي إذن أحد سيدين في نوبته إذا كان بينهما مهياة ولو قدم بإذن له ولازمها لكان أذرع لإيهام توقفه عليه وليس كذلك بل إذنه فيها كاف فيه (لا) مع (سكوت) من السيد على تصرفه كما في نكاحه نعم إن باع المأذون مع ماله لم يشترط تجديد إذن من المشتري ويجوز أن يأذن له (ولو في نوع ومدة ومكان) إن (رسمها) أي عين كلا منها كالثياب وشهر كذا ومحل كذا فلا يتصرف في غيره وإن انحصرت المصلحة فيه كالوكيل فإن لم ينص له على شيء تصرف في كل الأنواع والأزمنة والبلدان، نعم لا يسافر بمال التجارة إلا بإذن وإنما يتجر بالإذن فيما أذن له فيه من مال السيد (لا في كسب) اكتسبه بنحو احتطاب واتهاب لأنه لم

بإذن سيده استخدام لا توكيل وخدمة السيد واجبة لا جائزة فحسب؟ قلت: يجاب عن ذلك بجوابين:

أحدهما: أن الجواز هنا بعد الامتناع والغالب فيما جاز بعد امتناعه أنه واجب. ثانيهما: أنا لا نسلم أنه يجب على الرقيق امتثال الإذن بمجرد وإنما شرطه أن يأمره مع الإذن أمراً جازماً، وأما مجرد إذنه له أو مع أمره غير الجازم فلا يجب به إخدام فعبر باللام لإفادة أن التصرف مع الإذن وحده أو مع الأمر غير الجازم جائز لا واجب.

(قوله نعم لا يسافر بمال التجارة إلا بالإذن) يأتي في الوديعة عند قولهم لا يسافر بها تفصيل بين أن يودعه في الحضر أو السفر فهل يأتي مثله هنا أو يفرق بأن الوديعة ثم له يد وتصرف في الوديعة وإن لم ينص له المودع عليه حيث لم يكن فيه تصريح بمخالفته عادة فكان تصرفه أوسع من تصرف القن المأذون له هنا لأنه يلزمه الاقتصار على ما رسمه له السيد فلا يجوز له أن يتعداه ولو إلى الأصلاح. وإذا تقرر أن تصرفه أوسع كان للقرينة فيه دخل بالتخصيص والتعميم فحكموا القرينة ثم وقالوا بذلك التفصيل، وأما هنا فأطلقوا أنه لا يسافر به فاقتضى أنه لا فرق بين أن يأذن له وهو في السفر أو الحضر فإذا أذن له وهو في السفر فأقام لم يجز له إنشاء سفر به مطلقاً إلا بإذن جديد، وأيضاً فالمدار في الوديعة على الحرز وحرز السفر دون حرز الحضر وهذا لا يتأتى إلا إن أودعه في الحضر، وأما إذا أودعه في السفر فقد رضي بحرزه الأضعف فأجرى عليه حكم ذلك الرضى، والمدار هنا على التقييد بأمر السيد بكل وجه فلم يجز له مخالفته ولو قامت قرينة على ذلك على أنا لا نسلم أن الإذن له في السفر قرينة على جواز سفر ثان بعد أن أقام به إذ لا دليل على ذلك بخلافه ثم لما تقرر أن

يحصل بالتجارة المأذون فيها (ولا) يتصرف (مع سيده) أو مأذون له آخر ببيع أو غيره لاتحاد المالك بخلاف المكاتب (ولا يتصرف) ببيع نسيئة، نعم له الشراء بها كالعرض ولا بدون ثمن المثل ولا يتوكله عن غيره ولو يجعل إلا في قبول نكاح إذ لا عهدة فيه تتعلق به ولا باتخاذ دعوة وإن اعتيدت ولا (في نفسه) رقة ومنفعة بنحو بيع وإجارة ورهن ونكاح أو إنكاح وإنفاق على نفسه من مال التجارة وإن اعتيد لأن اسم التجارة لا يتناول شيئاً من ذلك، نعم له إيجار نفسه بغير إذن إذا تعلق حق ثالث بكسبه كنكاح أو ضمان بالإذن والقياس أنه يراجع الحاكم في غيبة سيده ليأذن له في الإنفاق على نفسه فإن تعذر جاز له الاستقلال بالإنفاق للضرورة (ويأذن) جواز القن المأذون له في التجارة (لعبدته) المضاف إليه لاشترائه له ونفوذ تصرفه فيه (في) تصرف (معين) لأن في منعه منه تضييقاً عليه إذ لا غنى به عنه. وخرج بعبدته الأجنبي وبالمعين المطلق كما قال (لا) إذنه لعبد التجارة (فيها) على الإطلاق فلا يجوز لأن إذن السيد أولاً لم يتناوله (إلا بإذن) من السيد له في ذلك فيجوز وينعزل الثاني بعزل السيد له لا أحدهما بعزل الآخر، ولإنسان معاملة من لم يعلم رقه لا من علمه إلا إن ظن إذنا معتبراً له لأن الأصل بقاء الحجر (ويكفي علم) أو ظن (بالإذن) بسماعه من السيد أو بينة أي إخبار عدلين، بل الأوجه الاكتفاء بعدل واحد ولو عدل رواية

الإحراز المختلف قرينة ظاهرة على التفصيل.

[تنبيه] ذكروا في الوكيل أنه لو أمره موكله بالسفر بماله إلى بلده وسكت لم يجز له الرجوع إليه بل يجعله عند حاكم البلد فأمين أي بتفصيل الوديع إذا أراد سفرًا فهل القن كذلك أو يفرق بأن أمره استخدام له وهو أقوى من مجرد إنابة الوكيل فلم يلزم من جريان ذلك في الوكيل جريانه في العبد؟ كل محتمل، ولعل الثاني أقرب.

(قوله ولا يتصرف) إنما لم يقل ولا في نفسه عطفًا على ما قبله لأن ذلك في خصوص التجارة ولازمها.

وأما في نفسه فهو ممنوع عن التصرف فيها بالتجارة وغيرها كالرهن والنكاح والإنفاق على نفسه، ولو عطفه على ما قبله اقتضى أنه لا يمتنع أن يتصرف في نفسه إلا بالتجارة ولازمها، وليس الأمر كذلك لما علمت من هذه المثل.

(قوله ولو عدل رواية لحصول الظن به) قضيته أنه لو كان فاسقًا وقع في قلبه صدقه اكتفى به لحصول الظن به هنا أيضاً، ومرّ في وجوب أو جواز الصوم بأخبار من وقع في قلبه صدقه ما يؤيد ذلك.

فإن قلت: يفرق بأن ذلك حق الله وما هنا حق العبد فإنه يستبيح بهذا الإخبار أخذ مال الغير

لحصول الظن به (كأن شاع) بين الناس أنه مأذون له لا قوله وإن كان ثقة ووقع في القلب صدقه لأنه يثبت لنفسه ولاية (و) يكفي (في حجر) على المأذون والوكيل (قوله) حجر عليّ سيدي أو موكلي فلا يجوز حينئذ معاملته (وإن) ظن كذبه فيما يظهر أو (جحد) سيده أو موكله الحجر عليه لبطلان العقد بزعم العاقد فلا يعامل بقول غيره، وتكذيبهما له لا يستلزم الإذن كلا أمنعك من التصرف لأن عدم المنع أعم من الإذن، نعم الأوجه أنه لو قال كنت أذنت له وأنا باق عومل وإن أنكر (وحصل) الحجر عليه في مال السيد وإن كان إذنه له بنحو وكتلك (بعثق وبيع) وهبة ووقف وكتابة وإجارة لأن إذنه استخدام لا توكيل، وما ذكر يقطع سلطنة الاستخدام بخلاف الاستيلاء ومن ثم لم ينزل بعزله نفسه (ولمن عامله) بعد أن ظن الإذن (أن لا يسلم) إليه العوض (حتى يثبت) أي يقيم البينة (بإذنه) أي السيد له عند الحاكم أو يحكم له بعلمه أو يقر له السيد به خوفاً من جحوده للإذن وكذا لمن عليه حق أن يمتنع من تسليمه لو كليل صاحبه وإن صدقه على الوكالة حتى يثبتها، ويصح أن يأذن له في التجارة في الذمة وإن لم يعطه مالا ولا عين له نوعاً (و) حينئذ (يتعلق دينها) أي التجارة بأن لزمه بعقدها الصحيح (بكسبه) وإن ندر (قبل حجر) عليه كما تتعلق به مؤن النكاح، بخلاف كسبه بعد الحجر لانقطاع حكم التجارة به (و) يتعلق بمال (تجارته) الحاصلة قبل الحجر عليه أيضاً خلاف ما يوهمه صنيعه أصلاً وربحاً (وذمته)

والتصرف فيه بمعاملة القن الذي أخبره من وقع في قلبه صدقه بأن سيده أذن له .

قلت : لا نظر لذلك فقد رأيناهم جوزوا التصرف في الأموال بالظنون، ألا ترى أن من اشتبه ماله بمال غيره جاز له الاجتهاد وأخذه ما ظنه له، وله التصرف فيه ولو بالوطة إن اجتهد ما لا ظنه من أول وهلة، وإن من جاءك لهدية وهو مميز لم يجرب عليه الكذب وقال لك هذه الأمة أهداها لك فلان يجوز لك وإن لم يقع في قلبك صدقه اكتفاء بقريئة كونه لم يجرب عليه كذب أن يتصرف فيها بالوطة وغيره مع أنه ليس هنا إلا مجرد ظن في غاية الضعف فمن وقع في القلب صدقه في خبره بقريئة أكدت ذلك عنده أولى بأن يعتمد خبره وإن كان فيه حق آدمي .

(قوله بكسبه ومال تجارته وذمته) ينافيه صنيعه في قوله في النكاح والضمان وإلا فبذمته مع أنني في الشرح أشرت إلى أن المواضع الثلاثة على حد سواء، وهو أن كلا من دين النكاح والضمان والتجارة على حد سواء في أنه لا يتعلق واحد منها بالذمة إلا إذا فضل عن الكسب، ومال التجارة شيء من الدين وحينئذ فهل عن المتن جواب في هذا الصنيع الموهوم جداً ؟ ويجاب بأن الذي حسن له هذا الصنيع أن قوله بلا رجوع لا يتصور تعلقه إلا بتعلقه بالذمة في مال السيد لأن التصرف يقع للسيد ظاهراً وباطناً فكان القياس إنما تعلق بذمة العبد لكونه مباشراً، وأحكام العقد تتعلق به وغرمه

أي ويتعلق بذمته أيضاً حيث لم يف الكسب ومال التجارة بالدين لأنه حق لزمه برضى من له الحق فيتبع به إذا عتق ويغرمه (بلا رجوع) به على السيد لأنه أداء بعد العتق لما استحق في الرق فكان كالأداء قبل العتق وأيضاً فهو ليس ثابتاً في ذمة سيده، وبهما فارق عامل القراض أو الوكيل فإن لرب الدين مطالبتهما ولو بعد عزلهما ويرجعان بما غرماه على رب المال، ويصح تصرفه فيما بيد مديون لكن بإذنه مع غرمائه وحينئذ يتعلقون بذمته نظير ما مر (لا رقبته) وأرش جناية عليه ومهر مأذونة وولدها للزومه برضى مستحقه كاقتراضه بغير إذن سيده و (لا ذمة سيده) خلافاً للحاوي وإن أعتقه أو باعه، ولا ينافيه قولهم لو استحق ما باعه مأذون وقد تلف هو أو ثمنه بيد العبد طوالب به السيد كالعبد وإن كان معه وفاء لأنه لا يلزم من المطالبة بشيء ثبوته في الذمة كما يطالب قريب بنفقة قريبه وموسر بنفقة مضطر، بل المراد أنه يطالب ليؤدى ما في يد العبد لا من غيره فإن لم يكن بيده مال ففائدة مطالبته احتمال أدائه عنه لأن له به علقة في الجملة، ويطالب كل أيضاً بئمن مبيع إن صح البيع وإلا تعلق الثمن بذمة العبد فقط (و) يتعلق (إتلافه) ولو بإذن السيد: أي بدل إتلاف المأذون وغيره مالا لغير سيده (و) لو كان المتلف (وديعة) وإن أذن فيها السيد خلافاً للحاوي ومن تبعه كما بينته في الأصل (برقبته) فقط كجنائته (و) تتعلق (مؤن النكاح) المأذون له في من نحو مهر ونفقة بذمة المأذون له في التجارة وغيره وبكسبه الحاصل بعد وجوب دفعهما وإن ندر كالوصية لأنها من لوازم النكاح، وكسب العبد أقرب شيء يصرف إليهما، ووجوب الدفع في مهر مفوضة بوطء أو فرض صحيح وفي مهر غيرها الحال بالنكاح والمؤجل بالحلول، وفي غير المهر بالتمكين لا النكاح خلافاً لمن زعمه، وبمال المأذون له فيها ربحاً وأصلاً وإن حصل قبل وجوب الدفع لأن ذلك لزمه بعقد مأذون فيه كدين التجارة فإن لم يكن مكتسباً

يرجع به على السيد لأن النفع له، لكنهم خالفوا ذلك نظراً إلى تقصير العبد بالاستدانة فحينئذ احتاج أولاً أن يبني التعلق بالذمة هنا ويذكر قيده الخاص به، وهو قوله بلا رجوع ولم يبال بإيهام تعلقه بها مطلقاً لأن التفصيل بين أن يفصل وإن لا معلوم مما بعده وهو قوله في تعلق النكاح والضمنان وإلا فبذمته.

وبهذا يعلم أن داعي الاختصار المقصود له لما ألجأه لذلك أعني ذكر بذمته أولاً مع قيده دون التفصيل فيه وذكره ثانياً بتفصيله المفيد أن هذا التفصيل يجري في الأول أيضاً من باب قياس لا فارق أو نكتة ولم يبال بذلك الإيهام للعلم بدفعه من كلامه ثانياً كما تقرر، ولا نظر إلى أن المعروف الحذف من الثاني للدلالة الأول عليه، وهنا بالعكس لأن ذلك المعروف إنما هو أغلبه لا غير.

ولا مأذونا فبذمته فقط كزائد على ما قدره له، ومهر وجب بوطئه للملكه أمرها برضاها أو لأمة برضى سيد في نكاح فاسد لم يأذن فيه سيده للزوم ذلك برضى مستحقه، ومهر غير مكرهه ونائمة وصغيرة ومجنونة ومحجورة يتعلق برقبته ولو أذن له سيده في نكاح فاسد تعلق بكسبه ومال تجارته (و) يتعلق (ضمان) أي ماله إذا أذن فيه السيد ولم يعين للأداء جهة (بكسب) وإن ندر بعد الإذن في الضمان وإن تراخى الضمان عنه سواء المأذون له في التجارة وغيره والكسب الحادث قبل الحجر وبعده (و) بمال (تجارة) من مأذون له فيها.

وفارق هذا ما مر في النكاح بأن مؤنه إنما تجب بعده وما يضمن ثابت قبل الضمان، أما إذا عين في إذنه لا بعده للأداء جهة ككسبه أو مال تجارته فإنها تتعين ويقتصر عليها فيتبع بالباقي بعد العتق على الأوجه، نعم لا يتعين الثاني إن كان ثم دين إلا إن فضل عنه شيء (وإلا) يمكن له كسب ولا مال تجارة (فبذمته) تتعلق مؤن النكاح والضمان يتبع بها إذا عتق لأنها ديون لزمته برضى المستحق (كمشتر بلا إذن) من سيد له فيه إذا أتلفه مطلقاً أو تلف في يده فإنه يضمنه في ذمته فقط فيطالب به بعد عتق كله أو بعضه لوجوبه برضى مستحقه ولم يأذن فيه السيد لا سيده وإن رآه معه فلم يأخذه إلا إن أخذه وتلف ولو بيد غيره وما لم يتلف يسترده مالكة.

وعلم من كلامه أن ما ثبت بغير اختيار ربه كإتلافه يتعلق برقبته وباختياره ولم يأذن سيده يتعلق بذمته فإن أذن فبذمته وكسبه وكذا بمال تجارته المأذون له فيها، ويتجه أنه حيث تعلق بكسبه لا يلزمه أن يكتسب للفاضل إلا إن عصى بسببه أو أمره به السيد (فإن تعلق بكسبه حق لزمه من نحو دين تجارة أو ضمان أو مهر ثم (استخدمه سيده) أو حبسه ولم يستخدمه (غرم الأقل من أجر) لمثله مدة استخدامه أو حبسه (و) من (واجب) عليه ما ذكر لأن أجرته إن زادت فله أخذ الزائد وإن نقصت فلا مقتضى لإلزامه بالزيادة عليها.

وخرج به الأجنبي فيلزمه أجره المثل مطلقاً لأنه لم يوجد منه إلا تفويت منفعة، والسيد سبق منه الإذن المقتضى للالتزام ما وجب في الكسب (ولا يملك) الرقيق ولو مدبراً وأم ولد (وإن ملكه) سيده أو غيره المفهوم بالأولى كما لا يملك بالإرث، وإضافة المال إليه في خبر «من باع عبداً وله مال فماله للبائع» إلا أن يشترط المبتاع إضافة الاختصاص وإلا نأفاه جعله لسيدة، وإذا اشترطه مشتركاً من جملة المبيع فيشترط فيه شروطه، أما مكاتب

ومبعض فيملكان، لكن يمتنع عليهما وعلى كل منهما وطء مملوكته ولو بإذن السيد لضعف ملكهما (ولا يستبد) أي ينفرد الرقيق (بتصرف) بيع أو غيره من غير إذن سيده لأنه محجور عليه لنقص كالسفيه، ومن ثم لو مست حاجته لشراء قوته لنحو امتناع سيده جاز له على الأوجه كالسفيه وأولى ولو أذن له في سفر جاز له شراء مؤنة وما لا بد له منه (إلا بخلع) منه لزوجته فله فعله حتى مع النهي لأنه محض اكتساب، نعم لا يسلم المال إلا لسيدة (وقبول هبة ووصية) فيصح ولو من سفيه لذلك (ولو) كان الموهوب والموصى به (من يعتق على سيده) من أصله أو فرعه هذا (إن لم) تجب على السيد (نفقته حالاً) أي في حال عتقه عليه لإعساره أو اكتساب العتيق الفرع وإلا لم يصح قبوله لأن فيه إضراراً بالسيد (كولي) فإنه لا يصح قبوله هبة أو وصية ما ذكر (لطفل) أو مجنون أو سفيه إلا إذا لم يلزم الولي نفقته حالاً إذ لا ضرر فإن امتنع الولي حينئذ أثم وقبل له الحاكم فإن أبى قبل المولى بعد كماله الوصية إذ لا يشترط فور في قبولها بخلاف نحو الهبة (أو) كان الموهوب أو الموصى به (جزأه) أي جزء من يعتق على السيد أو نحو الطفل ولا يلزم نفقته حالاً فإنه يصح أن يقبله القن مطلقاً والولي لطفل ونحوه معسر (لا لطفل) ونحوه (موسر) وإن لم تجب نفقته حالاً لما فيه من الإضرار به إذ لو صح لاقتضى السراية لأن ملكه له اختياري إذ وليه كنائبه (و) حيث صح قبوله من يعتق على سيده أو جزئه (ملكه سيده قهراً كصيده) أي ما اطمأده أو احتطبه أو نحوهما فإنه يملكه قهراً أيضاً، وإذا كان ملك السيد لجزء من يعتق عليه إنما هو قهري (فلا يسري) عليه العتق إلى باقيه وإن أيسر خلافاً للحاوي والرافعي في موضع لما يأتي إن شرط السراية أن يكون الملك اختيارياً فتصويب الأسنوي لها ليس في محلها، وزعمه أن قبول قنه كقبوله شرعاً ممنوع، ولا يصح من مأذون له في تجارة شراء من ذكر إلا إن أذن له سيده فيه لتضرره بعته المتضمن لفوات الثمن بلا مقابل.

[فصل في التخالف]

إذا (اختلفا) أي المتعاقدان ولو وكيلين (أو) اختلف (الوارث) أو النائب لأحدهما هو والآخر أو نائبه أو وارثه وسلمت عبارة أصله من عطفه على الضمير المرفوع من غير تأكيد ولا فصل (في صفة عقد معاوضة) محضة أو غيرها كبيع وسلم وصلح دم وقراض ومساقاة

[فصل في اختلاف المتعاقدين]

وإجارة وجعالة وصدّاق وخلع بأن ادعى أحدهما نحو قدر ومدعي المشتري مثلا في المبيع أكثر أو البائع مثلا في الثمن أكثر على ما فيه ما بينته في الأصل، أو جنس أو صفة فالصفة في المتن بمعنى مطلق الميز، أو عين كبعثك العبد فيقول بل الأمة وإن كان الثمن في الذمة على المعتمد، أو شرط شيء يصح شرطه كأجل أو قدره وأنكر الآخر (و) الحال أنه (قد صح العقد) باتفاقهما أو يمين البائع كما يأتي وقد بقي إلى حال النزاع (ولا بينة) لواحد منهما بمدعاه (أو) لكل بينة لكنهما قد (تعارضتا) بأن أطلقنا أو إحداهما وأرخت الأخرى أو أرختا بتاريخ واحد وإلا حكم بمقدمة التاريخ (حلف كل) منهما في صورتين ولو وكيلين وإن كان زمن الخيار باقيا سواء أبقى العوضان وقبضا أم لا، ولاء (يميننا) واحدة متلبسة (بنفي) لقول غيره (وإثبات) لقوله بأن يجمعهما مقدما النفي كوالله ما بعث بمائة بل بألف، أو ما اشترت بألف بل بمائة لأن كلا مدع ومدعى عليه ومنفي كل في ضمن مثبتته فجاز جمعهما في يمين واحدة لأن الدعوى واحدة، وقدم النفي لأن الإثبات بعده مؤسس، بخلاف ما لو قدم الإثبات فإن النفي بعده لمجرد التصريح به ردا لدعواه، وإنما لم يكتف بالإثبات نظرا لإغناؤه عنه لأن الأيمان لا يكتفى فيها باللازم والمفهوم، ومن ثم اتجه عدم الاكتفاء بما بعث إلا بكذا لأن النفي فيه صريح والإثبات مفهوم كما حقق في الأصول.

والأوجه جواز يمين للنفي ويمين للإثبات ويحلف الوارث في الإثبات على البت، ويجوز له إذا غلب على ظنه صدق مورثه وفي النفي على نفي العلم. وخرج بصفة اختلافهما في أصل العقد، وسيأتي وبمعارضة غيرها كوقف وهبة ووصية فلا تخالف فيه ويصح بأن اتفقا على ذلك، أو ثبت بيمين البائع كما في بعثك بألف فقال بل بمائة وزق خمر فيحلف البائع على نفي الزق ويبقى النزاع في قدر الثمن فيتحالفان ما لو اختلفا في الصحة والفساد، وسيأتي، ويقولون وقد بقي إلى آخره ما لو اختلفا في القدر بعد القبض مع الإقالة ومثلها التلف الذي يفسخ به العقد فلا تحالف بل يحلف مدعي النقص لأنه غارم، وكذا لا تحالف لو اختلفا في عين المبيع والثمن معا بل يحلف كل على نفي دعوى صاحبه على الأصل (وقضى لحالف) جمع بين النفي والإثبات (على ناكل عن أحدهما) أو عنهما المفهوم بالأولى لاتصال كل منهما بالآخر فإن نكلا جميعا ولو عن النفي فقط وقف الأمر كما لو نكل ولي فيوقف إلى كمال المولى (ندبا وبدأ) كل منهما في حلفه (بنفي) لما مر فإن قدم الإثبات جاز لحصول الغرض بكل (و) ندبا

بدأ بالحلف (بائع) عينا (بما) أي ثمن (في ذمة) لأن جانبه أقوى بعود مبيعه إليه بعد الفسخ بالتخالف، ومن ثم أتجه أنه يبدأ بمشتر بمعين والمبيع في الذمة ويتساويان إن كان كل معينا أو في الذمة فيتخير الحاكم بأن يجتهد في البداية بأيهما (و) ندبا بدأ بالحلف (مسلم إليه) إذا اختلفا في صفة عقد سلم (وزوج في مهر وسيد في كتابة) لأن الأول والأخير في معنى البائع والزوج قوى جانبه ببقاء التمتع له.

فإن قلت، المسلم إليه العوض في ذمته وهو لا يرجع، بخلاف المسلم فإن عوضه المعين يرجع إليه فيكون جانبه أقوى فلم بدئ بالمسلم إليه مع ذلك.

قلت: لأن السلم عقد غرر وهو في جانب المسلم أكثر فلذا كان جانبه أضعف، بخلاف المسلم إليه.

فإن قلت: البائع في الذمة كذلك وقد مر تقديم المشتري عليه مع أن الغرر فيه أكثر.

قلت: الأصل في البيع عدم الغرر، بخلاف السلم فأعطى فرد كل ما هو من شأن أصله فتأمل، فإذا تحالفا لم يفسخ العقد بالتخالف بل يعظهما الحاكم ويدعوهما للاتفاق (فإن) رضي أحدهما بدون ما ادعاه أو سمح للآخر بما ادعاه لزم العقد ولا رجوع فإن (أصرا) على الاختلاف (فلكل) منهما الفسخ لأنه لاستدراك الظلامة كالفسخ بالعيب، نعم الأوجه أنه على التراخي (أو الحاكم) إن استمر نزاعهما (فسخ عقد) وإن لم يسألاه قطعا للنزاع ما لم يعرضوا عن الخصومة على الأوجه وكأنهم إنما اقتصروا في الكتابة على فسخ الحاكم واحتياطا لسبب العتق المتشوف إليه الشارع، ولمشتر وطء أمة بعد التخالف وقبل الفسخ وبفسخ كل أو القاضي أو الصادق يفسخ باطنا أيضاً أو الكاذب انفسخ ظاهرا فقط، وبعد الفسخ يرجع العاقد في سائر المعاوضات إلا الصداق والخلع والصلح عن الدم والعتق بعوض كالكتابة إلى عين حقه كما يأتي (و) أما في فسخ (مسمى دم) في الصلح عنه (و) مسمى (بضع) في الصداق والخلع (و) مسمى (عتق) في نحو الكتابة فلا يرجع في عين حقه الدم والبضع ورقبة العبد لتعذرهما بل إنما يرجع (لبدلها) وهو الدية في الأول ومهر المثل في الثاني والثالث والقيمة في الرابع.

وأفاد كلامه أن الفسخ في هذه الأربعة إنما هو في المسمى وعقودها بأقية بحالها وأن البدل

(قوله بيع وكتابة فيرجع البائع بعده ببدله) لتقدير عوده ثم قال نظير ذلك في الكتابة وهو مشكل لأنهم جعلوا البيع هنا يأساً بخلاف ما مر في عيب المبيع أنه لا يأس من الرد بالبيع.

لا يجب فيها إلا بعد الفسخ (و) إذا انفسخ العقد أو المسمى (رد مقبوض) من ثمن أو غيره إن بقي (ثم) إن تلف كله أو بعضه رد (بدله) أي التالف من مثله في المثلي على المعتمد وقيمته في المتقوم وإن زادت على ما يدعيه البائع من ثمنه (وقوم) متقوم (يوم) أي وقت (تلف) حقيقي أو حكمي لأن مورد الفسخ العين لو بقيت والقيمة خلف عنها فلتعتبر عند فوات أصلها ولم تعتبر وقت القبض ولا العقد لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله فهو أولى بذلك من المستام والمستعار ورد المقبوض (مع زائد اتصل) كما مر في الفسخ بالعيب ومع (أجرة مثل) للمدة الباقية بعد الفسخ (إن) كان العاقد كالمشتري قد (أجره) قبل الفسخ ولو للبائع لبقاء الإجارة مع انفساخ العقد للمشتري المسمى فيها (و) رد على البائع (قيمة آبق) فسخ العقد وهو آبق من عند المشتري لعوده بالفسخ إلى ملكه وتكون القيمة (لفرقة) أي حيلولة بينه وبين ملكه لتعذر حصوله فإن رجع رده واستردها لأنها ليست للفيض فمورد الفسخ هو لا قيمته، والظاهر اعتبارها بيوم الهرب تنزيلا له منزلة التلف (وكتلفه) أي المقبوض السابق في كونه يرجع للبدل ما إذا تعلق بنحو المبيع حتى لازم قبل الفسخ ومنه (رهن) لازم بالقبض فإن شاء البائع أخذ المثل أو القيمة (إن لم يصبر) إلى الفكك والقيمة حينئذ، والظاهر اعتبارها بيوم الرهن للفيض فمورد الفسخ هي لا هو للزومه من جهة الراهن وهو المشتري فحكم باستمرار ملكه عليه بخلاف الإباق وإن شاء صبر للفكك.

قال الشارح الجوجري: وينبغي أن يأخذ القيمة للفرقة كما لو أجره انتهى، وفيه نظر لأن الصبر باختياره على أن التشبيه بما ذكر سهو لما مر فيه (و) وقف أو (بيع) صدر من مشتر للمبيع مثلا قبل الفسخ فيرجع البائع بعده ببدله لتعذر عوده (و) منه (كتابة) صحيحة صدرت قبل الفسخ فيرجع البائع بعده ببدله لما ذكر وليس له هنا انتظار زوالها، بخلاف فك الرهن لأنه يمكن التوصل لفكه حالا بتوفية الدين بخلافها ولو تعيب قبل الفسخ بما يثبت الخيار رده مع الأرش وهو ما نقص من القيمة (و) إذا اختلفا (في عقدين) كأن قال أحدهما بعتك بألف وقال الآخر بل وهبتي أو رهنتني فلا تخالف إذ لم يتفقا على عقد بل (حلف كل) منهما للآخر (نفيا) أي يمينا نافية لأن الأصل عدمه ثم يرد مدعي البيع الألف لأنه مقر بها ويسترد العين بزوائدها المتصلة والمنفصلة، وإن اتفقا على حدوثها في ملك الراد لإثبات كل منهما بيمينه نفي دعوى الآخر فتساقطتا وبان بحلفهما أن لا عقد على أن الهبة لا تقتضي ملكا إلا مع قبض بإذن ولم يوجد ولا أجرة لاتفاقهما على الإذن له في الانتفاع (و) إذا اختلفا (في)

ويفرق بأن الفسخ هنا رفع وبعده لا بد أن ترجع للمشتري عينه أو بدلها، فلو أمرناه بانتظار العود لربما فات ماله من أصله إذ الأصل عدم عوده إليه بعد بيعه، وهناك لا يفوت عليه شيء بالانتظار

صحة) لعقد بأن ادعى أحدهما اشتماله على مفسد من إخلال ركن على المعتمد أو شرط كأن ادعى بائع أو مشتر عدم الرؤية حلف (مدعيها) تقدماً للظاهر من حال المكلف وهو اجتنابه للفاسد على أصل عدمها لتشوف الشارع إلى إمضاء العقود، وتصديقه ليس مطرداً وإنما يكون (غالباً) فمن غيره بيع ذراع من أرض يعلمان ذرعها فإن ادعى بائع أنه أراد ذراعاً معيناً ليفسد البيع، ومشتري الإشاعة ليصح صدق بائع لأنه أعلم بإرادته، وتصديق مدعي صلح الإنكار لأنه الغالب، ومشتري مغضوب قال كنت أظن القدرة وأنا الآن عاجز لاعتضاده بقيام الغضب، ومدعي نحو بيع وبه نحو صبا أمكن لأن الأصل عدم تأهله للبيع (و) إذا اختلف العاقدان في مردود بعيب بأن قبض عما في الذمة بنحو أو سلم كأن قال بائع لمشتري هذا ثمنك الذي أقبضتني عما في ذمتك و كأن قال مسلم لمسلم إليه (إن بيع هذا مسلمك) يعني المسلم فيه الذي أقبضتني، وأنكر مشتري ومسلم إليه ذلك حلف (غريم ادعى) ما ذكر وهو البائع والمسلم ولو وكيلاً أو الوارث لأنهما لم يتفقا على قبض ما عقد عليه، والأصل بقاؤه في الذمة وعدم القبض المبني، ومن ثم لو دفع لدائنه دينه فرده بعيب فقال الدافع ليس هو الذي دفعته صدق الدائن وإن كان معيناً كأن قال بائع لمشتري هذا ثمنك المعين في العقد أو مشتري لبائع هذا مبيعك المعين كذلك حلف (ذو عوض معين أنكر) وهو مشتري في الأولى وبائع في الثانية لاتفاقهما على قبض ما عقد عليه وتنازعهما في سبب الفسخ والأصل عدمه ويقاء العقد، ويصدق غاصب رد عيناً وقال هي المغصوبة، وكذا وديع.

لأن الفرض أنه باع المبيع وأخذ ثمنه أو وجب له وإن لم يأخذه.

[تنبيه] لو عاد المبيع هنا قبل أن يأخذ بدله فقياسه ما مر في الأرض، ونظائره أن له العود في

عين حقه لأنه مع القدرة أولى من بدله.

(قوله مسلمك) هو كما عليه الشراح وتبعتهم في الصغير، وأصله بضم فسكون ففتح مع التخفيف، ويوجد في كثير من النسخ مضبوطاً بالقلم بضم ففتح مع التخفيف ففتح مع التشديد، وكان صاحب هذا الضبط نظر إلى أنه يدخل في المتن حينئذ كل دين في الذمة بقريئة أنه ذكر العوض المعين قبله فيكون هذا في الذمة سواء المسلم فيه وغيره، بخلاف الضبط الأول فإنه يختص بالسلم ويكون غيره مثله بجامع كونه في الذمة فيستفاد من المتن قياساً لا منطوقاً، بخلاف الضبط الثاني فإنه يفيد منطوقاً وهو أولى بل الضبط ربما أوهم اختصاص ذلك بالسلم.

ويفرق بينه وبين غيره بأن السلم فيه من الغرر ما ليس في غيره فجاز أن يختص بهذا الحكم دون بقية الديون التي في الذمة فتأمل ذلك، وكان عذر الشراح في اقتصارهم على مقتضى الضبط الأول أن كلامه في شرحه أو غيره يفيد فجروا عليه، ثم أشاروا إلى إيراد بقية الديون في الذمة عليه وإلى الجواب بأن المراد الحكم فيها يعلم من القياس وإن أمكن الفرق بما مر لأن ملحظ القياس أقوى منه.

[باب في السلم]

وهو نوع من أنواع البيع إذ هو بيع موصوف في الذمة ببدل يجب تعجيله بمجلس

[باب في السلم]

قال بعضهم: ليس لنا عقد ينحصر صيغته في لفظين: أي وما اشتق منهما إلا عقدان: عقد السلم ينحصر في لفظ السلم ولفظ السلف، وعقد النكاح ينحصر في لفظ النكاح ولفظ التزويج انتهى، وكان هذا القائل أخذ ذلك من قول الزركشي ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا هذا والنكاح انتهى، ونظر فيه بعضهم ولم يبين لنظره وجهاً.

والذي يتجه أن كلاً من عبارة الزركشي والعبارة الأولى غير صحيح بل السلم لا يختص بصيغتين، وبيانه أنه يصح هنا أسلمت إليك فيجيب بقبلت وعكسه كقبلت منك كذا في كذا فيقول أسلمته إليك فقبلت من ذكر سلم صالحة هنا لا في النكاح، وبأن قياس السلم على النكاح ممنوع لأن سبب انحصار النكاح في ذينك منصوص في قوله ﷺ: «اللَّهُ اللَّهُ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ» أي بالكلمة التي أذن الله في انعقاد النكاح بها وهي التي في القرآن واستقرؤوا ما فيه فلم يجدوا إلا تينك اللفظتين، وورد في الحديث غيرهما كحللتك لكن أجابوا عنه بما فيه نوع تكلف على أن الغالب على النكاح أن فيه ضرباً من التعبد فالانحصار فيه لأجل ذلك لا لعدم صيغة توجد بمعناهما، بخلاف السلم فإن الانحصار في ذينك فيه إنما هو لأجل فقد كلمة في اللغة بمعناهما على أن قياس كلامهم انعقاده بكتايات البيع إذا نوى بها السلم كخذ هذا الدينار في أردب حب تعطيه وقت كذا فتقول أخذت، وقد صرحوا بأن أخذت تكون كناية في البيع وغيره كالقرض.

فالحاصل أن السلم لا ينحصر في لفظين ولا في أكثر لما علمت من انعقاده بكتايات البيع بنية السلم ولفظ قبلت وإن لم يقل سلماً، وأنه لا يقاس السلم بالنكاح لأمر كون الغالب على النكاح التعبد احتياطاً للأبضاع المختصة بمزيد احتياط، وكون غير لفظيه ممنوعاً مع وروده هنا بمعناه، وكون الكتابة لا تجري فيه لاشتراط الشهادة فيه ولا كذلك السلم في هذه الثلاثة فإنه لا تعبد فيه ولم ترد كلمة ثالثة غير السلم والسلف، وانعقاده بنحو أخذت بنية السلم وإن لم يصرح به، وأما قول الأنوار وغيره: ويصح عقد السلم بصريح البيع وكنايته إن ذكر مع ذلك لفظ سلماً أو نحوه كبعثك ذا سلماً وكخذ مني كذا سلماً بناء على ترجيح الشيخين في أن هذين مع إسقاط سلماً بيع لا سلم فهو واضح في بعثك لا في خذ لأن الأول صريح لا يقبل النية فاحتيج للفظ سلماً، وأما خذ فيكفي فيه النية فصح كونه كناية سلم بأن ينويه به على أن ظاهر كلامهم في الكتابة أنه لا يصح عقدها بغير لفظها وحينئذ فهذه منحصرة في صيغة واحدة فهي أعجب من النكاح.

(قوله ببدل يجب تعجيله بمجلس البيع) اعترضه جمع محققون بما بسطت الجواب عنه في

البيع بلفظ السلم أو نحوه، ولكونه بيعاً لم يصح إسلام كافر في نحو قن مسلم ومصحف واعتبر له ما يعتبر للبيع إلا الرؤية.

ولكونه نوعاً أخص اختص بأمور وشروط أخرى أخذ في بيانها فقال (شرط) صحة (سلم) ستة :

الأول : (تسليم) وحلول (رأس مال) معين أو في ذمة في مجلس خيار وإن استوفى المقابل فيه لأنه عقد غرر فلا يضم إليه غرر آخر فإن قبض بعضه صح فيه بقسطه وتخير على الأوجه، وكذا لو ظهر بعضه زيفاً ولا يبطله تخايراً إلا إن تفرقا بدون قبضه نظير ما مر في الربا، ولمسلم إليه قبضه ورده لمسلم ولو عن دينه على المعتمد لأن تصرف أحد العاقدين مع الآخر في زمن الخيار إجازة منهما كما مر، ثم هو إما عين (أو) منفعة فالعين لا بد من تسليمها كما تقرر والمنفعة تسليمها إنما يتصور بتسليم (عين) كعقار وحيوان (هو) أي رأس المال (منفعتها) وحدها أو مع مال آخر كما تفيد عبارة أصله فهي أحسن، ويشترط تسليمها (في مجلس خيار) نظير ما مر واغترف ذلك وإن كان المعبر هو القبض الحقيقي لأنه الممكن في قبض المنفعة إذ قبضها بقبض العين لأنها تابعة لها، ومن ثم صح جعل رأس المال عقاراً غائباً إذا مضى في المجلس زمن يمكن فيه الوصول إليه والتخلية لأن قبضه بذلك، ويشترط تسليم غير المنفعة بما يعد تسليمها حقيقياً (لا) بحوالة) فإنه لا يصح بأن أحال مسلم مسلماً إليه برأس المال وإن وفاه محال عليه في المجلس بإذن محيل لأن بالحوالة يتحول الحق إلى ذمة المحال عليه فهو يؤديه عن جهة نفسه لا عن المسلم، ومن ثم لو قبضه المسلم من المحال عليه أو من المسلم إليه بعد قبضه بإذنه وسلمه إليه في المجلس صح ولا يكفي أمر مسلم له بالتسليم لمسلم إليه فإن أمر هذا بالتسلم صار وكيله في القبض فيأخذه منه، ويرده إليه لاستحالة قبضه لنفسه أو أحال مسلم إليه آخر على رأس المال وتفرقا قبل التسليم لأن الحوالة ليست قبضاً حقيقياً، ومن ثم لم يكف الإبراء، نعم إن أمر مسلم إليه مسلماً

شرح العباب .

وحاصله أنه يخرج به بيع موصوف في الذمة فإنه بناء على ما يأتي عن الشيخين لا يجب تسليم بدله في المجلس وإن وجب تعيينه فيه إذا كان ديناً، ولكون هذا رسماً كأكثر حدود الفقهاء شاع فيه جعل بعض مميزات بعض شروط المحدود، وقولي بمجلس البيع لا بد منه ولا يغني عنه قولهم يجب تعجيله .

بالتسليم للمحتال ففعل في المجلس صح القبض وكان المحتال وكيفا فيه عن المسلم إليه فيصح العقد، لأن القبض هنا عن جهة السلم والحوالة هنا فاسدة بكل تقدير إذ لا بد في المحال به وعليه من صحة الاعتياض وذلك منتف في رأس المال، ولو كان قنا فأعتقه مسلم إليه لم يكن قبضا ثم إن تفرقا بعد قبضه بان صحة العقد ونفذ العتق إذ لا مانع وبه فارق إلغاء عتق راهن معسر وإن انفك الرهن ويكفي معاينة رأس المال عن معرفة قدره فإن كان في الذمة وجب وصفه بصفات السلم (فإن فسخ) عقد المسلم بعد لزومه لمقتض وكان رأس المال باقيا (تعين رده) بعينه ولم يجز إيداله بمثله ولا بقيمته (وإن) كان إنما (عين بعد) أي بعد العقد في المجلس لأنه عين ماله، أما التالف فيرد مثله في المثلي وقيمته في المتقوم ويصدق في قدره لأنه غارم.

(و) الشرط الثاني: (كون المسلم فيه ديناً) في الذمة حالاً كان أو مؤجلاً لأنه الذي وضع له لفظ السلم فأسلمت إليك ألفاً في هذا أو هذا في هذا ليس سلماً لانقضاء شرطه ولا بيعاً لاختلال لفظه لأن لفظ السلم يقتضي الدينية، ولو قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم أو بعشرة في ذمتي فقال بعثك كان بيعاً عند الشيخين نظراً للفظ، وقيل سلم نظراً للمعنى وأطال جمع في الانتصار له فعلى الأول يجب تعيين رأس المال في المجلس إذا كان في الذمة ليخرج عن بيع الدين بالدين ويثبت فيه خيار الشرط ويجوز الاعتياض عنه، وعلى الثاني ينعكس ذلك ولو زاد بعد صفته كذا تؤديه وقت كذا لم يضر لأن البيع في الذمة يكون حالاً ومؤجلاً، ومحل الخلاف إذا لم يذكر بعده لفظ السلم وإلا وقع سلماً كما جزم به الشيخان في تفريق الصفقة، وإطلاق شرطية ما ذكر مع دخوله في حقيقة السلم إطلاق له على ما لا بد منه ليتناول جزء الشيء وحيث كان المسلم فيه ديناً صح (ولو عين) له في الحال أو المؤجل (بلداً) أو ناحية كبيرة بأن يؤمن فيها انقطاعه غالباً لأنه لغلبة وجوده لا تنضيق به المحال فلم يخرج التعيين عن كونه ديناً (لا) إن عين للمسلم فيه بستاناً (أو قرية) أو ضيعة (صغيرة) بأن تكون بحيث لا يؤمن فيها انقطاعه فلا يصح السلم للغرر بتوقع جائحة في تلك البقعة فينقطع ثمرها مثلاً.

الشرط الثالث: كون المسلم فيه (مقدوراً) على تسليمه (في محله) بكسر الحاء أي

وقت حلوله فلا يصح في منقطع عند المحل كالرطب في الشتاء، وذكر هذا مع علمه ما مر في البيع لبيان محل القدرة المشترطة وهو حالة وجوب التسليم المقارنة مطلقا للعقد في الحال والمتأخرة عنه إلى وقت الحلول في المؤجل، بخلاف بيع المعين فإن الاعتبار اقتران القدرة فيه بالعقد مطلقا ويصح (ولو) كان المقدور على تسليمه في المحل (جلبية) أي بضاعة مجلوبة لم يعز وجودها كما سيذكره بأن تجلب وقت الحلول إلى محل التسليم عادة للمعاملة وإن لم تجلب محل العقد لأنه حينئذ مقدور عليه عادة، بخلاف ما إذا لم تجلب أو كان يجلب منه قليل لا يفي بالمسلم فيه أو كثير نادرا أو غالبا لا للمعاملة لعزّة وجوده حينئذ، ويؤخذ منه أنه لو كان يجلب للهدية لكن اعتاد المهدي إليهم بيعه الصحة لأنه حينئذ لا يعز وجوده، ولا فرق هنا بين نقله من مسافة القصر وفوقها لأنه مع اعتياد النقل المذكور لا مؤنة في نقله على المسلم إليه فيه، بخلاف ما يأتي في انقطاع المسلم فيه لأن المؤنة ثم لازمة له فاعتبر لتخفيفها قرب المسافة .

وعلم من كلامه هذا مع ما يأتي أن ما يعز وجوده وقت المحل لنحو عدم جلبه كما ذكر أو لقلته أو ندرة اجتماعه بالوصف المشروط لا يصح السلم فيه فحينئذ (لا) يصح (في كثير) من ثمر نخل (وقت باكورة) وهي أول الفاكهة لعزّة وجوده، بخلاف قدر منها لا يعسر تحصيله (فإن) أسلم في مقدور عند المحل ولكن (انقطع) كله أو بعضه لنحو جائحة (بقرب) أي بمسافة قرب وهي ما دون مسافة القصر بأن لم يوجد عند المحل بمحل التسليم ولا بما دون مسافة القصر منه، أو وجد عند من لا يبيعه (أو غاب خصمه) وهو المسلم إليه عن محل التسليم (وللنقل) للمسلم فيه من موضع الغيبة إلى محل التسليم (مؤنة) كالخنطة ولم يتحملها المسلم وهذا قيد في الثانية فقط ولم يبال كأصله بإيهام أنه قيد للأولى أيضا لعدم صلاحيته لذلك (و) قد (حل) بأن مضى الأجل أو عقد حالا (خير) مسلم في الأولى بين فسخ وصبر لوجود المسلم فيه وفي الثانية بين فسخ ليطلب المسلم إليه برأس المال حيث كان وصبر لحضوره دفعا للضرر، وإنما لم يفسخ العقد لأن المسلم فيه متعلق بالذمة وهي باقية والوفاء في المستقبل ممكن، ولم يكن للمسلم المطالبة بالمسلم فيه بموضع الغيبة مع مؤنة النقل لأنه لم يلتزمها، ومن ثم لو تحملها المسلم أو كان لا مؤنة لنقله طالبه كما يأتي، وعبر شيخنا في شرح البهجة بالمسلم إليه بدل المسلم وهو صحيح أيضا،

وهذا الخيار على التراخي فيتخير (وإن أجاز) العقد أو صرح بإسقاط خياره كزوجة المولى والمعسر ولتجدد الضرر، والإسقاط إنما يؤثر حالاً أما إذا لم ينقطع فيجب تحصيله من دون مسافة القصر وإن لم يبع إلا بأكثر من ثمن مثله على الأوجه، وفارق الغاصب بأن السلم عقد وضع لطلب الربح والزيادة فكلف المسلم إليه التحصيل لهذا الغرض الموضوع له وإلا لانفتت فائدته، والغصب باب تعد والمائلة مطلوبة فيه فلم يكلف زيادة، أما إذا انقطع ولم يحل فلا يخير حينئذ وإن علم انقطاعه عند المحل إذا لم يجئ وقت وجوب التسليم.

الشرط الرابع: كونه (معلوم قدر) بكييل في مكييل أو وزن في موزون أو ذرع في مذروع أو عد في معدود، ويجوز التقدير (بوزن) في جميع ذلك (وبه أو كييل لا بهما) معاً (في) كل (صغير) جرماً وهو ما لا يتجافى في المكيال (كلؤلؤ) صغار يعم وجوده، وجوز وإن اختلف قشوره غلظاً ورقة غالباً كما نص عليه ورجحه في شرح الوسيط وصوبه الأسنوي قال لأنه فيه متتبع لا مختصر، خلافاً للروضة والمنهاج وأصله والحاوي من التقييد بما إذا لم يختلف، ولوز وإن لم يعتد الكييل في ذلك، وفارق ما مر في الربوي بأن القصد ثم المائلة بالعادة السابقة.

ومحل جواز كييل الموزون إن عد الكييل في مثله ضابطاً لا كفتات مسك وعنبر على المعتمد لأن ليسيره مالية كبيرة، والكييل لا يعد ضابطاً فيه لكثرة التفاوت بالثقل على المحل أو تركه، بخلاف اللؤلؤ إذ لا يحصل بذلك فيه تفاوت كالقمح والبول، وعبرة الحاوي تفيد هذا التفصيل فهي أحسن وليس تناقضاً لما علمت من وضوح الفرق، خلافاً لما زعمه المصنف، ولا يجوز في لوز وجوز إلا في قشرهما الأسفل (لا) نقد كما قاله الجرجاني وغيره وبقول وقصب ونحو (بيض) أي بيض دجاج من كل ما هو أكبر جرماً منه أو مثله فلا يقدر إلا بوزن لأنه إنما ينضبط به.

تحمل المسلم أو المسلم إليه لمؤنة النقل ينتفي الضرر.

فإن قلت: التحمل وعد وهو لا يلزم عندنا فكيف سقط حق الخير؟

قلت: إنما سقط به لأن الأمر فيه مستدرك لأنه إن استمر على قضية التحمل فواضح وإلا فسخ لما هو ظاهر أنه لا يسقط خياره بمجرد التحمل، وأن المتحمل لا يلزمه التحمل بمجرد قوله لا تفسخ وأنا أتحمل المؤنة بل إن استمر عليه سقط الخيار وإلا فلا، نعم الذي يظهر أنه يلزمه التحمل بمجرد قضاء قاض به أخذاً مما مر في الرد بالعيب.

أما التقدير بوزن وكييل أو وذرع أو وعدّ معا فلا يجوز كصاع بر وزنه كذا وكماثة بطيخة وزن كل واحدة كذا لأنه يعز وجوده، نعم يجوز جمع الوزن والذرع في الخشب لأن زائده ينحت، والنص على جواز جمع العد والوزن محمول على الوزن التقريبي أو على عدد يسير لا يتعذر تحصيله عليه، ويمتنع في بطيخة أو بيضة لأنه يحتاج لذكر حجمها مع وزنها وذلك يورث عزة الوجود (و) إذا قدر المسلم فيه بكييل أو وزن (قبض بما قدر به) فلا يقبض مقدر بكييل وزنا وعكسه.

وهذا علم من الكلام على قبض المبيع فإن خالف ضمن ولم ينفذ تصرفه فيه كما مر، وكذا لو اكتاله بغير الكييل الذي وقع عليه العقد كأن اكتاله بالصاع بدل المد و يغتفر قليل نحو تراب في مكييل لا موزون، نعم إن كان لإخراجه مؤنة لم يلزمه قبوله، ولا يجزي من الثمر ما تناهى جفافه حتى لم يبق فيه نداوة لأنه نقص (و) يقدر (بعد مع ذرع) في السلم (في نحو ثوب) وبساط (ولبن) وهو الطوب غير المحرق لأن ذلك يصنع بالاختيار، ومن ثم سن وزن كل لبنه وهو تقريبي.

وعلم من كلامه أنه لا بد في كل لبنة من ذكر طولها وعرضها وثخانتها، وكذا كونه من طين معروف، ويكفي في حيوان عد مع وصف وفي مائع تقدير بكييل أو وزن (ولغا مكيال) أو صنجة أو ميزان أو ذراع (عين) في بيع أو سلم، وقد اعتيد بأن عرف مقداره فيقوم مثله مقامه، ويبطل العقد بشرط عدم إبداله، وعند اختلاف المكييل مثلا يجب تعيين بعضها ما لم يغلب نوع منها فيحمل الإطلاق عليه (فإن جهل) ككوز لا يعرف قدر ما يسع (فالعقد) المعين فيه ذلك ولو حالا على الأوجه هو اللاغي لأن فيه غررا إذ قد يتلف قبل قبض ما في الذمة فيقع التنازع، بخلاف بيع مثله من هذه كما مر ولو قال في ثوب أو صاع بر مثل هذا لم يصح لأنه قد يتلف المشار إليه، ويصح السلم حالا ومؤجلا بل الحال

[تنبيه] مر فيما لو اختلط الحادث بالموجود أن المشتري يتخير وأنه ليس له المبادرة بالفسخ إلا بعد مشاوره البائع فإن سمح له سقط خياره وإلا فلا، فهل يأتي نظير ذلك هنا أو يفرق بأن الخيار هنا على التراخي فيتخير وإن أسقط خياره بخلافه ثم فإنه فوري لأن الاختلاط عيب؟ والذي يتجه الأول، ولا يعكر عليه الفرق المذكور لأن ملحظ ثبوت الخيار غير ملحظ كونه فورياً، وواضح أنا وإن جعلناه على التراخي لو فسخ نفذ الفسخ ظاهراً وباطناً وليس له العود إلى ما كان عليه قبل الفسخ إلا بعقد جديد. ويفرق بين الإجازة والفسخ بأنها إدامة موجود فلم يحدث في المبيع بها شيء بخلاف

أولى لبعده عن الغرر، ووجوب التأجيل في الكتابة لعدم قدرة القن حالاً (ومطلقه) بأن لم يقيد بحلول ولا تأجيل (حال) كالثمن في البيع المطلق، نعم إن كان المسلم فيه معدوماً لم يصح، ولجلس العقد هنا حكمة نظير ما مر في البيع، ويشترط كون الأجل معلوماً للخبر (فإن أجل بمجهول) كالحصاد أو قدوم الحاج أو وقتها أو الشتاء أو الصيف أو العطاء ولم يرد كل منهما وقتها المعين و (كفي) والياء كفي على الأوجه (ربيع) أو يوم الجمعة أو ومحله ربيع (بطل) للغرر، بخلاف ما إذا أراد في نحو الشتاء وقته المعين لأنه معلوم منضبط لا يتقدم ولا يتأخر فلا غرر فيه، وكذا بالنفر والعيد وربيع ويحمل على الأول كما يأتي لأن اسم النفر مثلاً وضع لكل من الأول والثاني بعينه فدلالته على كليهما أقوى من دلالة لفظ الظرف على أزمنته فإنه لم يوضع لشيء منه بل دل على زمن مبهم منها.

وكان ينبغي شهر ربيع لأنه لا يقال ربيع بلا شهر ولا يضاف لفظه إلا إلى رمضان والربيعين، وينون ربيع إذا وصف بأول أو ثان ولا يضاف (لا) إن أجل (إليه) أي إلى ربيع ومثله جمادى والعيد والنفر (ولا) إن أجل إلى (أوله) فإنه يصح وإن لم يعين الأول والثاني (وحل) الأجل في هذه الصور كلها (بأول جزء) الشهر (الأول) من الربيعين أو الجمادين وهو أول جزء من أول ليلة منه وبأول جزء من أول يوم من العيدين أو النفرين لتحقق الاسم به، وما ذكره في إليه صحيح وفي أوله تبع فيه كأصله كثيرين وأطال جمع متأخرون في اعتماده، لكن المعتمد ما نقله الشيخان عن الأصحاب أنه لو قال إلى أول رمضان أو آخره لم يصح، ومثل رمضان في ذلك غيره لأن الأول يقع على جميع النصف الأول والآخر يقع على جميع النصف الأخير، وإنما صح أنت طالق إلى أول رمضان وحمل على جزئه الأول لأن الطلاق يقبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد فبالعام أولى، ومن ثم صح أنت طالق في ربيع ولم يصح ذلك هنا كما مر (وصح) التأجيل (بفصح النصارى) بقاء مكسورة فمهملتين عيدهم الذي يأكلون فيه بعد إمساكهم وبقية أعيادهم، أو أعياد اليهود

الفسخ فإنه يعيده إلى ملك البائع والثمن إلى ملك المشتري وهذا لا يمكن الرجوع عنه.

[تنبيه آخر مهم] صرح جمع من محققي المتأخرين بأن المراد بمؤنة النقل نقله من محل التسليم إلى محل المطالبة، وبه يعلم أنه لو أسلم له في برّ يؤديه إليه في بلد من صعيد مصر ثم لقيه بمصر لم يطالبه فيها به إلا إذا قنع به من غير طلب مؤنة نقله من مصر إلى محل التسليم، وكذلك لو أسلم إليه في برّ يؤديه إليه في مصر فلقية في محل من الصعيد يعتاد حمل المسلم فيه منه إلى مصر فلا يكلفه بأدائه هنا إلا إذا قنع به من غير نقله منه إلى مصر، هذا ما دل عليه كلامهم كما تقرر.

كالمهرجان والنيروز، وبشهور الروم كحزيران لأنها معلومة كشهور العرب هذا (إن علم) ذلك ولو لعدلين مسلمين أو للمتعاقدين (لا) إن اختص علمه (بهم) أي الكفار إذ لا يعتمد قولهم إلا أن يبلغوا عدد التواتر، وإنما اشترط في أوصاف السلم ونحو المكيال معرفة العاقدين مع عدلين لأن الجهالة هنا راجعة للأجل وثم للمعقود عليه فاحتمل هنا ما لم يحتمل ثم، والمراد بالعدلين هنا وثم أن يوجد أبداً في الغالب من يعرف ذلك عدلان أو أكثر فإن المعينين إذا اختصا بالمعرفة قد يتعذران عند المحل.

ومحل عدم الصحة فيما إذا اختص الكفار بمعرفة ذلك وأخبر وليه المتعاقدين ما إذا أخبروهما به (بعد) أي بعد العقد أما إذا أخبروهما به قبله ثم عقداً فإنه يصح لعلمهما حال العقد ما أجلا إليه، وبينت في الأصل أن هذه من زيادة المصنف وأنها غير صحيحة إلا بتعسف لأن المخبرين منهم لا يعتمدون إلا أن بلغوا عدد التواتر فإن بلغوه صح مطلقاً وإلا لم يصح مطلقاً، وقضيتها الصحة إذا جهلا الفصح حال العقد ثم علماه بعد بإخبار عدلين منا، وهو كذلك ما مر أنه يكفي معرفة عدلين بالمعنى السابق وإن لم يعرفه المتعاقدان (والأشهر) أو السنون المؤجل بها إذا أطلقت (أهلة) أي تحمل على الهلالية إن عقداً أول الشهر تامة كانت أو ناقصة دون غيرها لأنه عرف الشرع (و) متى عقداً في أثناء شهر كصفر ولو بعد مضي لحظة منه وأجلا بثلاثة أشهر مثلاً (تم) شهر (منكسر ثلاثين) يوماً فيحسب الربيعان بالهلال ويتم المنكسر من صفر ثلاثين يوماً من جمادى الأولى، نعم لو عقداً في آخر يوم أو ليلة من صفر فمضى الربيعان وجمادى ناقصات حل الأجل بمضيها ولا حاجة إلى التتميم من جمادى الآخر فإن ثم الأخير منها لم يشترط انسلاخه بل يتم منه المنكسر ثلاثين ذكره المتولي، وسيأتي نظير ما ذكر في السنة، ولو عينا سنة شمسية أو رومية أو فارسية تعينت وفي محل لا يتعارف أهله التأجيل بالعربية يحمل على عرفهم.

وأما بحث الشارع الجوري في الأولى أنه لا يلزمه التسليم في مصر مطلقاً بل ليس له إلا الصبر أو الفسخ، لأننا لو ألزمناه التسليم بمصر مع كون البرّ اعتيد حمله من هناك إلى مصر ولا عكس تضمن ذلك إلزامه بمؤنة النقل وهو خلاف ما دل عليه تحليلهم عدم لزوم أداء ما له مؤنة بقولهم لما في تكليف مؤنة نقله من المشقة، فهو وإن كان محتمل المعنى إلا أنه يمكن مع ذلك توجيه إطلاقهم بأننا لا نسلم أننا ألزمناه بمؤنة النقل قصداً وإنما ألزمناه بما من شأنه أن قيمته بغير محل التسليم أعلى منها بمحل التسليم لأن هذا إما يؤثر إن تحقق، ولا نظر لكونه أغلب وإنما أثر لقولهم لا يلزمه الأداء

والشرط الخامس: أن يذكر المسلم فيه في العقد بالصفات التي ينضبط بها على وجهه لا يعز وجوده دائماً أو غالباً فلا يصح السلم إلا في معلوم (صفات) منضبطة (يغلب قصدها) في العرف مع ذكر ما يجب ذكره من نحو ما يأتي وضابطه أن كل وصف اختلف به الغرض اختلافاً ظاهراً أو غلب في الجنس قصده من حيث القيمة ولم يكن فضيلة يدل الأصل على عدمها كالكتابة وزيادة القوة وجب ذكره لأن عدم ذكر ذلك يؤدي إلى جهالة المعقود عليه بخلاف ما يتسامح بإهماله كما يأتي:

واعلم أنه يصح السلم في الحيوان قياساً على اقتراضه المنصوص عليه والنهي عن سلفه غير ثابت وأن الصفات المشترطة لا تحصل إلا (بذكر جنس) كتمر وبر وإبل (ونوع) لذلك الجنس كبرني وسمراء ومهرية، وقد يغني ذكره كالضأن عن ذكر الجنس كغنم وصنف اختلف كخطابي أو رمي مع قوله تركي (و) بذكر (لون متلون) من حيوان أو غيره كأبيض وأسود، نعم إن قصد الطير للأكل لم يجب ذكر لونه، ويشترط في الرقيق دون بقية الحيوان ذكر صفة لونه إن اختلف بأن يصف بياضه بسمرة أو شقرة وسواده بصفاء أو كدورة لا إن لم يختلف كزنجي، ويشترط ذكر هذه الثلاثة في كل مسلم فيه (مع) ذكر (ذكورة وأنوثة) أي أحدهما (في حيوان) أمكن تمييز ذكره من أنثاه واختلف به غرض وإلا لم يجب (و) مع ذكر (سن فيه) أي الحيوان كابن مخاض أو ست سنين أو محتلم: أي أول عام الاحتلام

بغير محله إذا طالبه المسلم بالأداء فيه وإلا إذا لم تكن له مؤنة نقل أو تحملت وقد استوت قيمته بمحل التسليم ومحل المطالبة وإلا كان له في الامتناع غرض صحيح فلا يجبر على الأداء لتضرره به، ومحل قولهم يلزم المسلم إليه تحصيل المسلم فيه وإن لم يجده إلا بأكثر من ثمن المثل في غير تلك الصورة كما صرحوا به.

والحاصل أن قيمة محل المطالبة متى زادت على قيمة محل التسليم لا يلزم الأداء سواء اعتيد نقله للبيع أم لا، نعم يظهر هنا أنه لو تحمل هذه الزيادة أجبر المسلم إليه على إعطائه كما هو قياس الباب لأنه لا ضرر عليه فيه ولا منة لما مر أنها في ضمن عقد فلا يتوجه بها منة، وأن المخلين متى استويا قيمة فصل فيه بين أن يكون لحمله مؤنة ويتحمل أم لا، ولا يلزم من استوائهما أن المطالبة ثم لا فائدة فيها لأن المسلم إليه قد يكون له غرض في التسليم بمصر ككون النقد الذي معه يريد الشراء به للمسلم فيه إنما يروج بمصر لا بمحل التسليم، والمسلم قد يكون له غرض كذلك كتعذر سفره إلى بلد التسليم فسامح المسلم إليه بما يزيد حتى يسلمه بمصر، ومن ذلك أن يكون لو ذهب مع المسلم إليه إلى محل التسليم ليسلمه هناك احتاج مؤنة أو خطراً أعظم مما يلحقه لو أسلمه بمصر كأن خاف

أو وقته، ويجب كون ذكر السن (تقريباً) فإن حدده كابن سبع بلا زيادة ولنقص بطل لندرته، ولا بد من التقريب في الوصف أيضاً، ويصدق قن في احتلامه ولو كافراً فيما يظهر وبالغ عاقل: أي مسلم فيما يظهر من قن وإن لم يولد في الإسلام وسيد إن ولد فيه في سنة وإلا رجع لظنون النخاسين وهم بايعو الرقيق والدواب (أو) مع ذكر (صغر جثة) وتوسطها (وكبرها) أي أحدهما (في طير) وسمك ولحومها بدل السن لأنه لا يكاد يعرف فإن عرف ذكر ورجع فيه للبائع وذكره يغني عن ذكر الجثة (و) مع (قد) في قن عبد أو أمة أي كونه طويلاً أو قصيراً أو ربعة كسنة أشبار. والأوجه أنه تقريبي ولا يشترط في سائر الحيوانات كما نقل الرافعي اتفاق الأصحاب عليه خلافاً لما وقع للمصنف لتسامح الناس بإهماله غالباً كالدعج، نعم القصر على خلاف العادة عيب (وبكارة أو ثبوبة في رقيق) أمة (لا) ما يؤدي لعزة الوجود كوصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به الغرض والقيمة، ولا ذكر نحو (كحل) بفتحتين وهو أن يعلو جفون العين سواد من غير اكتحال (ودعج) بفتحتين وهو شدة سواد العين مع سعتها (وملاحة) وغيرها ما يتسامح الناس بإهماله غالباً ويعدون ذكره استقصاءً ومبالغةً كتكلمم الوجه وسمن الأمة، ويجوز شرط كونه يهودياً أو زانياً أو سارقاً ونحوها مما لا يؤدي لعزه لا شاعراً لأن الشعر طبع لا يمكن

من نحو عدوله ثم أو من استيفاء قود عليه أخذاً مما مر في نظيره في أعمار الجمعة وإن أمكن الفرق بأن الجماعة حق لله تعالى فأسقطها أدنى العذر، بخلاف ما هنا لأننا نمنع كون الجماعة حقاً لله فقط بل فيها حقوق للآدميين كما يعلم من ذكرهم سبب مشروعيتها من التعاهد وإيصال المنقطعين ومعرفة أحوال المبتدعة والمنافقين وغير ذلك من حقوق الآدميين.

وبعد أن علمت هذا وأنه لا غبار عليه اتضح لك إطلاقهم، وأن ما قاله ذلك الشارح لم يتضح له وجه يخص به إطلاقهم، فتأمل ذلك فإنه مهم نفيس.

(قوله لا كحل وهو إلخ) ذكره في القاموس بزيادة وعبارته: والكحل محركة أن يعلو منابت الأشفار سواد خلقة وأن يسود مواضع الكحل كحل كفرح فهو أكحل، والكحلاء شديدة سواد العين أو التي كأنها مكحولة وإن لم تكحل انتهت.

(قوله وهو شدة سواد العين مع سعتها) هو لفظ القاموس وعبارته: والدعج محركة والدعجة بالضم شدة سواد العين مع سعتها، وإنما ذكرت هذا وما قبله رداً على من وهم فيهما حيث قال هذا فيه تجوز وإن وقع في كلامهم إذ الكحل سواد يعلو جفون العين لا المعنى المصدرى، وكذلك الدعج فهو سواد شديد فيها مع سعتها لا شدة السواد انتهى، ولو راجع القاموس لسلم من هذا الوهم إذ تفسير العين بالمعنى وعكسه قد يكون حقيقة عرفية فلا تجوز فيه.

تعلمه أو خفيف الروح أو عذب الكلام أو مغنياً أو عواداً أو قواداً لأن هذه حتى القيادة وإن نازع فيها جمع لا تحصل إلا بطبع قابل لها وهو غير مكتسب، وعلى التنزل فتعلمها محظور وما أدى إلى المحظور محظور، بخلاف نحو الزنا فإنه عيب يحدث من غير تعلم فهو كالسلم في عبد معيب بعيب مضبوط (و) يذكر (أنه) أي المسلم فيه ذكر (خصي معلوف) ويشترط علف يؤثر في لحمه (رضيع أو ضدها) أي أنوثته وفحولته وكونه فطيماً أو جذعاً أو ثنياً مثلاً أو راعياً إلا ببلد لا يختلف فيه الراعي والمعلوف ويذكر كونه من سمين أو هزيل كما بينته في الأصل و (من فخذ) بإعجام الذال (أو جنب أو كتف) وموضوع من كبير طير أو سمك هذا كله فيما إذا أسلم (في اللحم) طرياً أو قديداً مملحاً أو غيره وإن كان عليه عين الملح لأنه من مصلحته، ومثله شحم وكبد وألية وطحال ورثة.

وأفهم كلامه فيما مر أنه لا بد أيضاً من ذكر جنس حيوان اللحم ونوعه: أي أو صنفه وصفته إن اختلف وتعلق به غرض، ولا مدخل لخصاء وعلف وضدهما في لحم صيد فيذكر فيه ما عدا ذلك ما ذكر مع ما يصاد به حتى جنس الجارحة، وفي السمك أنه نهري أو بحري طري أو مالح لاختلاف الغرض بذلك (ويؤخذ) مع لحم مسلم فيه جلد يؤكل معه عادة (وعظم معتاد) أي يأخذه المسلم قهراً إن لم يشترط نزعها لأنه لا يتميز منه كنوى التمر أما ما لا يعتاد أخذه معه فلا يجب قبوله كراس طير ورجليه وذنب سمك إلا أن يكون عليه لحم فيجب قبوله، نص عليه في الأم، ونص في البويطي أنه لا يجب قبول رأس السمك ولو جاء مسلم إليه بلحم فقال المسلم هو ميتة صدق ما لم يقل ذبحته كما بينته ثم، ويذكر في تمر أو زبيب أو حب نوعه ولونه وبلده وجرمه وعتقه أو حدائته ولا يجب تقدير مدة عتقه.

قال الماوردي: ويبين أن الجفاف على النخل أو بعد الجداد: ويشترط في الرطب والعنب ما ذكر إلا العتق والحدائثة وفي غسل نحل محله كجبلبي أو بلدي وبلده وزمانه ولونه. قال الماوردي: ومرعاه وثخنه وأو رقتة لا عتقه أو حدائته ويذكر جنس غزل ونوعه ولونه كما علم ما مر (وطول وعرض ودقة ونعومة وشفافة أو ضدها) من غلظ وهو والدقة بالبدال للغزل وخشونة ورقة وهي والشفافة للنسج فالشفافة انضمام بعض الخيوط إلى بعض

والرقة تباعدها، وقد تستعمل موضع الدقة وعكسه (و) يذكر (بلد) ينسج فيه إن (قصد) بأن اختلف به غرض، وقد يغني ذكر النوع عنه هذا كله إن أسلم (في ثوب و) إذا أطلق السلم فيه (وجب خام) لا مقصور لأن القصر صفة زائدة، نعم يجب قبول المقصور ما لم يختلف به غرض (وبشرط) منهما للقصاره ووجب (مقصور) عملاً بالشرط لاختلاف الغرض به، ويجوز السلم فيما صبغ غزله قبل نسج لا بعده لأن الصبغ بعده يسد فرجه فلا تظهر معه الصفاقة، وفي نحو قميص جديد وإن غسل لا ملبوس ولو غير مغسول لأن لا ينضب، وفي كتان بعد دقه لا قبله، وفي قطع من الجلد مدبوغة وزنا لا فيه لاختلاف أجزائه وغلظا، وفي دراهم ودنانير بغيرهما لا بمثلهما ولا في أحدهما بالآخر حالاً كان أو مؤجلاً، وكذا المطعوم فلا يسلم في جنسه ومطعوم آخر غيره لتضاد أحكام السلم والربا، وفي غير ذلك ما ذكرته مع ما يشترط ذكره فيه في الأصل.

وإنما يجوز ذكر الجنس وما بعده من جميع ما مر (بلغة عرفها) أي المتعاقدان (وعديلين) أي مع عدلين بالمعنى السابق في الأجل ليرجع إليهما عند التنازع، وكذا صفات المسلم فيه لا بد أن يعرفها التعاقدان مع عدلين غيرهما فلو جهلها أحد التعاقدين أو لم يعرفها عدلان غيرهما لم يصح (وصحته) أي السلم منحصرة (في كل منضب) بالوصف (وإن اختلف) بأن كانت أجزاءها أجناساً اختلف بعضها ببعض (كعتابي) فإنه مركب من قطن وحرير (وخز) بمعجمتين مركب من إبريسم ووبر، أو صوف وثور مطرز بالإبرة من جنسه أو غيره (و) يصح أيضاً فيما اختلف بغيره خلقة نحو (شهد) بفتح أوله وضمه وهو غسل بشمع لأن اختلاطه خلقي فأشبهه نوى التمر، ونزع فيه جمع بأن المذهب أنه لا يصح لعدم انضباطه، وفيما إذا لم يقصد الخليط في نفسه نحو سمك ملوح و (جين) ولو يابساً (وأقط وخل تمر وزبيب) لحقارة اختلاطها مع انضباطها (لا) في مختلط مقصود الأركان التي لا تنضب قدرها وصفة كمعجون وهريسة ومرق وغالية وبر مختلط بشعير وسفينة وخف ونعل ما لم يتخذ من شيء واحد جديد غير جلد قياساً على صحة السلم في الثوب المخيط الجديد دون الملبوس كما مر، ومصل وهو الحاصل من اختلاط اللبن بالدقيق وكشك و (مخيض به ماء) لأنه لا مصلحة له فيه، بخلاف خل نحو التمر ودهن مطيب لا ما تروح سمسمة

بالطيب ثم اعتصر (ورءوس حيوان وأكارع) ولو نيئة نقيت من صوف وضبطت بوزن لتعذر ضبطها لاختلاف أبعاضها والأكارع كالكوارع والأكرع جمع كراع وهو ما دون كعب الدابة أو مستدق ساقها والشائع إطلاقه عليهما معا (ولا) يصح السلم (في عزيز وجود) لأنه عقد غرر فلا يحتمل إلا فيما يوثق به وعزة وجوده إما لقلته كالصيد حيث يفقد أو لاستقصاء أوصافه (كآلئ كبار) وإن عم وجودها وهي ما تطلب للترزين، بخلاف الصغار وهي ما يطلب للتداوي وضبط الشيخ أبي محمد لها بسدس مثقال تقريبا لعله باعتبار زمنه، أما الآن فهي غاية ما يطلب للترزين بل وجودها نادر، وكالآلئ الكبار سائر الجواهر واليواقيت والزبرجد والمرجان وإن عم وجودها لندرته باستقصاء أوصافها من ذكر حجم وشكل ووزن وصفاء ماء وإن أمكن ضبطها بالصفة حتى يثبت في الذمة صداقا وغيره على المعتمد.

قال الماوردي: وكذا العقيق لأن الحجر والواحد منه يختلف بخلاف الباور، أو ندره اجتماعه بالوصف المشروط كحامل ولبون وبهيمة ونحو ولدها، ولو دجاجة إذ يعز اجتماعه معها في الصفات المشترطة (وأمة) ولو لغير تسر (وولدها) أو أختها مثلا وعبد ونحو ولده لذلك.

وإنما صح اشتراط نحو الكتابة مع أنه قد يندر اجتماعها مع الصفات لسهولة تحصيلها بالتعلم، ولا يصح السلم في آنية إلا إن صب شيء من أصلها المذاب في قالب، أو كان غير مختلف الأجزاء كالمربع والمدور.

(وشرط) لصحة السلم زيادة على ما مر من الشروط الخمسة (تعين مكان أداء) مسلم فيه (مؤجل) إن كان (له مؤنة) في نقله (أو لم يصلح له) أي لأدائه (مكان عقد) لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة حينئذ فإن لم يكن لحملة مؤنة وكان العقد بمحل يصلح للتسليم لم يشترط ذلك وتعين محل العقد للتسليم للعرف، ويكفي في التعيين المشترط تسلمه لي في بلد كذا ما لم تكن كبيرة ويكلف إحضاره في أولها لا لمنزله ولو خرج معين عن صلاحية التسليم تعين له أقرب محل إليه صالح على المعتمد، وللأسنوي فيه تفصيل رددته في الأصل.

أما السلم الحال فيتعين للتسليم فيه محلة العقد لا نفس موضعه وإن لم يصلح كما اقتضاه كلام الشيخين وإن خالف فيه ابن الرفعة، أو كان لنقل المسلم فيه مؤنة للعرف فلا يشترط فيه التعيين كالبيع ولو عينا غيره تعين، وكذا الثمن في الذمة، وكل عوض التزم فيها غير مؤجل لأنه يقبل التأجيل فقبل ما يتضمن التأخير، بخلاف المبيع أو الثمن المعين إذ الأعيان لا تؤجل، ولا يشترط ذكر جودة أو رداءة ويحمل مطلقه على الجيد للعرف فإن شرط أو أطلق حمل على أقل درجاته، وكذا كل صفة يجب قبول ما يقع عليه اسمها لأن الرتب لا نهاية لها (وجاز شرط أردأ) من حيث النوع لانضباطه وطلب أردأ من المحضر عناد (لا) شرط الأردأ (بعيب) أي بسبب عيبه وصفته لعدم انضباطه، ومن ثم لو بينه وانضبط كالعمى صح على الأوجه، ولا نسلم عزة وجوده وعلى التنزل فالسليم هنا يجب قبوله (و) جاز شرط (جيد) لحملة على أقل الدرجات كما مر (لا) شرط (أجود) لأن شرط أقصاه غير معلوم (و) لا شرط (رديء) من حيث العيب والصفة ما لم ينضبط نظير ما مر، بخلاف شرطه من حيث النوع لانضباطه فهو كالأردأ فيما مر خلافا لما يوهم صنيعه، ولم تنزل الرداءة عن أقل الدرجات كالجودة لأن لهذه حدا معلوما عند أهل العرف، بخلاف تلك، ويظهر أنه لو شرط أردأ أو رديئا ولم يبين نوعا ولا عيبا صح حملا له على الجهة الصحيحة، ولو اتفق كون رأس المال على صفة المسلم فيه كأمة صغيرة في كبيرة فكبرت وجب قبولها وإن وطئها (و) إذا أدى مسلم إليه ما عليه (وجب قبول) ذلك منه كسائر الحقوق ولو (أجود) صفة من المشروط لأن الامتناع منه عناد، نعم إن ضره قبوله كأن جاءه بزوجه أو من يعتق عليه لم يجبر على أخذه على الأوجه (لا) قبول (أردأ) من المشروط فلا يجب وإن كان أجود من وجه آخر لتضرره به، ويجوز قبوله لأنه مسامحة بصفة ما لم يختلف النوع لما مر في البيع من امتناع الاعتياض

(قوله ويظهر أنه لو شرط أردأ أو رديئا إلخ) إن قلت: يشكل عليه ما مر في التأجيل بنحو الحصاد من بطلانه مع أن ما هنا أولى بالبطلان لأن الجهالة فيه راجعة إلى نفس المعقود عليه وثم راجعة إلى صفته وهي الأجل؟ قلت: يفرق بأن الأجل ثم مجهول جهالة محضة وليس هناك جهة يتبادر سبق الذهن إليها حتى نحمله عليها لتعذر إمضاء العقد مع ذلك بكل اعتبار، بخلاف ما هنا فإن كلاً من الرداءة والأردئية إنما يتبادر من حيث النوع وأما كونه من حيث العيب والصفة فأمر محتمل غير متبادر إليه إذ الناس ينفرون من العيب ما أمكن وهو لا يؤثر فلم يضر إلا إن تعرض له في الشرط، بخلاف ما إذا سكت عنه حملاً على الجهة الصحيحة لتبادرها منه كما تقرر.

عن المسلم فيه، وتفاوت رطب وتمر وسقي بماء سماء وماء أرض وقن تركي وهندي تفاوت نوع لا وصف فلا يجوز واحد منهما عن مقابله وما عري عن وصف مشترط رديء صفة (لا قبول) مسلم فيه ولا الأجود منه (بغير محل) بكسر الحاء أي زمان حلول (و) لا بغير (محل) بفتحها مكان الأداء المعين بالعقد أو الشرط (و) محل عدم الوجوب فيما ذكر حيث كان (ثم) أي هناك (غرض) للمسلم في الامتناع من القبول قبل الحلول أو في غير مكان الأداء كحيوان يحتاج علفا وعرض يحتاج محلا لحفظه بمؤنة كثيرة ويظهر ضبطها بما لا يتغابن به عرفا، ومقصود أكله طريا عند محله كرطب ولحم، ومتغير بطول زمن كبر وكونه في زمن نهب وإن وقع العقد في زمنه لتضرره بالقبول حينئذ، بخلاف ما إذا امتنع لا لغرض فإنه يلزمه القبول وإن لم يكن للمؤدي غرض صحيح غير البراءة من نحو فك رهن أو إبراء ضامن.

فعلم أنه إذا تقابل غرضاهما روعي جانب المستحق، أما إذا كان المسلم حالا أو حل وأحضره في مكان التسليم فيجبر المسلم على قبوله ككل دين حال إن كان غرض المدين غير البراءة وعليه أو على البراءة إن كان غرضه البراءة، وإنما لم يجبر في المؤجل والحال المحضر بغير محل التسليم على أحد هذين كما اقتضاه كلام الشيخين خلافا لما في الأنوار بل على القبول فقط لأن المسلم ثم استحق التسليم لوجود زمانه ومكانه فامتناعه محض عناد فضيق عليه بطلب الإبراء بخلافه هنا ويجب قبول التبرع عن مدين ميت ولو من غير وارث لا عن حي للمنة وإذا أصر المجر على الامتناع قبض له الحاكم.

قال الزركشي: وكذا إن غاب المسلم ولا يلزم مسلما إليه أداء قبل حلول كما بأصله وحذفها قال لأنها أشهر من أن تذكر (ولا أداء) مسلم فيه (ثقليل) بأن كان لحمه من محل التسليم إلى محل المطالبة مؤنة (ببلاذ آخر) غير محل الأداء إذا طالبه المسلم بالأداء فيه لعدم التزامه مؤنة النقل إليه، ومثله ما لو كانت قيمته حيث طوّل أكثر لأن له في الامتناع غرضا صحيحا، ولا يطالب في الصورتين بالقيمة للحيلولة لامتناع الاعتياض هنا، وبه فارق مطالبة المالك للغاصب والمتلف بها في نظير ذلك. قال الزركشي: لكن له الدعوي عليه وإلزامه بالسفر معه إلى محل التسليم أو بالتوكيل ولا يحبس، وله أيضاً الفسخ واسترداد رأس ماله كما لو انقطع المسلم فيه، إما حال لا مؤنة لحمه أو تحملها المسلم ولا زادت قيمته

حيث طولب فيجبر على الأداء لعدم الضرر والدائن غير المسلم مثله فيما تقرر فلا يلزمه قبول ما لنقله مؤنة بغير محل التسليم .

[فصل في القرض]

وجمع مع السلم لأن كلا يسمى سلفاً، وهو بفتح القاف أشهر من كسرهما إما اسم مفعول أو مصدر كالإقراض وهو تملك شيء يرد بدله .

وأصله القرية، وفي حديث أنه أفضل من الصدقة، وفي آخر عكسه وجمعت بينهما في الأصل، وقد يحرم إن غلب على ظنه صرف المقرض لما يأخذه في حرام، ويجوز لمضطر مطلقاً وكذا على غيره إن غلب على ظنه وفاؤه من جهة له ظاهرة أو علم المقرض بحاله .

[وأركانها] عاقدان : وشرطهما رشد واختيار، ويزيد المقرض بكونه أهلاً للتبرع فيمتنع على ولي قرض مال موليه لغير ضرورة إلا للقاضي لكثرة اشتغاله، لكن إنما يقرض أميناً موسراً لا شبهة في ماله حيث كان مال المولى خالياً عنها كما يأتي في الرهن، وله إقراض مال المفلس أيضاً إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة ليجتمع المال، ومثله فيما ذكر الإمام في مال بيت المال، والتعبير بأهل التبرع لإخراج الولي أولى منه بمطلق التصرف في مال محجوره غير أنه لا يتبرع به .

[ومعقود عليه وصيغة] وقد أخذ في بيانها فقال (إنما يقرض ما يسلم فيه) من حيوان وغيره لصحة ثبوته في الذمة مع قطع النظر عن التعيين وعدمه فلا يرد عليه أن المعين لا يسلم فيه والقرض يكون على المعين والموصوف في الذمة، بخلاف ما لا يجوز السلم فيه كالعقار ومنفعته لأن ما لا ينضبط أو يندر وجوده يتعذر أو يتعسر رد مثله، فعلم صحة إقراض منفعة نحو عبد في الذمة شهر الصحة السلم فيها وإمكان ردها صورة، بخلاف منفعة عين معينة إذ لا يصح السلم فيها وهذا محمل تناقض وقع للشيخين فيها، وإقراض نقد مغشوش إن عرف قدر غشه أو راج في كل الأمكنة على الأوجه (و) يستثنى من الضابط المذكور (خبز) فيجوز قرضه وزنا على المعتمد لاجتماع أهل الأعصار على فعله في

الأمصار بلا إنكار وفيه حديث منقطع، ويجوز أيضاً قرض الخمير الحامض ووصفه بالحموضة لا يضر لأنها فيه مقصودة وجزء من دار إن لم يزد الجزء على النصف لأن له حينئذ مثلاً كذا أطلقوه، وعليه فهل المراد بالمثل المثل في كونه مملوكاً أيضاً أو الأعم حتى يشمل ما لو وقف نصفها شائعاً لإمكان رده بل سهولته باستبداله عند من يرى ذلك؟ كل محتمل (لا أمة) أي جميعها ولو نحو رتقاء غير مشتهاة (تحل لمقترض) ولو مسوحاً فلا يجوز إقراضها وإن جاز السلم فيها إذ ربما يطؤها أو يتمتع بها ثم يردّها لجواز ردها حينئذ واستردادها بلا شرط فيشبه إعارة الجوّاري للوطء أو نحوه.

وفارق ما مر في إسلام أمة صغيرة في كبيرة فكبرت بأن المسلم ليس متمكناً من أخذها إلا برضا المسلم إليه، وهبة الفرع أمة تحل له بأن العقد لازم من جهته، أما من لا تحل له محرمة أو نحو تمجس أو لعان فيجوز إقراضها له، بخلاف نحو أخت زوجته على الزوجه لقدرته على حلها بطلاق زوجته ويمتنع إقراض الخنثى لامتناع السلم فيه لا إقراض الأمة للخنثى كما في شرح مسلم وإن نوزع فيه لبعده اتضاحه، ولا يعارضه امتناع تملك الملتقط لأمة تحل له وإن كان ظهور المالك بعيداً لأن ذاك أبعد منه كما لا يخفى، فاندفع قول الأذرعى أن ظهور المالك بعيد، نعم إن بان ذكراً اتجه تبين بطلان العقد لأن العبرة فيه بما في نفس الأمر، بخلاف ما لو أسلمت نحو المحوسية عنده لظرو المانع، ويغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء وإنما يقرض (بإيجاب) كالبيع صريح (كأقرضتك) و (أسلفتك) وإن لم يقل فيهما بمثله لأن ذلك هو موضوعهما (أو خذه بمثله) أو ببدله، لكن قال جمع إن هذين كناية لاحتماهما البيع أيضاً كما دل عليه كلامهم ثم، أو (ملكته على أن ترد بدله) أو خذه واصرفه في حوائجك ورد بدله كما بأصله وحذفها لإبهاهما إذ خذه بمثله كاف كخذه ورد بدله، وفارق خذه بمثله خذه بعشرة فإنه وإن احتمل البيع والقرض إلا أنه يحتمل الإجارة أيضاً فاحتاج لنية، وخذه بمثله لا يحتمل غير القرض فكان صريحاً فيه بناء على خلاف ما مر عن أولئك الموافق للمتن والمنهاج وغيرهما، وخذه فقط لغو إلا إن سبقه أعطني هذا فيكون هبة أو أقرضني هذا فيكون قرضاً فيما يظهر ويحتمل خلافه، ولو اقتصر على ملكتك فهبة، نعم يصدق المالك في نية البدل لأنه أعرف بقصده على ما قيل، لكن قولهم في الهبة لا ثواب فيها وإن نواه برده والآخذ في عدم ذكره لأنه الأصل والصيغة ظاهرة

فيما إذا ادعاه، وبهذا فارق ما مر فيما لو اختلفا في كون العقد بيعا أو هبة، وما لو قال لمضطر أطعمتك بعوض فأنكر حيث يصدق المطعم لأنه أعرف بكيفية بذله ولا ظاهر يخالف ما ادعاه، أو على خذه واصرفه في حوائجك اتجه أنه كناية لاحتماله القرض والهبة (وقبول) متصل به موافق له في المعنى نظير ما مر في البيع كاقترضته وتملكته بمثله وقبلت قرضه، نعم القرض الحكمي كإنفاق على لقيط محتاج وإطعام جائع وكسوة عار لا يحتاج لصيغة، والتماس المقرض كاقترض مني كإيجابه والمقترض كأقرضني كقبوله قياسا على البيع، ومن ثم جرى هنا خلاف المعاطاة وسائر ما مر ثم من الشروط، نعم لو أقرضه شيئا على أن يستبين مقداره ويرد مثله صح وإن اشترط العلم بالقدر والصفة ليتأتى أدائه ويجوز إقراض مكيل وزنا وعكسه إن لم يتجاف في المكيال كالسلم (وملك) المقترض أو الشيء المقرض (بقبض) بإذن مقرض وإن لم يتصرف فيه فينفقه ويعتق عليه إن كان بعضه، ويجوز إيراد القرض على موصوف ثم يعين ولو في غير المجلس لكن قبل طول الفصل عرفا.

(والأوجه في النقوط المعتاد في الأفراح) أنه كالهبة لا القرض وإن اعتيد رد مثله أو ادعى المعطي نية القرض صدق بيمينه كما علم ما مر، ولو قال أعط فلانا كذا لترجع عليّ رجح إن كان له غرض في إعطائه كفقره أو الخوف منه، نعم لو قال أقرضني خمسة وأدها عن زكاتي لم يجز خلافا للقفال (و) مع حصول الملك بالقبض (جاز) للمقترض (رد) لما اقترضه بعينه وعلى المقرض قبوله إلا إذا نقص فمع الأرش أو مثله سليما قاله الماوردي (و) للمقرض (استرداد) حيث بقي بملك المقترض فيلزمه رده وإن كان مؤجرا فيأخذه مسلوب المنفعة فيأخذ مثله أو معلقا عنقه بصفة أو زال عن ملكه ثم عاد على الأوجه، بخلاف ما لو تعلق به حق لازم كرهن وكتابة وتعلق أرش جناية برقبته ويرجع في زيادة متصلة لا منفصلة (و) إذا تلف مقرض ولو شرعا (وجب) على مقترض (رد المثل) لما اقترضه حقيقة في المثلي (ولو) في نقد بطل التعامل به و (صورة) في المتقوم لأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ اقترض بكرا أي فتيا من الإبل ورد رباعيا بفتح الراء وتخفيف الياء ما دخل في السنة السابعة.

ويبحث ابن النقيب، وتبعه اعتبار ما فيه من المعاني كحرفة للعبد وعدو للذباة فإن لم يئأت اعتبر مع الصورة مراعاة القيمة ويصدق فيها كصفة مقترض لأنه غارم (وأدائه) أي المقرض (ك) أداء (مسلم فيه حل) فحكهما واحد (صفة وزمانا ومكانا) فلا يجب قبول

رديء عن جيد ولا قبول في زمن نهب إلا إن أقرضه فيه أو في مثله على الأوجه ولا في غير محل القرض إن كان مخوفاً أو لحمله مؤنة ولم يتحملها المقرض، ولا يلزمه دفع في غير محل القرض إلا إذا لم يكن لحمله مؤنة أو تحملها المقرض كما أفهمه قوله (نعم له) على المقرض (في غيبة) من كل منهما عن محل الإقراض (قيمة ذي مؤنة) في حمله لم يتحملها المقرض فيطالبه بها ثم اعتياضاً لا للحيولة لجواز الاعتياض عنه فالمانع من طلب المثلي مؤنة الحمل كما عليه الشيخان وكثير لا كون قيمة بلد المطالبة أكثر من قيمة بلد الإقراض خلافاً لجمع.

والأوجه أنه حيث وجب المثل وجب تحصيله وإن زاد على ثمنه خلافاً للزرکشي وحيث وجبت القيمة اعتبرت (ببلد القرض) لأنها محل التملك (يوم) أي وقت (طلب) لها منه لأنه وقت استحقاقها وهي للفيضلة كما مر (وفسد) القرض (بشروط جرنفع مقرض) لخبر «كل قرض جرنفعة فهو ربا» وهو ضعيف، وقال الإمام الغزالي صحيح لكن قال به جمع، من الصحابة وذلك (كأن) يشترط في عقد القرض على المقرض أن (يرهنه) شيئاً أو يأتي له بكفيل أو يشهد أو يقر بدين آخر له عليه وحده أو مع القرض (أو) أن (يرد) أي القرض إليه (ببلد آخر) ليربح حمل الطريق وخطره (أو) أن يرده إليه (بعد شهر فيه خوف) لكونه زمن نهب ونحوه (وهو) أي المقرض (ملئ) بالمقرض أو بدله فيما يظهر خلافاً لما يوهمه تعبير شارح بالواو وإن شرط رده إليه زمن النهب على الأوجه لأنه مظنة لعود النفع على المقرض، بخلاف المعسر إذ لا وثوق بدمته فلا يوثق بعود النفع للمقرض (وكذا رد أكثر) ما اقترضه (أو أجود) منه ولو في غير الربوي فإن العقد يفسد باشتراط كل منهما لما مر وأتى بكذا ليختص بما بعدها قوله (فإن عكس) بأن اشتراط رد أقل ما اقترضه أو أردأ منه أو مكسراً عن صحيح (أو شرط أجلاً) لا غرض فيه بأن لم يجر نفعاً للمقرض (أو أن يقرضه) قرضاً ثانياً (ولا غرض) أيضاً (صح) القرض لأن المنفعة إن تحققت حينئذ كانت للمقرض فهو زيادة في إرفاقه (وفسد الشرط) لأنه وعد لا يلزم، لكن يسن وفأؤه ولقوة داعي القرض لأنه قريبة فسد الرهن بنظير ذلك، أما إذا كان له غرض في الأجل أو الإقراض ثانياً لنحو زمن نهب فيفسد العقد أيضاً لجره له نفعاً (وجاز نفع) يصل المقرض من مقرض (بلا شرط) في العقد من غير كراهة بل يسن ذلك لمقرض لقوله ﷺ: «إن خياركم أحسنكم قضاء» نعم يمتنع على مقرض

لنحو محجوره أو جهة وقف رد الزائد .

والأوجه أن الإقراض من تعود الزيادة بقصد ما مكروه وأن المقرض يملك الزائد من غير لفظ لأنه وقع تبعاً وأيضاً فهو شبه الهدية، وأن المقرض إذا دفع أكثر ما عليه وادعى أنه إنما وقع ذلك ظناً منه أنه الذي عليه حلف ورجع فيه (و) جاز في القرض (شرط رهن) به (و) شرط (كفيل) به ولا بد من تعيينهما نظير ما مر في البيع فتعريف أصله لهما أحسن لأن فيه إشارة لذلك (أو) شرط (إقرار) أو إشهاد به (عند حاكم) لأن هذه الأمور توثقات لا منافع زائدة فتلزم، وله إذا لم يوف المقرض بها الفسخ وإن كان له الرجوع بغير سبب فإنه قد يستحي منه، وأيضاً فالرجوع حينئذ جائز قطعاً بخلافه بلا سبب، ولو قال أقرض هذا مائة وأنا لها ضامن فأقرضه المائة أو بعضها كان ضامناً لها على الأوجه للحاجة كالتق متاعك في البحر وعليّ ضمانه وإن كانت ثم أكد .

[باب في الرهن]

وهو لغة الثبوت وشرعاً جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه .

[وأركانها أربعة: صيغة] وبدأ بها للاهتمام بها فقال (صحة رهن) لا توجد إلا (بإيجاب وقبول) كرهنت وارتهنت (أو استيجاب) مع إيجاب أو استقبال مع قبول كالبيع، ومن ثم اشترط هنا ما مر ثم، ومن اتصال اللفظين وتوافقهما معنى ويأتي هنا خلاف المعاطاة، نعم لو شرط الرهن في عقد كبيع أو نكاح أو إجارة كبعثك على أن ترهنني فقال اشتريت ورهنت صح على المعتمد وإن لم يقل الأول بعده ارتهنت أو قبلت، وللشرط حكمه في البيع فهو بما يوافق مقتضاه كتقديم مرتهن به مؤكداً، وبما فيه مصلحة كإشهاد لازم وبما لا غرض فيه كأن يأكل كذا الغو، وبما يضر الراهن كشرط منفعته للمرتهن أو رهن ما يحدث من زوائده أو المرتهن كأن لا يباع عند الحلول مفسد للرهن، نعم إن قدرت المنفعة في الأولى، والرهن مشروط في بيع فهو بيع وإجارة وهو جائز .

[باب الرهن]

(قوله وشرعاً جعل إلخ) قد يقال هو غير جامع لخروج الرهن الحكمي وهو صيرورة المال في الذمة محكوماً برهنه في نحو الإنفاق وفداء الجاني، ويرد بأن المراد جعل الشارع أو العاقد فدخل ذلك وصار جامعاً مانعاً .

[الركن الثاني: العاقدان] وشرطهما أن يكونا (من أهل بيع) بأن يكون كل منهما مكلفا مختارا غير محجور عليه فلا يصح من أزداد هؤلاء كالبيع، لكن الرهن نوع تبرع فإن صدر من أهله في ماله فذاك وإلا فالشرط وقوعه على وجه المصلحة ومن ثم صح من أهل البيع في ماله (لا) من (ولي) أب أو غيره في مال موليه الصبي أو المجنون أو السفية (و) لا من (مكاتب) في ماله (و) لا من عبد (مأذون) له في التجارة في مال سيده إن أعطاه مالا أو ربح وإلا رهن وارتهن بلا شرط وذلك لأنهم ليسوا من أهل التبرع (إلا) إن وقع على وفق المصلحة بأن رهن أحدهم (من) مرتهن (أمين) يجوز إبداعه (آمن) بالمد على ما بيده من أن يمتد إليه نحو نهب فيصح الرهن حينئذ (إن اشترى) الولي لموليه أو المكاتب لنفسه أو المأذون لسيده (مساوي ثمن ورهن) معا كأن يشتري مساوي مائتين بمائة نسيئة ويرهن بها من أمين آمن مساوي مائة إذ الغبطة ظاهرة إن سلم الرهن وإلا ففيما اشتراه جابر، بخلاف ما إذا لم يساو ذلك (أو) بأن رهن كل منهم رهنا متأكدا (بشرطه) أي بسبب اشتراط مالك العقار الآتي الرهن بأن لم يبعه إلا بشرط الرهن (اشترى عقار) للطفل مثلا (لنهب) أي لأجل نهب أو حريق أو نحوه خيف بسببه على المال دون العقار فله حينئذ أن يشتري له به عقارا من لا يمتد ذلك إليه ويرهن بثمنه ما يخاف امتداد نحو النهب إليه لولا الرهن إن اشترط مالك العقار ذلك وتعذر إيفاء الثمن حالا لأن الإيداع حينئذ ما لا يمتد إليه جائز نحو النهب إليه في يد الثاني، وأما إذ لم يشترط ذلك فيمتنع الرهن لقدرته على الإيداع الخالي عن تعلق الدين بالمال (و) يصح - (من غير المأذون) أي الولي رهن مال موليه والمكاتب رهن مال نفسه خلافا للشرح الصغير وغيره من أمين آمن (لنفقة) أي لأجل مؤنته أو مؤنة مونه (و) لأجل مؤنة ماله نحو (إصلاح ضيعة و) لأجل (إيفاء حق) لزمه بنحو إتلاف فلكل منهما أن يرهن بما اقتضاه لشيء من ذلك (إن ارتقب) الراهن المذكور (غلاء) لبضاعة كاسدة يؤدي من ثمنها (أو) ارتقب (غلة) لنحو عقار يؤدي منها (أو) ارتقب (حلول دين) له مؤجل يوفي منه للمصلحة في كل ذلك .

ويظهر أخذًا ما مر في مساوي ثمن ورهن أنه لا يرهن هنا إلا مساوي الدين المقرض ويحتمل الفرق فإن لم يرتقب شيئًا من ذلك باع ما يرهنه ولا يقتض أي لا يجوز له

(قوله إن ارتقب) الظاهر أنه لا يكفي مجرد الارتقاب في العلة أو الغلاء بل لا بد أن تدل عليه

قرائن يفيد مجموعها غلبة ظن وقوعه .

الاقتراض والرهن عليه للضرر بتقدير فرض تلف الرهن فدعوى أن البيع أولى من الاقتراض مخالفة لظاهر عبارتهم كما علمت أما المأذون فلا يتأتى منه ذلك وكما تعتبر المصلحة في الرهن لنحو المولى كما تقرر كذلك تعتبر في الارتهان له (و) من ثم (ارتهن) وجوبا (ولي لطفل) أو مجنون أو سفيه (بما ورث) من دين مؤجل استيثاقا له، ومحل الوجوب هنا وفي سائر صور الارتهان حيث لم يخف تلف المرهون وإلا تخير، والأولى أن لا يرتهن لأنه قد يرفعه لحاكم يرى سقوط الدين بتلفه (و) ارتهن وجوبا أيضاً (كل) من ولي غير قاض ومكاتب ومأذون (بدين تعذر) أي لم يتيسر استيفاؤه لمصلحة التوثق بالرهن إلى تيسر الوفاء (و) ارتهن كل منهم أيضاً (بما أقرضه) لخوف عليه من نحو النهب (أو باعه) مؤجلاً لنهب أي لخوف عليه من نحو نهب أيضاً، أما القاضي فارتهانه جائز وزعم المصنف أنه جائز لغيره أيضاً، وليس كذلك وإن تبعه غيره، وعلى التفصيل يحمل ما أفهمه كلام الشيخين هنا من الوجوب وفي الحجر من الجواز (ووجب) الارتهان على كل منهم (لبيع غبطة) بأن باع أحدهم نسيئة لغبطة كخوف عليه من نحو نهب وإن أيسر مشتر، نعم إن باعه أب أو جد لنفسه لم يشترط ارتهان، وشرط صحة بيعه نسيئة مع ما ذكر من غبطة وارتهان أمانة مشتر وغناه ووفاء الرهن بالثمن وقصر الأجل عرفاً، وكذا إشهاد عند جماعة وهو متجه مدركا لكن الجمهور على أنه لا بطلان بتركه وللولي إقراض لضرورة أو سفر إلا القاضي فله ذلك ولو مع انتفاء الحاجة والغبطة كما مر.

ونقل الرافعي أن الأب مثله، وشرط المقترض الأمانة والملاية وكذا انتفاء الشبهة عن ماله ومال المشتري فيما يظهر حيث خلا عنها مال المولى.

(قوله ووجب لبيع غبطة) قد يقال هذا تطويل مناف لغرض المتن من الاختصار إذ كان يمكنه أن يقول أقرض لنهب أو باع مؤجلاً له أو لغبطة فيخلص من ورطة الجمع بين باع وبيع ومن زيادة وجب مع الاستغناء عن ذلك، ويجب بأن ما سلكه متحتم لأنه لم يصرح قبل بوجوب الارتهان وإنما الشراح صرحوا به في البعض ومن ثم لم أصرح بالوجوب في أقرض وصرحت به فيما قبله، وحكمته ما أشرت إليه، مع أن الإقراض قد يتصور فيه وجوب الارتهان وقد لا بأن لا يرضى أحد يقترض وقت النهب إلا من غير ارتهان فحينئذ يجب من غير ارتهان للضرورة، ولا يتصور مثله في بيع الغبطة لأن من رضي به يرضى بالارتهان غالباً كما هو واضح وأيضاً لو سلكهما أعني الإقراض والبيع في سياق واحد لأوهم اتحادهما في شروطهما المذكورة في المطولات وليس كذلك كما يعلم مما ذكرت من شروط كل.

[الركن الثالث: المرهون، وله شرطان: الأول] كونه ما يحصل به توثق ويقدر على تسليمه (و) من ثم لا توجد (صحة عقده) أي الرهن إلا (في عين) ولو جزأ مشاعاً، ويشترط إذن شريك في قبض ما ينقل لتوقفه على النقل الممتنع من غير إذنه فلا يصح رهن منفعة ولو بحال إذ لا يوثق بها لانعدامها ولا دين ولو من عليه لأنه غير مقدور على تسليمه، نعم قد يكونان رهناً بلا إنشاء كما أفهمه قوله عقده كأن مات مدين وله منفعة فإنها مرهونة أو جنى على المرهون فإن بدله في ذمة الجاني محكوم عليه بأنه رهن.

الشرط الثاني: أن يكون عيناً (تباع) أي تقبل البيع (لدى محله) بكسر الحاء أي وقت حلوله كمرتد ومحارب ومتعلق برقبتة قصاص، ولغلبة العفو مع ندبه فارق معلق العتق وما يسرع فساده، نعم يصح رهن أمة دون ولدها وعكسه كما مر، وذلك ليستوفي من ثمنها فاستيفاءه مقصود الرهن أو من مقاصده فحينئذ (لا) يصح رهن ما لا يقبل البيع عند الحلول نحو أم ولد ومكاتب وموقوف وجان تعلق برقبتة مال و (مدبر) ولو بحال لأن سيده قد يموت فجأة قبل التمكن من بيعه، ولكون عتقه أكد للخلاف في جواز بيعه لم يجر فيه التفصيل في معلق العتق بصفة في قوله (ومعلق عتق بصفة) لم يشترط بيعه قبلها وهي (قد تتقدم) على المحل أو قد تقارنه فلو عبر به لكان أولى كالتعليق بقدم غائب للغرر فمتيقنه التقدم أو المقارنة أولى، بخلاف ما إذا تيقن تأخرها عنه بأن رهن بحال أو بمؤجل يحل قبل وجودها بزمن يسع البيع أو شرط بيعه قبل وجودها فيصح الرهن ويباع في الدين،

وتأمل قول الشرح وشرط صحة بيعه نسيئة من غبطة وارتهان أمانة مشتر وغناه إلخ تعلم أن البيع مع الغبطة لا يساوي الإقراض مع خوف النهب على أن الذي في مسألة البيع واجبان البيع نفسه وكونه لغبطة، بخلاف الإقراض مع النهب قد يجب وقد لا والارتهان عليه قد يجب وقد لا كما يفهمه ذكر الشرح تناقض الشيخين وحمله على التفصيل الذي ذكره، فتأمل ذلك لتعلم عذر المتن ودقة نظره في الاختصار وأن غيره لا يشق غباره فيه وأما تأليف بعض معاصريه كراريس مبسوط في رد كل أو غالب ما عدل إليه عن عبارة الحاوي فهو من تنافس العصريين الذي لا يسلم منه إلا من منع ظهره بدرع الإخلاص وسلم من أدنى كدر حين لا فرار ولا مناص حقق الله لنا ذلك بمنه وكرمه آمين.

(قوله إلا في عين) أي معينة فلا يرهن ولا يوهب عيناً موصوفة ثم يعينها ذكره الإمام، ويرد فيما مر في البيع أنه يكفي وصف الرهن بصفة السلم ويرد بأن الرهن ثم وقع تابعاً للبيع فاكتمى فيه بالوصف بخلافه هنا.

فإن لم يبيع حتى وجدت عتق وإن أعسر الراهن على الأوجه لأن العبرة في المعلق بحال التعليق ولا يشترط ملك الراهن للعين بل يصح (ولو) كانت (عارية) وإن لم يصرح بلفظها كأن قال له مالكمها ارهنها بدينك لحصول الوثوق بها، وتصح إعارة النقد لذلك على الأوجه وإن منعنا إعارته لغير ذلك، وإنما تصح العارية للرهن (من) مالك (عارف بالمرتهن) أي بعينه أو اسمه ونسبه لا بوصفه كما هو ظاهر أخذاً ما مر في كفيل الثمن (ودينه) المرتهن به (جنساً ونوعاً وقدرًا وصفة) من نحول حلول وأجل أصلاً وقدرًا وصحة وكسراً وإن لم يذكر ذلك له لاختلاف غرض المعير بذلك (وهو) أي عقد العارية للرهن معه (ضمان) من المعير للدين بموته، ولا يلزمه أداء لو تلف المرهون (فإن خالف) المستعير ما عينه له المعير ولو بإعارته بعد قوله له أعرنيه لأرهنه بألف أو عند فلان بطل (ولو) عدل عن فاسق لثقة خلافاً لمن زعم أنه لا يضر لاختلاف الغرض باختلاف الأشخاص، أو كان المخالفة (بنقص من مرتهنين) لاختلاف الغرض لأنه ينفك بأداء نصيب أحدهما ما يخصه من المرهون فإذا رهنه عن واحد لم ينفك منه شيء بأداء بعض الدين أو بزيادة على مرتهن كذلك لأن أحدهما قد يبيع المرهون دون الآخر فيتشقص الملك على المعير (لا) إن خالف بنقص من (دين) لرضا المعير بالأنقص في ضمن رضاه بالأكثر.

وإنما (بطل) في جميع ما ذكر، ولم يأت هنا تفریق الصفقة خلافاً لمن نظر فيه لما مر فيها من أنه بالمخالفة يصير غير مأذون له في شيء، ومن كان الذي يتجه تضمين المرتهن هنا لو تلف بيده لأن المالك لم يأذن في وضع يده عليه في هذه الحالة أصلاً، بخلاف فاسد الرهن الآتي فإن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه (ولزم) رهن المعار (بقبض المرتهن) فيترتب عليه جميع الأحكام المترتبة على اللزوم الآتي فليس لمعير رجوع بعده وإلا لم يحصل توثق وينفذ عتقه إن أيسر وإلا فلا (وصار) المعار (به) أي بقبض المرتهن (أمانة) وانقطع بالقبض حكم العارية من الضمان وغيره، فلو تلف في يد مرتهن لم يضمه لأنه مستعير، ولو أتلّف أقيم بدله مقامه (فإن) كان الدين حالاً أو (حل أجل) للدين المؤجل أو أمهله المرتهن (أمر المعير) أي جاز له أن يأمر (هذا) أي المستعير (بفكه) ويجبره عليه ليخلص ملكه المشغول بالوثيقة، وإنما ملك ذلك قبل المطالبة دون الضامن لأن شغل المعير ماله هنا بالدين بمنزلة أداء الضامن ثم (و) أن يأمر (هذا) أي المرتهن (بطلب دينه) ليأخذه فينفك الرهن (أو فسخه)

وبرد المرهون إليه كما لو ضمن مؤجلا فمات الأصيل فللضامن أن يقول للمضمون له طالب بحقك أو أبرئني وله البداءة بأيهما كما أفهمه العطف بالواو خلافا لبعضهم، أما قبل الحلول فليس له شيء من ذلك (وإن وجب بيعه) أي المعار بأن حل الدين ولم يؤد الرهن (روجع) المعير ولو معسرا في بيعه وقد يريد فداءه فإن لم يأذن ولم يوف باعه الحاكم وإن أيسر الرهن كما يطالب الضامن وإن أيسر الأصيل (و) إذا بيع ولو بغير إذنه (رجع) على الرهن (بما بيع) به أي بثمنه ولو مثليا على الأوجه لا بقيمته كما أن الضامن لا يرجع إلا بما أداه سواء زاد عليها أم نقص عنها بقدر يتغابن به، ولا يتصور أكثر منه لأن البيع هنا إنما هو بثمن المثل (وكذا) تجري الأحكام المذكورة فيما (لو) كان لإنسان مال و (رهنه) في دين إنسان (عنه) كرهنتك عبدي بدينك على فلان (أو ضمن) دينه (في رقبته) كضمنت ما لفلان المضمون عنه. ويجوز اعتبار القبول في الضمان المتعلق العين كالمرهون وإن لم يعتبر في ضمان الذمة. وقد يجاب بأنه إنما اعتبر القبول في المرهون لأن الرهن عقد محض والضمان هنا ليس كذلك بل شائبة شبهة بالضمان أقوى فغلبت.

وأما نحو الرجوع فشرطه أن يقع الرهن أو الضمان (بإذنه) أي المدين وإلا فلا رجوع عليه كنهضه الآتي في الضمان فيهما، ولو قضى المعير الدين لم يرجع به على الراهن إلا إن سلمه بإذنه لما أدى في غير محل الضمان احتمل التبرع، بخلاف ضامن بالإذن أدى بغيره لأن ذمته محل الضمان (ويرهن) جوازا (ما يفسد) أي يسرع إليه الفساد إن أمكن تخفيفه مطلقا وحينئذ يجفف إن رهن بمؤجل لا يحل قبل فساده ومؤنة تخفيفه على المالك، فإن تعذر باع الحاكم جزءا منه وجففه أو لم يمكن ولكن رهن بحال أو بما يحل قبل فساده ولو احتمالا بزمان يسع البيع عادة لأن الأصل عدم فساد قبل الحلول، وفارقت صورة الاحتمال ما مر في معلق العتق بقوة تشوف الشارع إليه أما إذا أسرع إليه الفساد (قبل محل دين) أو معه أو لم يعلم أنه يحل معه أو بعده (و) الحال أنه ما (لا يجف) فلا يجوز رهنه إلا (إن شرط بيعه) عند خوف فساد (ليصير ثمنه رهنا) مكانه وبيع وجوبا في سائر الصور ما عدا الأولى عند خوف فساد حفظا للوثيقة وعملا بالشرط ويصير الثمن رهنا من غير إنشاء عقد في الأخيرة وبإنشائه في غيرها، بخلاف شرط منع بيعه مطلقا وهو ظاهر، أو شرط بيعه قبل خوف الفساد كما بينته في

(قوله في الأخيرة) المراد بها الصور الثلاث المذكورة في القسم الأخير وهو ما إذا أسرع إليه الفساد. وهذا تحته صور: أن يعلم فساد قبل محل الدين أو معه أو لم يعلم أنه محل معه أو بعده،

الأصل، أو عدم شرط شيء على المعتمد لتعذر الاستيفاء منه عند الحلول والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن لكن الأكثر على أنه يصح وبيع عند تعرضه للفساد لأن الظاهر أنه لا يقصد إفساد ماله واعتمده الأسنوي وغيره، واشترط التصريح عند شرط البيع برهن الثمن لأنه من مصلحة التوثق، وبه فارق ما يأتي أن الإذن في بيع المرهون رهناً لا يصح، ولا يستقل المرتهن بالبيع بل يجبر عليه الراهن بطلبه فإن تركه وقد أذن له أو الرفع للقاضي عند عدم الإذن له ضمنه ويجوز له بعد الإذن بيعه في غيبة المالك لأن غرضه الزيادة في الثمن ليتوثق به، بخلافه عند المحل الآتي لاتهامه بالاستعجال حتى يستوفي، وثمن المبيع هنا في صيرورته رهناً مكانه (كثمن رهن) بيع لظرو ما عرضه للفساد قبل الحلول مع كونه كان ما لا يتسارع إليه الفساد كبر ابتل (و) خيف (لأجل ذلك) تلفه (بأن لم يمكن تخفيفه فإن الثمن هنا يكون رهناً أيضاً كما أن البيع واجب هنا أيضاً فيجبر الراهن عليه حفظاً للوثيقة ولم ينفسخ بذلك لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء .

[الركن الرابع المرهون به (و) له أربعة شروط]:

الأول: (كونه) أي الرهن عطف على محل في عين (بدين) ومنه المنافع في الذمة، وبيع المرهون عند الحاجة وتحصل المنافع بثمنه فلا يصح بعين ولو مضمونة لأنها لا تستوفي من ثمن المرهون وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع وفارق صحة ضمانها لترد وإن اشتركا في التوثق بأن ضمانها لا يجزى لو لم تتلف إلى ضرر، بخلاف الرهن بها فيجبر ضرر دوام الحجر في المرهون .

الثاني: كونه بدين (ثابت) فلا يصح بغيره وإن جرى سبب وجوبه كنفقة الغد لأنه وثيقة حق فلا يتقدم عليه كالشهادة.

وإلحاق هذه الصورة الثالثة بالأولين صحيح كما جريت عليه في شرح العباب أيضاً فإن المتن كشيخنا وغيره اقتصروا على الأولين فقط، نعم لك أن تدعي أنها مفهومة من الأولين لأن كلا منهما هو أحد شقيها وقد وجب فيه الشرط فليجب إذا وقع التردد بينهما لأنه لم يخرج عما وجب الشرط فيه فتأمل. هذا، وقد اشتبه على كثير من الأذهان أحكام هذه الصور فلا بأس بإيضاحه تيسيراً لها على بعض الأفهام.

وحاصلها أن ما أسرع فسادها إما أن يطرأ عليه ما يعرضه للفساد أولاً، والثاني إما أن يمكن تخفيفه وتحت صور يأتي بسطها، ويصح رهنه هنا مطلقاً لكن فيما إذا رهن بمؤجل لا يحل قبل فسادها

الثالث: كونه بدين ثابت (لازم) ولا يغني عن ثابت لأنه الموجود حالاً واللزوم وصف للدين في نفسه وإن لم يوجد فلو اقتصر على لازم ورد عليه ما سيقرضه ونحوه ما لم يثبت وإن كان لو وجد سمي لازماً ويكفي لزومه (ولو في أصله كضمن فيه خيار) وقد ملك المشتري المبيع بأن كان الخيار فيه له لتملك البائع الثمن ولا يباع المرهون بالثمن ما لم تمض مدة الخيار (لا) بغير لازم (كجعل قبل فراغ) من العمل المجمعول عليه ولو بعد الشروع فيه، وفارق الثمن المذكور بأن موجهه البيع وقد تم وموجب جعل العمل ولم يتم، أما بعد الفراغ فيصح للزوم الدين.

الشرط الرابع: كون الدين معلوماً لهما فلو جهله أحدهما لم يصح، ومن ثم لا يجوز الرهن بمن درهم إلى عشرة وإن جاز ضمانه (ويزاد بالدين) الواحد (رهن) بعد رهن لأنه

يجفف ومؤنة تجفيفه على مالكة المجفف له كما قاله ابن الرفعة: أي وإن كان غير الراهن بأن كان معيراً للرهن فيما يظهر لأن هذا من مصالح العين فهو من جملة مؤننها التي هي عليه، وفيما عدا هذه من نظائر تلك الصور الآتية يباع عند خوف فساد أو لا يمكن تجفيفه كالمرقعة وتخته صور: الأولى: أن يرهن بحال. الثانية: أن يرهن بمؤجل ويعلم عدم فساد أو يعلم فساد بعد الحلول. الثالثة: أن لا يعلم أنه يفسد قبل أو بعد، وفي هذه الصور يصح مطلقاً حتى في الأخيرة لأن الأصل عدم الفساد. الرابعة: أن يعلم أنه يحل بعد فساد أو معه أو لم يعلم أنه يحل معه أو بعده، لكن يجب في هذه الصور الثلاث وإن نظر فيه الإسنوي شرط بيعه عند إشرافه على الفساد وجعل ثمنه رهناً مكانه، وحينئذ يصير الثمن رهناً من غير إنشاء عقد اكتفاء بشرط صيرورته كذلك في عقد الرهن، ويصير رهناً أيضاً من غير إنشاء فيما إذا أطلق وقلنا بالصحة التي أطال فيها المتأخرون، بل قال السبكي: توقف كثيرون في الترجيح هنا ولي بهم أسوة فإن النظر بينهما متجاذب، لكن تلامذته وتلامذتهم رجحوا ولم يعولوا على ما قاله لظهور مدرك ما رجحوه عندهم، وكم يدخر لتأخر ما عسر على أكثر المتقدمين لما هو مقرر أن العلوم منح إلهية ومواهب اختصاصية، ومن ثم سن للمفتي قراءة السؤال والجواب على حاضريه لعل أن يلهم أحدهم ما خفي عليه وتوجه صيرورته رهناً هنا أيضاً بأن خوف الفساد هنا لما اضطرنا إلى القول بالصحة على هذا الوجه صار البيع كأنه لم يوجد وصار دوام الرهن مستصحباً وحينئذ يلزم دوامه على الثمن فلم يحتج لإنشاء.

(قوله وإن كان لو وجد سمي لازماً) هذا لا أثر له في الفرق وإنما هو تصريح بما لعله يغفل

عنه.

(قوله وإن جاز ضمانه) هو ما نقله الزركشي عن ابن خيران وأقره وفيه نظر بل كلام الشيخين كالأصحاب صريح في رده حيث قالوا: ما جاز رهنه جاز ضمانه عكسه وهذا جاز ضمانه فلم امتنع

زيادة توثقة ثم هو كما لو رهنهما معا (لا عكسه) فلا يجوز أن يزداد بالرهن الواحد دين ثان مع بقاء رهنية الأول وإن وفى بهما أو اتحد جنسهما خلافا لمن وهم فيه وفارق ما قبله بأن هذا شغل مشغول وذلك شغل فارغ (إلا) أنه يستثنى من العكس صورتان:

الأول: ما إذا كان الرهن (بفداء) أي بسببه بشرط بأن جنى العبد المرهون فللمرتهن فداؤه بإذن الراهن وإن قدر على الفداء ليكون مرهونا بالفداء أيضاً لتضمنه استيفاء الرهن.

(و) **الثانية:** ما إذا كان بسبب (إنفاق) من المرتهن على المرهون (بشرط) بأن أذن له الحاكم لعجز الراهن أو غيبته ليكون مرهونا بالنفقة أيضاً وكذا الراهن وقد عجز على الأوجه، بخلاف ما إذا قدر إذ لا ضرورة (ويزج رهن ببيع أو قرض) أو نحوهما كإجارة وصداق (إن أخطر طرفاه) أي الرهن أي كل منهما عما مزج به فقط كبعثك هذا بكذا وارتهنت به عبدك فيقول الآخر ابتعت وأرهننت، لأن شرط الرهن في ذلك جائز فمزجه أولى إذ التوثق فيه أكد لأنه قد لا يفي بالشرط، واغتفر تقدم أحد طرفيه على ثبوت الدين لحاجة التوثق.

قال القاضي في صورة البيع: ويقدر وجوب الثمن وانعقاد الرهن عقبه كما يقدر الملك قبل العتق في البيع الضمني، ولكون الرهن من مصالح نحو البيع لجواز اشتراطه فيه دون الكتابة امتنع فيها المزج، واشترط تأخر الطرفين بالمعنى المذكور ليتحقق سبب ثبوت الدين من كل من العاقدين، فلو انتفى ذلك كارتهنت ثوبك وبعثك ذا بعشرة وقال رهننت واشتريت أو اشتريت ورهننت، وكبعثك ذا بعشرة وارتهنت بها عبدك فقال رهننت واشتريت لم يصح العقد، كما لو قال بعثك ذا بعشرة على أن ترهنني ذلك فقال اشتريت ورهننت على خلاف المعتمد السابق ما لم يقل البائع ارتهنت (ولغا أداء دين لا عقد رهن ظن وجوبهما) فظن الصحة فقط أولى فإذا أدى ديناً ظنه عليه فبان خلافه استرجعه ولا يملكه قابضه لأن أداء الدين يستدعي سبق ثبوته، بخلاف ما لو عقد رهننا ظن وجوبه كما إذا اشترى أو اقترض شيئاً من دائنه بشرط أن يرهنه بما في ذمته فإن البيع وإن فسد بالشرط لكن الرهن صحيح خلافاً للحاوي لأنه صادف محله، وظن الصحة لا يجر لجهالة في الرهن،

هذا مع أنه يشترط علمها في كل منهما على أن نحو الإبراء أضيقت من الرهن للفرق الواضح بين الوثيقة وإزالة ما في الذمة من الدين الثابت اللازم المستقر.

(قوله خلافاً لمن وهم فيه) أي غفلة عما يأتي في النكاح من حرمة نظرها والخلوة بها.

وبه فارق ما لو أتى ببيع مشروط في قرض أو بيع على ظن صحة الشرط فإنه يبطل على المعتمد، إذ ظن صحة الشرط هنا يقتضي مقابله بجزء من الثمن وهو مجهول فيصير الثمن مجهولاً، ومن ثم لو علما فساد الشرط صح إذ لا مقابلة.

(ويختص الرهن بالملفوظ به) فلا يدخل بياض بين أشجار رهنها ولا نحو مفتاح ورحى في رهن دار وبناء وغراس في أرض، بخلاف البيع لضعف الرهن كما مر (وحمل) عطف على الملفوظ فيدخل في رهن الأم وإن لم يتناول اللفظ لأنه كالصفة ومحلها في موجود حال رهنها (لا حادث) بعده فلا يدخل فيه لكن يتعذر بيعها قبل وضعه لتعذر استثنائه وبيعه معها مع توزيع الثمن لأنه لا يعرف له قيمة، ومن ثم لو لم يتعذر ذلك بأن لم يتعلق الحق بثالث بنحو فلس أو موت أو وصية وسأل الراهن أنها تباع ويسلم الثمن كله للمرتهن كان له ذلك كما نص عليه في الأم.

(و) يختص الرهن أيضاً من غير الملفوظ (بزيادة) متصلة لعدم تميزها كبيض تفرخ (لا منفصلة) كثمرة وولد ولبن لتمييزها (و) لا (نحو صوف) ووبر وشعر فلا يدخل في رهن الحيوان وإن لم يبلغ أوان الجز ولو لم يعتد جزه على الأوجه لأنه في قوة الانفصال كالشجر في الأرض (و) لا نحو (غصن خلاف) بتخفيف اللام وهو شجر البان، وقيل الصفصاف وورق حناء وسدر وتوت وآس فإنها (كثمر) أي ملحقة به إذ لا تدخل في رهن الشجر وإن لم تتأبر.

(و) للرهن أحكام: منها أنه (ينفسخ قبل قبض) للمرهون (بتصرف) من الراهن إذا كان ذلك التصرف (يمنع عقده) أي الرهن ابتداءً كبيع وتدبير ورهن وهبة إن قبضاً على ما جزم به الشيخان. وقضيته أنه لا يعتد بهما بدون قبض، وعليه ففارق الوصية لأنها أضعف إذ لم يوجد فيها قبول فتأثرت بهما مطلقاً بخلاف الرهن، لكن المنقول عن النص

(قوله وينفسخ إلخ) ظاهره أن رهن التركة ينفسخ بفسخ الدائن كما في الرهن الجعلي لا سيما مع تصريحهم أن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالمرهون رهناً جعلياً، والرهن الجعلي ينفك بفسخ الدائن فكذا التركة تنفسخ بفسخ الدائن وإذنه في البيع وليس كذلك في الفسخ بل التركة مرتبهة بالدين، وإن قال الدائن فسخت هذا الرهن رعاية لبراءة ذمة الميت لأنها ما دامت مرهونة يبادر الوارث إلى فك المستلزم ببراءة ذمة الميت، بخلاف ما إذا انفك الرهن، ويأتي أول الفرائض أن محل قولهم لا ينفذ تصرف الوارث في التركة قبل وفاء الدين إذا كان بغير إذن الغريم وهو مناف لما تقرر، لكنني

والأصحاب أنه لا فرق وصوبه الأذرعى بخلاف ما لا يمنع عقده كإجارة سواء أنقصت قيمته مؤجراً عن قدر الدين أم لا على الأوجه، وتزويج أمة ووطء (لا) بنحو (موت عاقد) راهن ولو عن غيره أو مرتهن لأن مصيره إلى اللزوم، بخلاف نحو الوكالة فيقوم وارث كل مقامه في قبض أو إقباض، نعم إن كان ثم ديون لم يتقدم المرتهن على أربابها إذا أقبضه له الوارث لأن حقهم تعلق بجميع التركة بالموت وليس للوارث التخصيص وفي إقباضه تخصيص قاله البلقيني، ونحو الجنون وحجر السفه كالموت فيعمل ولي بالأصلح من فسخ وإمضاء (و) لا بنحو (هرب مرهون) رقيق أو دابة (وجنابته وتخمر عصير) وإن منع كل من ذلك ابتداءه اغتفاراً لما يقع في الدوام، لكن ما دام خمراً ولو بعد القبض حكم الرهن باطل فإذا تخلل عادت الرهنية ولو قبل القبض (و) من ثم إذا تخلل (قبض خلا) ولا يصح قبضه خمراً فإن وقع استؤنف بعد التخلل (وإنما يلزم رهن وهبة بقبض أهل) للقبض لكونه مكلفاً غير محجور عليه كقبض المبيع فيما مر فيه بتفاصيله لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ فللراهن والواهب الرجوع عنهما قبل القبض ولا لزوم من جهة المرتهن بحال وإنما يلزمان بقبض أهل (بإذن) من المالك الأهل أيضاً في القبض عنهما وإن كان المرهون أو الموهوب تحت يد المرتهن أو المثهب لأنه فيهما غير مستحق بالعقد، ولو كان الإقباض من الراهن أو الواهب لم يحتاج لإذنه إن قصد الإقباض عنهما، ومحل ذلك إذا لم يعرض مانع قبل التسلم فلو أذن أو أقبض فجن أو أغمي عليه قبله لم يجز قبضه (كتعيين دين) في الذمة فإنه يتعين بقبض أهل بإذن المدين وإلا كان أقبض مدين غير أهل ولو بإذن الدائن أو أهلاً بغير إذنه أو قبض من مال مدينه قدر دينه بغير إذنه أي ولا مسوغ للظفر فسد القبض والمقبوض باق على ملك

جمعت في شرح المنهاج بأن من ذكر نفوذ تصرف الوارث بإذن الدائن مراده ما إذا أذن في البيع لوفاء الدين ومن ذكر امتناعه مع الإذن مراده ما إذا أذن له في التصرف لنفسه وهو جمع متعين توفيقاً بين كلامهم في البابين.

(قوله لأنه فيهما غير مستحق بالعقد) قضيته أنه لو استحق به كأن شرط في بيع جاز الاستقلال بقبضه وليس ببعيد قياساً على قبض المشتري للمبيع حيث لم يكن للبائع حق الحبس، ويحتمل أنه لا فرق بين المشروط وغيره، ولا نسلم أن القبض هنا مستحق بالعقد وإنما هو مستحق بالشرط المفارق للعقد وبينهما فرق محتمل.

(قوله إن قصد الإقباض عنهما) هذا ينبغي أن يكون مبنياً على ما يأتي أن أداء الدين يحتاج إلى قصد كونه عن المؤدى عنه، وسيأتي ما فيه قبيل الشركة على أنه لو قيل الشرط عدم الصارف مع

المدين (وحصل) قبض مرهون وموهوب ولو (لذي يد) بأن رهن أو وهب له عين بيده أمانة أو ضماناً وقد أذن له الراهن أو الواهب في القبض (بقدر سير إليه) والتخلية من متاع غيره في غير المنقول والنقل في المنقول بأن يمضي زمن بعد الإذن يمكن فيه السير عادة إلى محلها مع ما ذكر من التخلية أو النقل والمرتهن أو المتهب لما بيده (كمشتر) عينا في يده في اعتبار مضي ذلك بتفصيله السابق في البيع ويشترط مضي ما ذكر، وإن حصل الرهن أو الهبة من أب تولى الطرفين على المعتمد، وذكر قبض الموهوب هنا مع ذكره في بابه ليفرع عليه اشتراط الإذن ومضى ما ذكر والتوكيل في قوله (ويوكل) المرتهن أو المتهب (فيه) أي القبض من شاء كالبيع (لا من له إقباض) وهو الراهن أو الواهب أو وكيله لئلا يتحد القابض والمقبض، ومن ثم لو كان الراهن وكيلاً في الرهن فقط أو ولياً فبطلت ولايته جاز للمرتهن استنابته في القبض إذ لا اتحاد (و) لا يوكل (رقيقه) أي من ذكر لأن يده كيده (إلا) مبعوضاً له نوبة وقع القبض فيها و (مكاتباً) كتابة صحيحة لاستقلاله باليد والتصرف كالأجنبي (وتوضع) أمة (شابة) يعني غير صغيرة لا تشتهي ولو عجوزاً قبيحة المنظر خلافاً لمن وهم فيه ارتهنها أجنبي، ورهن غير الصغيرة للأجنبي مكروه (عند) مرتهن امرأة أو مسوح مطلقاً أو ثقة عنده حليلة أو محرم أو امرأتان ثقتان يحتشمهما بل أو ثقة يحتشمها أخذاً ما يأتي آخر العدد أنه يجوز خلوة رجل بامرأتين يحتشمهما إلا أن يفرق بأن هنا دوام يد فاحتياط له بتعدد غيرها، ويؤيده تعبير الأصحاب بنسوة وإن كان الظاهر حمله على ما

قيام قرينة تصرف القبض إلى المقصود لم يعد.

(قوله مكروه) يوجه بأنه قد يفضي إلى محرم نظراً وخلوة إفضاء قريباً إذ الغالب فيمن تحت يده امرأة ذلك.

(قوله مطلقاً) يرد عليه ما يأتي في بحث النظر أن الفاسقة ولو بغير نحو سحاق لا يجوز لها النظر، ويجب على من تعمدت النظر إليها أن تستتر كما في الكافرة مع المسلمة وحينئذ إذا ارتهنت أمة يجب فيها ما يجب في الرجل بجامع حرمة نظر كل منهما، وما يأتي أيضاً أن المسوح لا يجوز له النظر إلا إن كانت عدلاً والمرأة كذلك فهنا إذا كان غير عدل يجب فيه ما يجب في الرجل لما تقرر.

(قوله حليلة أو محرم أنثى) ينبغي تقييد كل بأن يكون يحتشمها، واشتراط هذا في الأجنبيين فقط فيه بعد إلا أن يجاب بأن من شأن الحليلة أو المحرم أنه يحتشمها، بخلاف الأجنبية وفيه نظر لأن الفرض أن عنده ثقة أو محرماً لا يحتشمها فهذا إذا تحقق لا شك أنه يمنع الاكتفاء بهما.

يشمل المرأتين ويؤمن مع المسوح ومن بعده منه عليها وإلا فعند محرم لها أو امرأة ثقة أو (عدل) بالصفة السابقة في المرتهن بأن يكون (له أهل) زوجة أو أمة أو محرم ثنتان كما مر، فإن شرط وضعها عند غير من ذكر صح الرهن على المعتمد لأن المنع لحق الله لا للملك وفسد الشرط لأنه يؤدي لمحرم، والخنثى لا يوضع عند امرأة لأنه مع النساء كرجل ومع الرجال كمرأة بل عند محرم أو مسوح أو عدل عنده من مر أو امرأتين ثقتين لأنه بفرض ذكوره يجوز له الخلوة بهما، والقياس في الأمر الجميل أنه إنما يوضع عند من يجوز له الخلوة به (وإن أودع) المالك (من يده ضامنة) كغاصب ومستعير ومستام وقابض بشراء فاسد العين التي له تحت يده (برئ) من ضمانها لأن الإيداع ائتمان وهو ينافي الضمان فإنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أميناً بخلاف الرهن (لا إن رهنها المالك (منه) لأن الرهن وإن كان عقد أمانة الغرض منه التوثق وهو لا ينافي الضمان ويبقى انتفاع المستعير بحاله ما لم يرجع المالك.

والأوجه ما اقتضاه كلامهم من بقاء ضمان نحو الغاصب وإن أذن له المالك في إمساكه رهنا ومضت مدة إمكان قبضه (و) لا إذا (قورض) من يده ضامنة على ما في يده لأن الغرض منه الربح فلا ينافي الضمان، ويتصور القراض على المعار إعارة صحيحة في إعارة النقد للتزيين (و) لا إذا (زوج) بالبناء للمفعول الأمة المضمونة في يده (و) لا إذا (أجر) يعني استأجر مضمونا عليه في يده (و) لا إذا (وكل فيه) ليتصرف فيه بنحو بيع أو هبة لما علم ما مر في رهنه منه، نعم إن تصرف في مال القراض برئ لأنه سلمه بإذن مالكة (أو أبرئ) من ضمان شيء (وهو) باق ولو (في) غير (يده) فلا يبرأ أيضاً لأن العين لا تقبل

(قوله ويؤمن مع المسوح إلخ) قد يؤخذ منه جميع ما ذكرته في قوله مطلقاً إلى هنا وحينئذ لا يرد عليه شيء من ذلك فتأمل.

(قوله محرم لها) هذا إنما كان في أزمتهن أما في أزمتهن المتأخرة فيبلغنا بلوغاً يقيناً أن بعض المحارم لعدم مروءته كدينه حتى يقع منه أنه يقود على محرمه فضلاً عن كونه لا يمنعها من الخلوة والنظر المحرمين، فيتعين حينئذ أنه لا يكتفى بمثل هذا المحرم الذي علم منه ذلك هنا وفي نظائره.

(قوله أهل زوجته إلخ) يأتي هنا نظير جميع ما تقرر قبل.

(قوله عند من يجوز له الخلوة به) أي وهو المسوح والمحرم أو السيد الذكر أو الأنثى بشرط أن يكون المسوح ثقة والأمرد ومن هو عنده من هذين ثقتين أخذاً مما يأتي في نظر السيد لمملوكته والمسوح للأنثى.

الإبراء لما يأتي فيه (و) إذا لزم الرهن بالقبض (امتنع بلزومه) على الراهن كل تصرف يزيل الملك إلا العتق الآتي أو ينقله للغير أو يزحم المرتهن أو ينقص المرهون ويقل الرغبة فمن ذلك (بيع وهبة ورهن وكتابة) للمرهون لفوات التوثق بكل ذلك، ولم يقيد كالبهجة الكتابة بالصحيحة احترازاً عن الفاسدة فلا يمتنع على الراهن بمعنى أنها إذا وقعت اعتد بها لأنها تعليق عتق بصفة لا أنه يجوز تعاطيها لأن التقييد بذلك مضر إذ الكتابة الممنوع منها الراهن لا تكون إلا فاسدة (ووطء) من الراهن للمرهونة وإن لم يحبل حسماً للباب وخرج به مقدماته وهو ظاهر إن أمن الوطاء وإلا حرمت على الأوجه (وسفر به) وإن قصر لما فيه من الخطر إلا لضرورة كأن جلا أهل البلد (ك) سفر (زوج بأمة) فإنه يمنع منه لذلك وإن جاز للسيد للملكه الرقية (و) من ذلك أيضاً (انتفاع يضر) كبناء أو غرس في أرض مرهونة ما لم يكن الدين مؤجلاً ويلتزم القلع عند الحلول: أي ولم تنقص الأرض به كما هو ظاهر لنقص القيمة بذلك، بخلاف نحو مظلة الناطور إذ لا نقص بها وكزرع ما يدرك بعد الحلول أو ينقص قيمة الأرض، وحيث غرس أو بني ما منع منه قبل حلول الأجل أو بعده إن لم تف قيمة الأرض بالدين وزادت بقلع ذلك ولم يأذن الراهن في بيعه مع الأرض ولم يحجر عليه قلع لتعلق حق المرتهن بأرض فارغة، أما إذا وفّت الأرض بالدين أو لم تزد بالقلع أو أذن الراهن فيما ذكر أو حجر عليه فلا قلع بل يباع مع الأرض ويوزع الثمن عليهما، ويحسب النقص على البناء والغراس.

وخرج بقوله يضر غيره ما لا ينقص الرهن كركوب وسكنى واستخدام ولبس وإنزاء فحل لا ينقصانه، وإنزاء على أنثى بحل الدين قبل ظهور حملها أو تلد قبل حلوله (وقطع) لسلمة وعضو متآكل إن كان ما (يضر) بالمرهون بأن يسري إلى تلفه (غالباً) وكذا لو استوى الأمران ولم تغلب السلامة أو شك لأنه جرح يخاف منه فكان كجرحه بلا سبب،

(قوله امتنع بلزومه على الراهن بيع وهبة) ظاهره أن عقدها يقع باطلاً وإن لم يتصل به قبض، وفيه منافاة لتعليقهم امتناع هذه المذكورات بتفويتها التوثق وهي لا تفوته إلا إن اتصل بها القبض. ويجاب بأن سبب الممتنع ممتنع ومنه التلطف بالهبة فإنه سبب للقبض الممتنع اتفاقاً فليكن هو ممتنعاً أيضاً.

(قوله يضر) ينبغي ضبطه بما ينقص به القيمة ولو قليلاً إن تمول، أو يؤدي إلى نقصها مستقبلاً عن قرب كان أشرف على هزال أو قل مشيه عن عادته أو تعلم من راكمه أخلاقاً.

(قوله وحيث غرس إلخ) ظاهر كلامه هنا أن له القلع بشروطه التي ذكرها ولو قبل الحلول.

بخلاف ما إذا غلبت سلامة القطع خطره وإن استوى الخطران أو زاد خطر القطع أو كان الخطر فيه وحده، وبخلاف ما إذا كان الخطر في الترك فقط أو لم يكن خطر في واحد منهما فيجوز القطع في ذلك كله لأنه إصلاح بلا ضرر والمداواة كالقطع فيما ذكر (وكذا) يمتنع على الراهن (إجارة) للمرهون إن كانت (تجاوز) مدتها (المحل) أي زمن الحلول بأن كان حالاً أو مؤجلاً يحل قبل انقضائها فتبطل من أصلها كما بينته في الأصل وإن جوزنا بيع المؤجر لأنها تنقص القيمة، فإن كان يحل بعد انقضائها أو معه صحت إن لم تؤثر نقصاً في القيمة ولم يطل تفرغ المأجور بعد الحلول وكان المستأجر عدلاً أو رضي به المرتهن لانتفاء المحذور حالة البيع، وكذا إن احتملت تقدماً وتأخراً ومقارنة أو اثنين منها على الأوجه كما بينته ثم أيضاً، ولا تبطل بالحلول بموت الراهن على الأوجه (و) من ذلك (تزيوج) لأمة مرهونة لنقص القيمة (لا) إذا كانت الإجارة والتزيوج (منه) أي من المرتهن فلا يمتنعان على الراهن لانتفاء العلة السابقة وبيع المرهون ورهنه بعد فسخ الرهن الأول حتى لا ينافي امتناعه منه بدين آخر وهبته منه صحيح أيضاً سواء ابتداء الراهن بالإيجاب أم لا، ويكون فسخاً للرهن فلو أخرها إلى هنا ليشملها قوله منه لكان أعم وأولى وهي وإن أغنى عنها قوله الآتي ونفذ كل بإذن مرتهن إلا أنه قد يتوهم أن قبوله لذلك ليس إذناً وإن استلزم أيضاً (و) لا يمتنع على الراهن (فصد وحجم) للمرهون وعلاجه بالأدوية والمراهم مع غلبة السلامة لأنه يحفظ بذلك ملكه مع عدم تولد ضرر منه غالباً فإن خشي تولده امتنعاً (و) لا (ختان) للرقيق المرهون ولو كبيراً إن كان (لا يضره) بأن يكون الزمن معتدلاً ولم يكن به ما يخاف منه معه وكان يندمل قبل الحلول من غير نقص لأنه لا بد له منه والغالب فيه السلامة، بخلاف ما إذا انتفى شرط ما ذكر، وعدهم عدم الختان من عيوب المبيع محله كما مر في ذكر كبير يخاف عليه منه فلا ينافي ما هنا، ولو امتنع الراهن من نحو قصد اتجاهه أنه إن لم يخش منه ضرر بوجه استقل به المرتهن، نعم إن سرى ضمنه وإلا توقف على إذن الحاكم (و) إذا رهن وأقبض قنا ثم أعتق كله أو بعضه أو أمة ثم وطئها فحملت (نفذ) في

وصرح غيره بأنه لا قلع قبل الحلول مطلقاً والشروط المذكورة إنما هي للقلع بعد الحلول. وفي كل من العبارتين نقص أغفل للعلم به من قواعد الباب بل من هذا المبحث نفسه. أما عبارته فلا يهاهما القلع قبل الحلول نقص بقاؤه الأرض أم لا، وليس كذلك وإنما يبقى إلى الحلول إن لم ينقصها كما يعلم من قوله أي ولم تنقص الأرض به إلخ لأنه إذا مكن من ابتداء نحو الغرس الذي لا ينقص قبل الحلول فأولى دوامه.

الحال من غير توقف على غرم القيمة الآتية (عتق) مالك راهن أو معير للرهن (موسر) بقيمة المرهون في المؤجل مطلقا وفي الحال بالأقل منها ومن الدين على الأوجه بأن تفضل عما يعتبر في سراية العتق كما اقتضاه كلامهم (وإيلاده) ويكون الولد حرا نسيبا لأن القيمة تخلفهما فالوثيقة باقية وتعتبر (بقيمة يوم فعله) أي وقت إعتاقه في الأول وإحباله في الثاني لأنه سبب التلف، وتصير مرهونة قبل الغرم على الأوجه كالأرض في ذمة الجاني وكذا بعده من غير حاجة إلى عقد هذا إن لم يحل الدين، وإلا تخير بين غرمها وصرفها في قضاء الدين، ولو أيسر ببعض القيمة عتق قدر ما أيسر به وحيث نفذ جاز إقدامه عليه على الأوجه، وعبرة الحاوي تقتضيه فهي أحسن، ولا ينفذ عن كفارة غير الراهن إلا المرتهن بسؤاله لأنه بيع أو هبة وهما ممتنعان لغير المرتهن، ولا تجب قيمة الولد مطلقا إذ لا حق للرهن فيه ولا حد ولا مهر ولكن يغرم أرش البكارة ويكون رهنا لا عتق معسر وإيلاده فلا ينفذان وإن انفك الرهن لعجزه (إلا إن علقه) (بمصادف فكه) كصفة وجدت مع فكه أو بعده لا قبله وهو معسر وإن وجدت بعده لانحلال اليمين بالمرّة الأولى (أو) علقه (به) أي بنفس الفك العتق فيهما إذ لا مانع (أو) أحبلها ثم انفك الرهن ولم تبع أو بيعت ثم (عادت) فينفذ الاستيلاء.

وفارق الإعتاق بأنه قول يقتضي العتق في الحال فإذا رد لغا والإيلاد فعل لا يمكن رده، وإنما يمنع حكمه حالا لحق الغير فإذا زال حق الغير ثبت حكمه، وشرط بيع مستولده المعسر أن يستغرقها الدين وإلا بيع منها بقدره فإن عاد نفذ فيه وأن تضع لأنها حامل بحر وأن ترضعه اللبأ وأن توجد الرضعة غيرها (وضمن معسر) عند يساره قيمة أمة أولدها وقت إحباله (إن ماتت به) أي سبب الإيلاد ويكون رهنا مكانها وأرشها إن تعيبت به ويكون رهنا معها لأنه تسبب إلى ذلك بغير استحقاق (كواطي أمة غيره بشبهة) وقد أحبلها ثم ماتت بالولادة فعليه قيمتها وقت إحبالها لأن العلوق من آثار الاستيلاء عليها بالوطء فأدمننا به اليد والاستيلاء (لا) واطئ حرة فلا يغرم ديتها لأنها تدخل تحت اليد أو أمة غير بوطء (حل) فلا يضمن زوجته الأمة إذا ماتت بالولادة لتولده من مستحق (و) لا بوطء (زنا)

وأما عبارة غيره فلا يهاهما عدم القلع قبل الحلول وإن نقصها بعد الحلول وليس كذلك كما يعلم من هذه الأمور التي اشترطوها فيه فتأمله .
(قوله بشبهة لا حل وزنا) في هذا في شرحي للمنهاج من الغريب ما يتعين الاطلاع عليه .

ولو مع إكراه لأن الولادة فيه لا تضاف لوطئه لأن الشرع قطع نسب الولد عنه في الزنا (ونفذ كل) من التصرفات الممتنعة على الراهن (بإذن مرتهن) لأن المنع كان لحقه وقد زال بإذنه، ويبطل الرهن بذلك وإن رد الراهن الإذن على الأوجه كما أن الإباحة لا ترتد بالرد بخلاف الوكالة لأنها عقد.

والأوجه أن الإذن في الوطاء لا يتناول إلا مرة ما لم تحبل منها، ومثله كل ما يتكرر مع بقاء الملك واستعماله النفوذ في إباحة نحو الوطاء مجاز أو من باب تغليب العقود، ولو أذن له في البيع والدين مؤجل فلا حجر أو حال حجر عليه في الثمن إلى الوفاء لبقاء الرهن ما لم يقل حال الإذن ولا آخذ حقي منه، وإنما ينفذ نحو البيع بالإذن حيث (لا) يقترن (بشرط تعجيل حقه) المؤجل الثمن أو غيره فإن اقترن بشرط ذلك لم ينفذ لفساد الشرط لعدم لزوم تعجيل المؤجل بالشرط بخلافه في الحال (أو) لا يقترن الإذن في بيع أو إعتاق أو وطاء بشرط (رهن الثمن) في البيع وإن كان الدين حالاً والقيمة في العتق والإحبال إن أحبل فإن فعل ذلك بطل البيع لفساد الإذن بفساد الشرط.

ووجه فساد الشرط بجهالة الثمن عند الإذن، وفيه نظر وإن جرى عليه الرافي إذ عليه تستوي الصور كلها في الفساد وهو ما اقتضاه كلامه في موضع وجرى عليه في الروض، لكن الوجه خلافه كما سيعلم، بل التوجيه الصحيح أن هذا الشرط محال لأن الثمن مرهون وإن لم يشترط رهنه لا يمكن لأن رهن المرهون محال، ومن ثم كان مثل شرطه رهنه شرط جعله مرهوناً لا شرط كونه مرهوناً لأن هذا شرط يوافق مقتضى العقد كما قاله الأسنوي ومن تبعه.

واقترض كلام الشيخين البطلان في هذا أيضاً يتعين حمله على ما لو أراد به الإنشاء كما أنه يتعين حمل إطلاقهما فساد شرط جعله رهناً بما إذا أراد شرط الرهن أو أطلقاً، بخلاف ما لو أراد به التأكيد لمساواته حينئذ لشرط كونه رهناً، وفي هذا المحل من شرح

(قوله تعجيل حقه أو رهن الثمن) في هذا المحل في شرحي على العباب بسط واسع على كثيرين من المتكلمين على ذلك لأن بعضهم غلط وبعضهم زل قدمه وبعضهم اشتبه عليه وبعضهم استروح، فالجأني بيان ذلك إلى بسط الكلام بما لا بد منه في معرفة الحق من ذلك موضعاً فراجع له لتعلم خطر العلم وأن من خاض فيه قبل كماله زل وضل وربما أغوى وأضل نسأل الله السلامة من ذلك والهداية إلى أقوم المسالك آمين.

العباب ما لا يستغنى عن مراجعته وإن طال لأن فيه تحريرا لكلام المتقدمين والمتأخرين المتباين في ذلك فراجعهم، أو أفهم قوله بشرط أنه لا بد من لفظ الشرط أي أو ما يؤدي معناه كعلى إن تعجل فلا أثر لنيته ولا لنحو أذنت لك في بيعه لتعجيل، أي إلا إن نوى به الشرط على الأوجه (و) لا يلزم المرتهن البقاء على إذنه فيما مر بل إن شاء بقي عليه وإن شاء (رجع) عنه لكن إنما يصح رجوعه (قبله) أي قبل التصرف وكذا معه على الأوجه لبقاء حقه (و) له أن يرجع في هبة أو رهن أذن فيهما للراهن مع قبض أو (قبل قبض هبة ورهن) أي موهوب ومرهون لأنهما إنما يتمان بالقبض، بخلاف البيع في زمن الخيار لأن مبناه على اللزوم (و) لو ادعى راهن بعد قبض أذن فيه أنه رجع قبله وجحد المرتهن أو مرتهن بعد تصرف أذن فيه للراهن أنه رجع فيه قبله وجحد الراهن (حلف من جحد رجوعا) عن الإذن وهو المرتهن في الأولى والراهن في الثانية لأن الأصل عدم الرجوع، أما قبل القبض والتصرف فالرجوع جائز فلا فائدة في النزاع.

والأوجه تصديق مدعيه مع القبض أو التصرف لجوازه له حينئذ (و) لو اتفقا على الرجوع وادعى مرتهن أنه قبض قبله وجحد راهن (قبضا) قبله حلف (أو) ادعى راهن أنه باع مثلا قبله وجحد مرتهن (بيعا) أو غيره من التصرف (قبله) حلف لأن الأصل عدم القبض وعدم نحو البيع والرجوع في الوقت المدعي إيقاع كل منهما فيه فيتعارضان ويبقى الرهن (و) لو اختلفا في الأصل الرهن حلف من جحد (رهنا) لأن الأصل عدمه (و) إن اتفقا عليه، ثم اختلفا في القبض حلف من جحد (قبضا وهو) أي والحال أن المرهون (بيده) وإن اتفقا على الإذن فيه لأن الأصل عدمه أيضا، فإن كان بيد المرتهن وادعى القبض واتفقا على الإذن فيه صدق بيمينه لأن اليد قرينة الصدق (و) لو ادعى مرتهن هو بيده أنه قبضه بالإذن وأنكره الراهن وقال بل غصبته أو أعرتكه أو أجزتكه أو لم تقبضه عن الرهن وإن لم يعين جهة على الأوجه صدق في جحده (أذنا فيه) أي القبض لأن الأصل عدمه أيضاً (أو) تصادقا على الإذن وقال الراهن إنما أذنت فيه عن جهة نحو وديعة، وقال المرتهن بل عن جهة الرهن صدق الراهن في جحده كون الإذن فيه (عن جهته) أي الرهن لأن الأصل عدم الإذن فيه عن هذه الجهة، نعم لو اتفقا على الإذن فيه عن جهة وادعى مرتهن أنه قبض عنها وأنكر الراهن حلف المرتهن لأنه أعرف بقصدته (و) حلف من جحد (قدر

مرهون و) من جحد قدر (مرهون به) وهو الراهن فيهما، والمرتهن في الأولى لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن من الزيادة فيها هذا كله في رهن التبرع.

أما الرهن المشروط في البيع بأن اختلفا في اشتراطه فيه أو اتفقا عليه واختلفا في قدر المرهون أو عينه أو قدر المرهون به فيتخالفان كما علم ما مر في التحالف، وتصديق مدعي الجحود في جميع ما ذكر هو (كهبة) فإن الواهب يصدق بيمينه فيما يصدق فيه الراهن كجحد الهبة والإقباض والموهوب بيده والإذن في القبض عن جهته، وكونه قبل الرجوع المتفق عليه وقدر الموهوب والمتهب بيمينه فيما يصدق فيه المرتهن من جحد الرجوع عن الإذن قبل القبض، وكون التصرف قبله وفي أنه قبضه إذا كان بيده وقد اتفقا على الإذن فيه لما مر من التوجيهات (و) حلف على نفي العلم إلا في دعوى الإذن فعلى عدمه (مرتهن كذب) راهنا ادعى أنه أعتق أو أولد قبل الرهن أو لزومه أو بإذن المرتهن إن كان إنما كذب (بإيلاد) أو عتق (معسر) لأن الأصل عدم ذلك، بخلاف الموسر فإنه يقبل إقراره وتؤخذ منه القيمة، نعم لو اعترف للمعسر بالطء فيه وبمضي مدة إمكان الولادة وبالولادة صدق الراهن بلا يمين كما لو أثبت ذلك بالبينة (و) حلف على نفي العلم أيضاً مرتين كذب (بحق سابق) على الرهن كبيع أو غصب أو رهن أو جنابة أو غير ذلك (لغير أقر به الراهن) بعد الرهن والقبض ولو بعد أن ادعى به عليه لأن الأصل عدم ذلك وبقاء الرهن، وللمقر له مطالبة الراهن في الجنابة بالأقل من أرشها وقيمة المرهون وفي غيرها بالقيمة (فيغرم) لأنه حال بينه وبين حقه (لا إن ردها) أي اليمين (المرتهن) على المقر له (فنكل المقر له) عنها فلا يستحق شيئاً لأن الحيلولة فصلت بنكوله وتنقطع الخصومة بناء على الأظهر أن اليمين ترد على المدعي وهو المقر له لأن الحق له لا للراهن وإن كان الملك له لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً، أما إذا لم ينكل وحلف فيبطل الرهن لأن اليمين المردودة من المرتهن كإقراره بتعلق الحق به، ولو أقر مؤجر بحق سابق لغيره وأنكر المستأجر يأتي فيه بالنسبة للمنفعة ما تقرر في المرتهن (ولمقر) بمال أو رهن وإقباض ثم ادعى هو أو وارثه أنه أقر لا عن حقيقة (تحليف) للمقر له أن إقراره عن حقيقة سواء أذكر لإقراره تأويلاً كأشهدت على رسم القبالة أو إنما

(قوله على رسم القبالة) أي كتابة القبالة بفتح القاف وبالموحدة أي الورقة التي يكتب فيها الحق أو التوثيق: أي فله تحليف المقر له سواء ذكر تأويلاً لإقراره كقوله أشهدت على رسم القبالة لكي أعطى أو أقبض بعد ذلك أم لا اهـ.

أقررت بالمال أو بقبض الثمن، وأشهدت لتقرضني أو ليقبضه لي ولم يفعل خلافا لما وقع في الجواهر في هذه أو لم يذكر تأويلا بأن اقتصر على قوله أقررت باطلا وسواء أقر بمجلس قاض بعد الدعوى عليه أم لا على المعتمد لشمول الإمكان لجميع ذلك، وعبارة الحاوي توهم أن القول هنا قول المقر بيمينه وليس مرادا (وللمرتهن اليد) على المرهون بعد لزوم الرهن غالبا فإنها الركن الأعظم في التوثق فلا تزال إلا للانتفاع.

وخرج بغالبا المعلوم من كلامه قريبا، وفي البيع رهن نحو مسلم أو مصحف من كافر وسلاح من حربي فيوضع عند من له تملكه من يتفقان عليه وإلا فعند عدل، ورهن أمة فتوضع عند من مر (وهي) على الرهن (أمانة) أي يد أمانة ولو بعد البراءة من الدين لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «الرهن من راهنه» أي من ضمانه فلا يضمنه المرتهن إلا بالتعدي كأن امتنع من رده بعد سقوط الدين ويصدق كمستأجر في دعوى التلف بيمينه ما لم يذكر سببا ظاهرا ففيه تفصيل الوديع، ومر في الزكاة لا في الرد لأنهما قبضا لغير أنفسهما فكانا كالمستعير، ولا يسقط بتلفه شيء من الدين، وصرح بهذا مع فهمه بالأولى ما قدمه في المعار للرهن أنه يصير أمانة بقبض المرتهن ليرتب عليه قوله (فإن) رهن شيئا، (جعلته مبيعا) من المرتهن بعد شهر (أو عارية) له (بعد شهر) بأن شرطا ذلك في عقد الرهن ثم قبضه المرتهن لم يضمنه قبل مضي الشهر وإن علم فساده على المنقول المعتمد و (ضمنه بعده) لأنه يصير بيعا أو عارية فاسدين لتعليقهما بانقضاء الشهر فإن قال رهنك فإن لم أقض عند الحلول فهو مبيع منك فسد البيع لا الرهن على الأوجه لأنه لم يشترط فيه شيئا (و) القاعدة في ذلك وأمثاله قولهم (فاسد كل عقد كصحيحه أمانة) إن صدر من رشيد فلو صدر من غيره ما لا يقتضي صحيحه الضمان كان مضمونا (و ضمانا) لأنه إن اقتضى صحيح الضمان ففاسده أولى أو عدمه ففاسده كذلك لأن واضح اليد أثبتها بإذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضمانا فالمقبوض بفاسد بيع أو إعارة مضمون وبفاسد هبة أو رهن غير مضمون كما تقرر، والمراد التسوية في أصل الضمان لا في قدره ولا في الضامن إذ المبيع يضمن في الصحيح بالثمن وفي الفاسد بالمثل أو أقصى القيم ومن استأجر لموليه فاسدا عليه الأجرة وصحيحا عليه في مال موليه، ثم الأمانة والضمان إنما يشبان في ذلك (غالبا) إذ يستثنى من الأول الشركة لضمان كل من الشريكين عمل الآخر مع فسادهما فقط، وعدم ضمان العمل في

الصحيحة لا يسمى أمانة كما هو جلي فقول الحاوي ضمانا وعدمه أحسن خلافا لمن زعم العكس، والرهن والإجارة إذا صدرتا من غاصب كان كل من المرتهن والمستأجر طريقا في الضمان مع أنه لا ضمان في صحيحيهما، ومن الثاني قول المالك قارضتك أو ساقيتك على أن الربح أو الثمرة كله لي فهو فاسد ولا أجره للعامل وعقد الجزية من غير الإمام فإنه فاسد ولا جزية على الذمي وغير ذلك ما بسطته في الأصل (و) مع كون اليد للمرتهن المستحق للانتفاع بالرهون هو الراهن فإذا أراده أو أذن لآخر فيه (نزع) من يد المرتهن (وقت انتفاع) أي في الوقت الذي اعتيد الانتفاع بمثله فيه إن لم يفوته الانتفاع (و) (تعذر معها) أي مع يد المرتهن كركوب وخدمة وسكنى بخلاف ما إذا لم يتعذر كحرفة يمكن عملها وهو بيد المرتهن فلا تنزع وكذا إن فوته كالنقد، ويظهر أنه لو كان له حرف ولا يمكنه بيد المرتهن إلا أدناها جاز له نزعه لاستيفاء أعلاها ولا يمكنه من خدمة أمة إلا إن أمن عليها منه لنحو محرمية أو حليلة وهو ثقة (وأشهد) راهن (منهم) بأن لم يثق به المرتهن ولو واحدا ليحلف معه على الأوجه عند أخذه للمرهون في كل مرة أنه أخذه للانتفاع لئلا يجحد الرهن، نعم المشهور بالخيانة لا يسلم إليه وإن أشهد، أما غير ملتهم وهو من ثبتت عدالته فلا يلزمه إظهار أصلا، لكن كلام الروضة يقتضي وجوبه أول مرة (وله) أي المرتهن (طلب بيعه أو) طلب قضاء (دينه) أي له أحد الأمرين (إن حل) الدين لكونه حالا ابتداء أو طرأ حلوله إذ قبل الحل لا تتوجه المطالبة (و) إذا بيع المرهون ولم يتعلق بربقته جنابة كما يعلم ما يأتي (قدم) المرتهن (بثمنه) على سائر الغرماء لأن ذلك من فوائد الرهن.

وأفهم تختيار المرتهن المذكور أنه لو طلب الوفاء من غير المرهون وأيسر الراهن به وجبت إجابته لأن الدين يجب أدائه فوراً بالطلب، نعم إن كان البيع يتيسر بعد زمن قصير لا ينافي الفورية وضابطه فيما يظهر ما مر في الرد بالعيب اغتفر له هذا التأخير اليسير.

فإن قلت: رضا المرتهن يتعلق حقه بالمرهون رضا منه بالتأخير لبيعه وإن طال.

قلت: ممنوع لأن هذا الرضا إنما هو بفرض إعسار الراهن فقط كما يرشد إليه قولهم في الحد أول الباب يستوفي منها عند تعذر وفائه.

وبقي هنا في شرح العباب ما يجب التنبيه عليه لا سيما نقل ابن الرفعة عن الأصحاب

أنه لا يجب الوفاء من غير المرهون فاطلبه منه فإنه مهم (ويجبر) الراهن أي يجبره الحاكم على أحد الأمرين إذا امتنع بالحبس وغيره (فإن أصر) على الامتناع أو كان غائبا وليس له مال يوفي منه غير الرهن أو كان بيعه أصلح (باع) الرهن عليه (قاض) بعد ثبوت الدين وملك الراهن والرهن وكونه بمحل ولايته وقضى الدين من ثمنه دفعا لضرر المرتهن، ولا يبيعه الراهن أو وكيله إلا بإذن المرتهن فإن أباي ألزمه الحاكم بأن يأذن في بيعه ليأخذ حقه من ثمنه أو يبرئه دفعا لضرر الراهن، فإن أصر سئل، فإن لم يذكر عذرا سائغا باعه الحاكم أو أذن للراهن في بيعه ومنعه من التصرف في ثمنه، ثم يعلم المرتهن ليأخذ حقه منه أو يأذن للراهن في التصرف فيه، فإن استمر أذن للراهن في ذلك فإن سأل أن يقبض المرتهن حقه أمره بقبضه أو إبرائه فإن امتنع قبضه الحاكم ليبرأ منه الراهن وتركه في بيت المال للمرتهن، ولو عجز الراهن عن استئذان المرتهن والحاكم جاز له بيعه على الأوجه كما أن للمرتهن البيع عند العجز عن استئذان الراهن والحاكم.

ويعلم ما تقرر أن محله في الراهن إن عجز عن الوفاء من غيره أو كان بيعه أصلح وإنه محجور عليه في ثمنه حتى يوفي، ولم يجد المرتهن بينة فهو ظافر كما يعلم ما يأتي في الدعاوى، فإن كان الرهن من نوع حقه وصفته تملك منه إن شاء بقدر حقه أو من غير ذلك باعه وأخذ من ثمنه وليس له مع القدرة على البينة خلافا للزر كشي (ولا تصرف المرتهن) في الرهن بقول أو فعل بغير إذن إذ ليس له غير التوثق (ووطؤه) المرهونة بلا شبهة (ولو بإذن) من مالكة (زنا) إن علم التحريم فيحد ويلزمه المهر ما لم تطاوعه عالمة بالتحريم وولدها منه ملك للراهن وغير نسيب (و) وطؤه مع دعواه الجهل بتحريمه وحلفه عليه وقد نشأ بعيدا عن العلماء أو أسلم قريبا وإن خالطنا، أو كانت لأبيه أو أمه، أو أذن له المالك وإن كان مسلما مخالطا لنا لأن ذلك خفي على عطاء وطاوس على ما في مصنف عبد الرزاق فغيرهما أولى، ووطؤه (بظن حل) أي مع ظنه زوجته الحرة أو أمته (شبهة) أي وطء شبهة في جميع ذلك (توجب) عدم الحد وكون الولد حرا نسيبا و (مهر) لغير مطاوعة عالمة بالتحريم كصغيرة مطلقا ومجنونة ونائمة ومكرهة وجاهلة، ويجب في بكر مهر بكر.

ويتجه وجوب أرش البكارة مع عدم الإذن لا مع وجوده لأن سبب وجوبه الإلتلاف وإنما يسقط أثره بالإذن، بخلاف المهر فإنه للاستمتاع وهو حاصل ولو مع الإذن مع أن وجوبه

حيث لا حد حق للشرع فلا يؤثر فيه إذنه كمفوضه تستحقه بالوطاء مع تفويضها (و) توجب (قيمة ولد) حصل من وطئه للراهن لتفويته الرق فإن لم يفوته لكونه يعتق عليه فلا شيء، ولا تصير أم ولد بملك المرتهن لها لأنها لم تعلق في ملكه ومع كون اليد للمرتهن كما مر لها شرط وضعه عند واحد ولو غير عدل فيتولى الحفظ والقبض كما اقتضاه كلام ابن الرفعة إلا أن يكون أحدهما متصرفا عن غيره فيتعين العدل أو أكثر فيجعلانه بحرزهما حيث لم يأذن لهما في استقلال ولو شرطا وضعه بعد اللزوم عند الراهن صح على الأوجه إذ لا يخل بمقصود التوثق (فإن) مات من ائتمناه وضعاه حيث يتفقان أو (فسق من) أي عدل ائتمنه الحاكم اعزل لأنه نائبه ولزمه النقل إلى عدل آخر أو من (ائتمناه أو ازداد) فسق من ائتمناه فاسقا أو ضعف عن الحفظ أو مات أو حدثت عداوة بينه وبين طالب التحويل لم ينعزل ومع ذلك (فلكل) منهما (طلب عزله) وتحويل الرهن إلى غيره أو ضم آخر إليه يشاركه أو يشرف عليه لتغير حاله التي وقع الرضا به وهو عليها فإن تنازعا نقله الحاكم عند من يراه سواء في ذلك الرهن المشروط في بيع وغيره كما بينته في الأصل.

أما بغير ذلك فلا يجب طالب التحويل إلا برضا الآخر ولو اختلفا في تغير حال العدل حلف النافي على نفي العلم وللراهن طلب نقله إذا مات مرتهن أو تغير حاله ولمن هو بيده رده لهما لا لأحدهما بلا إذن (فإن رده) (لأحدهما) بلا إذن من الآخر وبقي استرد وإن تلف (ضمنه) للآخر ببذله ويكون رهنا مكانه والقرار على القابض (وهو) أي المرتهن المأذون له في البيع (وكيل للراهن) فيه فينعزل بعزله ونحو موته دون عزل المرتهن وموته لأن الراهن هو المالك وإذن المرتهن له شرط في جواز التصرف (ويبيع بإذنهما الأول) إن استمر عليه، ولا يشترط تجديده لأن الأصل دوامه.

وفي ذلك نزاع طويل بينته ثم مع بيان الراجح منه وهو أن الراهن يكتفى بإذنه ولو قبل القبض، بخلاف المرتهن وحينئذ فإن أذن قبله روجع وإلا فلا، فلو شرطا أن العدل يبيعه لم يراجع الراهن اكتفاء بإذنه الذي تضمنه الشرط وروجع المرتهن لوقوع إذنه قبل القبض، وما باع به المؤمن من ضمن الراهن حتى يقبضه المرتهن لأنه ملكه والبائع أمينه فإن ادعى تلفه حلف أو أنه سلمه للمرتهن حلف المرتهن، فإذا غرم الراهن رجع على المؤمن وإن صدقه في التسليم لتقصيره بترك الإشهاد وإن لم يأمره به أو المؤمن لم يرجع على الراهن ولو تلف

الثلث بيد المؤمن ثم استحق المرهون رجع المشتري عليه أو على الراهن والقرار عليه، نعم إن كان الأذن له في البيع الحاكم لنحو غيبة الراهن لم يكن طريقاً لأنه نائب الحاكم وهو لا يضمن فيرجع المشتري في مال الراهن ولو تلف في يده بتفريط فيصير الضمان عليه على الأوجه، ومثله فيما ذكر المرتهن ولا يبيع المؤمن، ومثله على الأوجه الراهن وحده أو المرتهن وحده إلا بضمن المثل حالاً من نقد البلد، نعم لو رأى الحاكم بيعه بجنس الدين من غير نقد البلد جاز، ولو زاد موثوق به في زمن الخيار واستقرت الزيادة باع منه ويكون فسخاً وهو أحوط لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب ومتى لم يفسخ ولا باع انفسخ، ولو رجع الراغب عنها بعد التمكن من بيعه اشترط بيع جديد.

وبحث السبكي أنه لو لم يعلم بالزيادة حتى لزم البيع بان انفساخه (وعلى رآهه) الأولى مالكة لأنه قد يكون غير الراهن (مؤنة) أي مؤن الرهن التي بها بقاؤه كأجرة رد الهارب ودلالة عند البيع وإعادة ما تهدم وسقي شجر ونفقة حيوان وكسوته، ويجبر عليها لحق المرتهن استبقاء للرهن فإن غاب أو أعسر راجع المرتهن الحاكم وله الإنفاق بإذنه ليكون رهناً بالنفقة أيضاً فإن تعذر استئذانه وأشهد بالإنفاق ليرجع رجع وإلا فلا. أما نحو أجرة الفصد فلا يجبر عليها الراهن لأنها لا تسمى مؤناً عرفاً، نعم يجبر عليها لحق القن من خالص ماله خلافاً لابن الرفعة (ثم) للاستئناف ولكونه أظهر فيه أبدل بها الواو التي بأصله على أنها فيه موهمة خلاف المراد (بدله) أي بدل المرهون من أرش وقيمة (إن أتلف) كله أو بعضه بجناية مضمونة (رهن) أي مرهون حتى وهو في ذمة الجاني وإن كان هو الراهن على المعتمد كما بينته في الأصل إقامة له مقامه ويجعل بيد من كان الأصل بيده ولو لم تنقص القيمة بالتلف كقطع ذكره وأنثيه أو زاد الأرض على نقصها فاز المالك بكل الأرض في الأولى وبالزائد في الثانية، وسيذكر آخر الإجارة أن المخاصم في البديل هو الراهن فإن أعرض لم يخلفه المرتهن، وللراهن القود والعفو لا عن مال وجب ومحل كون البديل رهناً إن صدق المرتهن المقر بالإتلاف أو سكت (لا إن كذب) به (المرتهن) بأن كذب الجاني في إقراره به فلا يحكم بكون البديل رهناً وإن صدقه الراهن (فإن كذب الراهن) المقر وصدقه المرتهن وغرم البديل (وقضى) الراهن الدين من غيره (رد)ه (للمقر) لا للراهن لأنه ينكر استحقاقه أو منه لم يرجع المقر عليه لاعترافه أنه ملكه (وينفك) الرهن بأمور (بفسخ

مرتهن) الرهن الجعلي لأنه جائز من جهته، بخلاف فسخ الدائن رهن تركة تعلق بها دينه لأن الحجر لمصلحة براءة ذمة الميت (وفراغ ذمة) من الدين ولو بنحو حوالة من الراهن للمرتهن أو من المرتهن لغريمه على الراهن وباعتياض عين عنه ما لم تتلف قبل قبضها لعود الدين.

وأفهم التعبير بالفراغ أنه لا ينفك شيء ما بقي شيء منه من الدين وهو إجماع (وبيع) للمرهون بإذن المرتهن أو الحاكم أو في الجناية كما مر.

وقياس ما مر أن البيع بشرط الخيار للمشتري يفكه وإن فسخ لانتقال الملك الحقيقي إليه والفسخ إنما يرفع العقد من حينه فقط، والفرق بينه وبين مسألة الاعتياض السابقة واضح فإنه بالفسخ هنا لا يعود الدين لسقوطه بملك المشتري للمبيع، ثم بان بالتلف أنه لم يسقط (وتلف) له بأفة سماوية (وقتل) له (بحق) لفوات المحل فيهما بلا بدل (وللسيد) على قنه المرهون إذا جنى على طرفه أو مورثه أو قن آخر له غير مرهون (قصاص) انتقاما وزجرا وهو أحوج إلى ذلك من الأجانب (و) للسيد (عفو) عن القصاص مجانا (لا أورش) سواء أعفا عليه هو أو وارثه عند قتل القن له أو ثبت الابتداء لأن السيد لا يثبت له على قنه مال (إلا للموجب) كأن جنى غير عمد على طرف مورثه أو مكاتبه ثم انتقل المال له بموت أو عجز فإنه يثبت له عليه فيبيعه فيه، ولا يسقط على المنقول المعتمد إذ يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء أو عمدا وعفى على مال أو قتل المورث أو قنه أو المكاتب غير عمد أو عمدا وعفا السيد على مال فكذلك (و) (كأن قتل عبده) المرهون (عبده) الآخر المرهون (وقد رهنا بدينين) على السيد (لاثنين) كل عند واحد فالسيد في العمد مخير بين القصاص فيبطل الرهنان والعفو بلا مال فيبقى الرهن في القاتل بحاله، وعليه في هذه وجناية غير العمد يتعلق المال برقبة القاتل لحق مرتهن القتل فيباع كل القاتل إن لم تكن قيمته أكثر من الأرش أو تعذر بيع لجزء أو نقص بالتشقيص وإلا يبيع منه بقدر الأرش والزائد باق لمرتهن القاتل ولا تصير نفسه رهنا لأن حق مرتهن القتل في ماليته لا في عينه، نعم لو اتفق الراهن والمرتهنان على النقل فعل أو الراهن ومرتهن القتل فالأوجه كما بحثه الشيخان أن لمرتهن القاتل الامتناع وطلب البيع لتوقع زيادة راغب ومحله كما هو ظاهر إن لم يندر ما توقعه وإلا أجيبا، وينبغي أن يحمل عليه إطلاق الإمام إيجابتهما ووجب المال هنا للسيد مع

أنه لا يثبت له على عبده مال لأجل تعلق حق الغير، ومن ثم لم يصح عفوه عنه حينئذ (أو) كانا مرهونين بدينين (لواحد) فقط فإنه يجب الأرش للسيد على عبده القاتل حيث لا قصاص أو عفي عنه على الأرش لكن إن أفاد المرتهن (و) ذلك إذا (اختلف أجل) بأن كان أحدهما أقصر أجلا أو حالاً لأن هذا إن كان دين القتل فقد يريد تعجيل استيفائه من ثمنه أو دين القاتل فقد يريد التوثق به في الآخر ويطلب بالحال أو بما يحل قبل (أو) لم يختلفا كذلك ولكن (زيدت قيمة القاتل) على قيمة القاتل (وأفاد النقل) فينقل بأن يباع من القاتل بقدر قيمة القاتل الشرطين السابقين ويصير الثمن رهنا بدين القاتل ويستمر باقيه رهنا بما كان، فلو ساوى المقتول مائة ورهن بعشرة والقاتل مائتين ورهن بعشرة أو عشرين يبع نصفه بمائة ليصير رهنا بعشرة وباقيه المساوي مائة مرهون بالعشرة أو العشرين.

أما إذا لم يفد النقل كأن القاتل في هذا المثال مرهونا بمائتين فلا ينقل لأن باقيه المساوي مائة يصير مرهونا بمائتين فتنقص الوثيقة (أو لم تزد) قيمة القاتل بأن استويا أو زادت قيمة القاتل ولكن القاتل (رهن بأقل) أي بأقل الدينين فيباع القاتل في الجناية ليصير الثمن رهنا بدين القاتل وفائدته التوثق للأكثر، بخلاف رهن القاتل بأكثرهما وقيمتها بأقل أو مساوية إذ لا فائدة في النقل حينئذ كما لو استويا وقيمة القاتل أكثر أو مساوية وحيث لا نقل فطلب المرتهن بيعه لئلا يجني ثانيا فتؤخذ رقبته ويبطل الرهن لم يجب كسائر ما يتوقع من المفسدات (وإنما ينفك بعض) من الرهن في صور مستثناة ما مر أنه لا ينفك شيء منه ما بقي شيء من الدين منها أنه ينفك بتعدد غريم كأن رهن فنه من اثنين بدينهما وإن اتحدت جهته عليه صفقة واحدة ثم برئ عن دين أحدهما، ولا يشكل عند اتحاد الجهة بأن ما يأخذه أحدهما من الدين مشترك بينهما لأن المراد كما هو ظاهر أن ما يخصه ما قبضه ينفك بقدره فقط من حصته المرهونة (و) ينفك أيضاً بتعدد (مديون) كأن رهن اثنان قنهما من واحد بدينه عليهما ثم برئ أحدهما عليه فتنفك حصته وإن اتحد وكيلهما لأن المدار على اتحاد الدين وتعددته وفارق ما مرقبيل الخيار بأن البيع عقد ضمان فنظر فيه للمباشر له بخلاف الرهن (و) بتعدد (وارث تركة غير مرهونة) رهنا جعليا فإذا فدى أحد الورثة حصته منها بقضاء نصيبه من الدين مثلا المتعلق بها انفك نصيبه منها لأن تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن فكأن الراهن تعدد وفيه إشكال وجواب ذكرتهما في الأصل.

أما المرهونة رهنا جعليا بأن رهنها المورث فلا ينفك شيء منها بأداء بعض الورثة لأنهم خلفاؤه وهو متحد، وقياسه أنه لو مات المرتهن عن ورثة فوفى الراهن أحدهم نصيبه لم ينفك من الرهن شيء، وبحث ابن الرفعة الانفكاك أطلال السبكي في رده (و) ينفك أيضاً بتعدد (عقد) يقصد كأن رهن نصف قن في صفقة وباقيه في أخرى وإن اتحد المرتهن وما قصده بالقضاء هنا وفيما لو كان عليه لرجل دينان بأحدهما رهن أو كفيل يقع عنه ويصدق بيمينه، فالعبرة في جهة الأداء بقصد المؤدي حتى يبرأ بقصده الوفاء ويملكه الدائن وإن ظن إيداعاً لكن إن كان يجبر على قبوله على الأوجه، وعليه فيظهر أن ما أعطاه بقصد أنه من دينه لا يذهب عليه مجاناً وإن كان من غير جنس الدين لأنه لم يبذله إلا في مقابل فإذا لم يتم له رجوع عليه ببذله فإن أطلق عين هو أو وارثه لما شاء ويتبين بالتعيين انفكاك الرهن من الأداء كما بحثه السبكي، وبحث أيضاً أنه لو تعذر التعيين جعل بينهما نصفين ولو قصدهما قسط عليهما بالتسوية على الأوجه، وينفك أيضاً بتعدد مستعير خلافاً لما يوهمه كلامه كأصله هنا وكأنه استغنى عنه بفهمه من قوله مديون (و) بتعدد (معيير) فإذا استعار قنا من مالكيه ليرهنه بدينه ولم يأذن له في رهن حصته بجميع الدين على الأوجه فرهنه ثم قضى نصف الدين، فإن كان (بقصد) منه لفكاك نصف أحدهما بعينه أو أطلق ثم جعله عنه انفك لتعدد المالك أو بقصد الشيوخ عنهما أو أطلق ثم جعله عنهما أو لم يعرف حاله ولا وارث يقوم مقامه لم ينفك شيء منه (ولو أذن) الراهن (للمرتهن) في بيع المرهون (لم يبيع إلا بحضوره) لعدم التهمة حينئذ فإن باع في غيبته لم يصح إن حل الدين ولم يقدر له الثمن أو كان مؤجلاً وأذن له في الاستيفاء من ثمنه وإن لم يوف بالدين وتعذر الاستيفاء من غيره فيما يظهر من كلامهم خلافاً للأذرعى، لأنه متهم بالاستعجال وترك الاحتياط حتى في الأخيرة ليتعجل بعض حقه ويصبر بالباقي ليساره، ولو وجد راغباً بأكثر ما قدر من الثمن لم يجز له البيع بدونه إلا أن ينص له على البيع من معين (فإن قال) الراهن للمرتهن (بعه لي) واستوف الثمن لك (أو) قال بعه لك (أو) إن لم يقل واستوف الثمن لك (أو) قال (بعه) وأطلق فلم يقل لي ولا لك (و) لكن قال هنا أيضاً (استوف الثمن لك أو) قال بعه لي واستوف الثمن (لي) ثم لك فسد ما للمرتهن) من البيع والاستيفاء في الصور كلها وصح ما للراهن ففي الأولى والثالثة يصح البيع إن حضر الراهن لا الاستيفاء لأنه مترتب على صحة القبض للراهن ولم يوجد، وفي الثانية لا

يصح الاستيفاء لما ذكر والبيع لاستحالة بيع الإنسان مال غيره لنفسه، وفي الرابعة يصحان للراهن لا الاستيفاء للمرتهن لاتحاد القابض والمقبض، وما قبضه المرتهن بقصد الراهن عند القبض أمانة وإلا فمضمون عليه ويأتي جميع ذلك في إذن مدين أو وارث أو سيد قن جان في البيع والاستيفاء (وإن ادعى) رجل على اثنين (ارتهان عبدهما) عنده رهنا لازما (بمائة) له عليهما نصفين (فصدقه واحد) منهما فيما ادعاه وكذبه الآخر (فنصيبه) أي المصدق (رهن بخمسين) ويحلف المكذب على نصيبه (وتقبل) من المصدق (شهادته على المكذب) لخلوها عن التهمة فإن انضم إليها شهادة أخرى أو حلف المدعي ثبت رهن الجميع (فإن أنكر كل) من المدعى عليهما (حصته) أي رهنها بأن أنكر عن نفسه وأقر عن شريكه أو سكنت عن شريكه (وشهد) كل (على الآخر) أنه رهن حصته وأقبضها (قبلت) شهادته عليه وإن تعمد إذ الكذبة الواحدة لا توجب فسقا، وتضمنها للمجحد ليس فيه كبير ضرر لأنه جحد وثيقة فقط، ومن ثم رد بحث البلقيني أن المدعي لو صرح بظلمهما للإنكار بلا تأويل اقتضى فسقهما بأن ليس كل ظالم خال عن تأويل مفسقا بدليل الغيبة (وإن) تعدد المرتهن فقط كائنين (ادعيا) على واحد (أنه رهنهما عبده) بمائة لهما عليه مثلا وأقبضهما إياه (فصدق) المدعى عليه (واحد) منهما (ثبت له النصف) من العبد رهنا بخمسين كما ادعى (وشهد) المصدق (للمكذب) برهن النصف لما مر ومحلّه (حيث لا شركة) بينهما فيما ادعياه وإلا لم تقبل شهادته له للتهمة في دفع مزاحمة الشريك عن نفسه فيما سلم له.

[باب في التفليس]

وهو لغة: مصدر فلسه أي نسبه للإفلاس الذي هو مصدر أفلس أي صار إلى حالة ليس معه فيها فلس، وشرعا: جعل الحاكم المديون مفلسا بمنعه من التصرف في ماله بشرطه الآتي (المفلس) لغة المعسر وشرعا (من زاد دينه) أي جميعه ولو لله تعالى بشرط فوريته، بخلاف نحو نذر مطلق وكفارة لم يعص بسببها على المعتمد (الحال على ماله) أي العيني المتمكن من الأداء منه فلا تعتبر المنفعة، ونحو مغصوب وغائب كما بحثه الأسنوي وغيره،

[باب التفليس]

(قوله جميعه) أزال به ما أوهمه دينه من حيث إنه مفرد مضاف فيكون عمومه كلية: أي كل نوع من أنواع دينه وهو فاسد فبين أن المراد المجموع من حيث هو مجموع لا بالنظر إلى الأفراد.

بخلاف دينه الحال على مليء مقر أو عليه بينة وماله المرهون وقول ابن الرفعة لا فائدة للحجر فيه مردود بأن له فوائد كمنع التصرف فيه بإذن المرتهن وفيما عساه يحدث بنحو اصطبياد .

ومن أحكام المفلس أنه (يحجر عليه) بالدين المذكور إن كان لازماً لأن فيه مصلحة للغرماء، فيحجر عليه جملة مستأنفة لأنهم قد يطلقونه على من لم يحجر عليه، ويصح كونها خبراً، ومن زاد بدل من المبتدئ فالمراد بالمفلس من يتأتى فيه ما يتأتى من منع التصرف ونحوه، والحاجر هو الحاكم ويلزمه الحجر إذا وجدت شروطه وكان الطالب غير المفلس وإن لم يتعذر البيع حالاً خلافاً للسبكي لأنه قد يتصرف فيه قبله بما يفوته على جميع الغرماء وأفهم التعريف أنه لا حجر بمؤجل ولا بما حل منه إن لم يزد على ماله ولم يدخر له شيء إلا إن حل قبل القسمة، وسيدكر في الجهاد حكم سفر من عليه دين حال وكررها أصله هنا وثم، ويحل بموت وبردة اتصلت به وباسترقاق حربي لا بنحو جنون على المعتمد ولا حجر أيضاً بمساو لماله وناقص عنه للتمكن من المطالبة والوفاء، نعم لو طلبه الغرماء في أحدهما بعد الامتناع من الأداء وجب لكنه ليس بحجر فلس بل حجر غريب، ولا بجائز لتمكن المدين من إسقاطه، ثم الحاجر عليه هو الحاكم كما تقرر لكنه إنما يحجر عليه (بطلبه) ولو بوكيله بأن أثبت غرماؤه الدين عليه فطلب وحده لأن له فيه غرضاً ظاهراً، إما طلبه بدون ذلك فلا يؤثر كما قاله السبكي (أو) بطلب (غريم) له ولو من غرماء إن زاد دين الملتمس وحده على المعتمد على مال المفلس، وإلا لم يجب، ثم لا يختص أثر الحجر به بل يعمهم، والحجر في الأول جائز على المعتمد وفي الثاني واجب كما مر، ويحجر أيضاً بلا طلب إن كان الدين لمسجد أو جهة عامة (أو لنحو طفل) ومجنون ومحجور عليه بسفه رعاية لمصلحتهم، ثم إن طلب الناظر أو الولي الحجر وجب وكذا إن لم يطلبه أحد لأن الحاكم يلزمه رعاية مصلحتهم وإن قصر فيها الناظر والولي، وليس له حجر بلا طلب لدين غائب رشيد إذ لا يستوفي ماله في الذمة، ومحلّه إن كان المديون ثقة مليئاً وإلا لزمه قبضه قطعاً قاله الفارقي، وعليه فشرطه أن يكون الحاكم أميناً، ولو كان المفلس نحو صبي وله مال حجر على وليه فيه وإلا فلا فائدة له، ومنعه من التصرف ما عساه يحدث بنحو اصطبياد لا وجه له إذ لا يتأتى إلا تبعاً ولا متبوعاً هنا، وبالحجر عليه يتعلق حق الغرماء بماله كالرهن عينا كان أو ديناً أو منفعة فلا تراحمهم الديون الحادثة .

وخرج بحق الغرماء حق الله تعالى غير الفوري فلا يتعلق بمال المفلس ويتعدى الحجر لما حدث بعده بكسب كاصطياد ووصية وشراء، ومعنى الحجر على المفلس أن الحاكم يمنعه بقوله حجرت أو منعت (من) كل (تصرف يفوت ماله) عينا أو دينا أو منفعة حال كونه (حيا) بالإنشاء مبتدأ كبيع وإعتاق منجز ورهن، وكذا إبراء من مؤجل على المعتمد، وشراء بعين ولو بإذن الغرماء أو منهم لتعلق حقهم بالعين كالرهن، نعم يصح شراؤه بما يدفعه له الحاكم من نفقة وتصرفه في نحو ثياب بدنه على ما بحث، وينفذ إيلاده على المعتمد، وإنما لم ينفذ من راهن معسر لأن حجر الرهن أقوى لتقديم حق المرتهن على مؤن التجهيز والمفلس يقدم بها على الغرماء، فخرج تصرف محصل كقبول هبة أو وصية ولو لمن يعتق عليه، وغير مفوت بأن أجاز وصية إذ إجازته تنفيذ لا عطية مبتدأة وإعراضه عن نصيبه من الغنيمة قبل القسمة واختيار التملك وما لا مال فيه كطلاق ونكاح وخلع صدر من زوج وقود وعفو عنه واستلحاق نسب ونفيه بلعان والمفوت بعد الموت كوصية وتدابير إذ لا ضرر فيهما لتوقف نفوذهما على ثلث ماله الفاضل بعد الدين ومؤن التجهيز وما لا إنشاء فيه كالإقرار وما لا ابتداء فيه كالرد بالعيب (وصح) من المفلس تصرف (في ذمة) من نحو شراء وبيع بلفظ سلم أو بيع وإجارة ذمة واقتراض (ولو) كان العوض الذي في ذمته (حالا بغبن) أي مع غبنه في المعاوضة التي أوجبه إذ لا ضرر على الغرماء لأن ما في ذمته لا يزاحمهم، نعم يتخير معاملته إن جهل (ويرد) مفلس جوازا ولو لغير غبطة ما اشتراه مثلا ولو بعد الحجر بضمن في ذمته على الأوجه (بخيار) أي خيار مجلس أو شرط لعدم استقرار ملكه (لا بعيب) إن كانت الغبطة في الإبقاء أو لا غبطة فيه ولا في رد على الأوجه الذي اقتضاه قولهم (إلا لغبطة) أي في الرد فيجوز لأنه من أحكام البيع الذي لم يشمل الحجر وليس تصرفا مبتدأ، وبه فارق منع بيعه بها ولا يلزم لأن تركه امتناع من الاكتساب وهو جائز. ولا يشكل بما لو اشترى في مرضه شيئا ثم رآه معيبا والغبطة في رده فلم يرد فيه فإن ما نقص له العيب تفويت محسوب من الثلث لأن حجر المرض أقوى إذ لا يرتفع بإذن الورثة، وهنا لو أذن له الغرماء والحاكم في البيع صح (ولا يعفو) المفلس (عن أرشه) أي العيب القديم لحدوث عيب عنده لأنه تفويت (ونفذ إقراره) في حقه وحق الغرماء بعين كغصبت هذا، أو

(قوله لأن تركه امتناع إلخ) يؤخذ منه أنه لو عصى بالدين لزمه الأغبط لأجل ذلك لأن الامتناع

من الاكتساب لوفاء ما عصى به حرام.

نسب وجناية وإن أسند لزوم ذلك إلى ما بعد الحجر لأن الإقرار إخبار والحجر لا يسلب العبارة عنه، وللغرماء تحليف المقر له لا المقر إذ لا يقبل رجوعه، ونفذ أيضاً إقراره بدين عقد سابق على الحجر ولو معاملة وإن تأخر لزومها عنه (لا) إقراره (بدين عقد لا حق) بعد الحجر فإنه وإن نفذ في حقه لكنه لا ينفذ (في حق غريم) فلا يزاحم المقر له الغرماء لتقصيره بمعاملة المفلس، وكذا لو لم يسنده لشيء أو أسنده لمعاملة ولم يبين أنها قبل الحجر أو بعده ولا أمكنت مراجعته فيبطل فيهما أيضاً، خلافاً لما يوهمه المتن لتنزيله على أقل المراتب وهو دين المعاملة في الأولى ولأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن في الثانية، أما إذا أمكنت مراجعته فيراجع في كل منهما لأنه يقبل إقراره ونكوله مع حلف المدعي كإقراره.

وأفتى ابن الصلاح أنه لو أقر بدين وجب بعد الحجر واعترف بقدرته على وفائه قبل وبطل ثبوت إعساره ووجه بأن قدرته على وفائه شرعا تستلزم قدرته على وفاء بقية الديون، ولو ادعى مفلس أو وارث ديناً أو عيناً على كلام فيه بينته في الأصل فردت اليمين عليه أو لزمته للاستظهار، أو لتكميل الحجة حلف لأنه المدعي (ولا يحلف غريم إن نكل مفلس) ذكر لفهم غيره منه بالأولى (أو وارث) عن اليمين في الصور الثلاث لأن حق الغريم على المفلس لا على المدعي عليه وفيما يثبت للميت والإثبات له ليس للغريم بل للوارث (ولا يدعي) الغريم ابتداء على مدين للمفلس أو من له عين تحت يده (ولا يقبل وصية) له لم يقبلها هو ولا وارثه بعد موته لأن الغريم ليس له إثبات حق غيره لمصلحته بل إذا ثبت تعلق حقه به (وباع القاضي) وجوباً بعد الحجر على المفلس (ما ثبت له) من المال ولا يحبس حتى يبيع.

ويسن أن يكون بيعه لذلك (سريعاً مبادرة) لبراءة ذمته وإيصال الحق لذويه وأن لا يفرط في الاستعجال لئلا يبخس واشترطه توقف بيعه على ثبوت الملك هو ما قاله جمع وهو أوجه من قول العبادي ومن تبعه يكفي باليد، ويؤيد ذلك قولهم الأولى أن يتولى البيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم ليقع الإشهاد عليه ولا يحتاج لبينة بأنه ملكه، وقولهم لو طلب الشركاء من الحاكم قسمة شيء بأيديهم لم يجبهم حتى يثبت ملكهم، ويبدأ بما يسرع فساده ثم ما تعلق بعينه حق كمرهون وجان ثم بحيوان ثم بالمدير ثم بقية المنقول ثم

بالعقار، ويبدأ في كل منها بالأهم فالأهم، فيقدم في المنقولات الثياب على النحاس، وفي العقار البناء على الأرض.

والأوجه أن هذا الترتيب في غير ما يسرع فساده وغير الحيوان مستحب، وعلى هذا التفصيل يحمل اقتضاء كلام الشيخين وجوبه وتصريح الأنوار بنبذيه.

ويسن بيع كل شيء في سوقه لأنه أروج بل يجب إن تعلق به غرض معتبر للمفلس أو لغرمائه، ولو كثرت مؤنة النقل إليه حرم ووجب استدعاء أهله فيما يظهر فيهما، ويأتي في البيع هنا بثمن المثل والزيادة في زمن الخيار ما مرفي مؤتمن الرهن، نعم إن رضي الغرماء والمفلس بالنسيئة أو بغير نقد البلد جاز كما قاله المتولي ولو لم يجد من يشتريه بثمن المثل من نقد البلد وجب الصبر. قال النووي: بلا خلاف، وفيه كلام في الأصل، نعم لو رأى الحاكم البيع بمثل حقوقهم جاز، وله في غير نحو السلم أن يعاوضهم به إن رضوا ويضمن ما سلمه قبل قبض ثمنه، ومحلله إن فعله جاهلا أو معتقدا تحريمه، فإن فعله باجتهاد أو تقليد صحيح فلا ضمان كما قال السبكي وهو ظاهر.

ويسن بيع مال المفلس (بحضوره) وحضور غرمائه أو وكيلهم لأنه أنفى للتهمة وقد يزيدون وهو يخبر بما في ماله من مرغب أو ضده ليأمن الرد، والمفلس فيما ذكر (كممتنع من) أداء (حق) لزمه ليساره وطلب صاحبه له أي نظيره في أن الحاكم يأمره بوفائه فإن امتنع وله مال ظاهر وهو من جنس الدين وفي منه أو من غيره باعه عليه ويأتي فيه حينئذ جميع ما تقرر، نعم يفارقه في تحتم البيع عليه وتخيره هنا خلافا للحاوي كالرافعي، وإن عين الغريم أحد الطريقتين الآتين خلافا للسبكي فله البيع (وله إكراه ممتنع) مع التعزير بحبس وغيره على بيع ما يفي بالدين من ماله، ولا يجب أداء الدين بغير طلب إلا إن عصى بسببه.

[تنبیه] صريح كلامهم هنا أن له الضرب وإن علم أن الحبس يجدي. ويشكل عليه ما يأتي فيمن أخفى ماله أنه إن أجدى الحبس لم يجز الضرب ويجاب بأن معصيته هنا محققة لامتناعه مع وجود ماله فخير الحاكم في تعزيره، وثم ليست محققة لا احتمال تلف ماله وإن كان بعيدا يفعل به الأهون من الحبس إن أفاد وإلا فغيره، ويأتي ثم ما يفيد ذلك (و)

الأولى للحاكم أنه كلما قبض من أثمان أموال المفلس والممتنع شيئاً (قسطه فيمن حل دينه) من الغرماء بنسبة ديونهم الحالة مفردة إليها مجموعة دون من دينه مؤجل لما مر، هذا إن لم يطلب الغرماء القسمة وإلا وجبت إن سهلت ولم يكن في التأخير مصلحة وإلا لم يجب، وعلى ذلك يحمل قول جمع تجب إجابتهم، وقول الشيخين كآخرين لا تجب ولو حجر على مكاتب عليه دين معاملة ودين جنانية فلا تقسيط بل يقدم الأولى، والمدين لا حجر عليه أن يقسم كيف شاء، نعم بحث السبكي أن الغرماء لو استووا وطالبوه وحققهم فوري لزمه التسوية، ومال إليه غيره وهو محتمل، وله القسمة عليهم (وإن لم يثبت حصرهم) لاشتهار الحجر، فلو كان ثم غريم لظهر وإنما لزم ذلك في الورثة لأنهم أضبط والأمر فيهم أخفى غالباً (و) إذا قسط على الموجود منهم (رجع) بالبناء للمفعول والأولى للفاعل ليفيد ما صرح به غيره أن الراجع هو القاضي (بحصة دين ظهر) بعد التقسيط أو حدث لكن سبق سببه الحجر كأن استحق مبيع مفلس قبل حجره وضمنه المقبوض تالف فيؤخذ من الغرماء بحسب حصته، ولا تنقض القسمة إذ لا ضرورة لنقضها وإنما نقض ظهور الوارث لأن حقه في عين المال، ففي قسمة خمسة عشر على ذي عشرين وذي عشرة لو ظهر ذو ثلاثين رجع على كل منهما بنصف ما خص الأول وهو عشرة وبنصف ما خص الثاني وهو خمسة، فلو أتلفها استرد من ظهر من أخذ العشرة ثلاثة أخماسها لأن المتلف كالمعدوم ثم إذا أيسر أخذ منه الآخرون نصف ما أخذه وقسماه بينهما بنسبة دينهما، وقس على ذلك (و) رجع (بكل) أي بالثمن كله ولو بعد القسمة (إن استحق مبيع القاضي) أو أمينه، فإن بقي الثمن أعطاه المشتري وإلا قدم ببدله لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس وليس أحدهما طريقاً، أما بيع المفلس قبل الحجر إذا استحق وضمنه تالف فهو دين ظهر فيأتي فيه ما مر (وأنفق) القاضي (مدة الحجر) من مال المفلس (عليه و) على (مونه) يوماً بيوم إلى أن فرغ بيع ماله وقسمته (وكساهم) ومونه من تلزم مؤنته من نحو أم وولد وقريب وإن حدثا وزوجة قديمة وإن تعددت لسبق استحقاقها ومن ثم (لا) ينفق على (زوجة حدثت) بعد الحجر، بخلاف الولد المتجدد إذ لا اختيار له فيه وإن استحقه لوجوبه عليه والإلغاء إقرار السفية بالمال وما يقتضيه أنفق على ولده الذي استلحقه من بيت المال، ولعدم قدرة أم الولد على الفسخ وجبت نفقتها وإن حدثت، ولا ينفق هنا على القريب إلا بعد: الطلب أي إن

تأهل له كما أن ولي الصبي لا ينفق على قريبه إلا حينئذ، وإنما ينفق على المفلس ومونه ويكسوهم بعرف: أي ما يتعارف في حق مثله وهو أقل ما يكفي نفسه والقريب وأم الولد ونفقة المعسر وكسوته في الزوجة خلافا للرافعي، وإنما ينفق عليهم (من) مال له (غير مرهون) وجان ومبيع لم يقبض ثمنه ونحوها ما تعلق به حق لمعين على الأوجه، فإن لم يكن له سوى ذلك لم ينفق على أحد منه، وإنما ينفق عليهم من ماله أيضاً إن لم يكن له كسب لائق (لا) إذا حجر عليه (و) الحال أنه من (له كسب) حلال (لائق) به بأن لا يزري به فلا ينفق ويكسو من ماله بل من كسبه إن رأى من يستعمله وعمل وما فضل حينئذ يرد لماله وما نقص كمل منه، فإن امتنع لم يجبر على الأوجه لأنه لا يؤمر بالتحصيل ويبيع مسكنه وخادمه ومركوبه وإن احتاج كلا منها وألفه، بخلاف الكفارة لأن لها بدلا في الجملة ولبناء حق الآدمي على المضايقة (وإن فك) الحجر عنه لقسمة ماله (لم يترك) له ولمونه حيث كان المتروك في ماله (إلا قوت يوم) وقعت فيه القسمة (وسكناه) لأنه موسر في أوله، وألحق به البغوي ومن تبعه ليلته أي التي بعده فإن قسم ليلا فليلة القسمة واليوم الذي بعدها (و) إلا (دست ثوب لائق) به وبهم ما يعتادونه قبل الإفلاس على المعتمد من نحو قميص وسراويل وتكة ومنديل ومداس وعمامة وما تحتها وطيلسان وخف، ويزاد نحو جبة في الشتاء ودراعة فوق نحو القميص إن لاقت به لئلا يحصل الإزراء بمنصبه، وتزاد المرأة ما يليق بها، ولو تعود الإسراف قبل الإفلاس رد للائق أو التقتير فلا، ولا يترك له فرش وبسط لكن يسامح بحصير ولبد قليلي القيمة، ويترك للعالم كتبه على المعتمد ولا يبعد أن يأتي فيها التفصيل الآتي في قسم الصدقات دون المصحف لسهولة مراجعة الحفاظ.

وبحث ابن الأستاذ أنه يترك للجندي المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما، بخلاف المتطوع بالجهاد إلا إن تعين عليه الجهاد ولم يجد غيرهما، وكل ما يترك للمفلس إن لم يوجد بماله اشترى له. وقضيته أنه يشتري للعالم ما يحتاجه من الكتب وهو محتمل (وتؤجر) وجوبا (أم ولده ووقف) أي موقوف (عليه) لم يشترط الواقف منع إجارته إن كانا وكذا موصي بمنفعته على الأوجه لأن منفعة المال مال لضمانها بالغصب، بخلاف منفعة الحر ويؤجران مرة بعد أخرى إلى البراءة: أي بأجرة معجلة ما لم يظهر تفاوت بما لا يتغابن به في غرض قضاء الدين، وينبغي أن يكون كل مرة مدة يغلب على الظن بقاؤه إلى

انقضائها وأن لا يصرف من الأجرة إلا ما يتبين استحقاق المفلس له بمضي المدة . وقضيته أنه لا يصرف لهم إلا ما فضل عن مؤنة مونه لأنهم يقدمون بذلك في الحاضر ففي المنزل منزلته أولى (لا نفسه) فلا يجبر على إجارتها إذ لا يلزم الكسب لقوله تعالى ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ - أمر بإنظاره ولم يأمر باكتسابه (إلا فيما) أي دين (تعدى) فيه بأن لزمه بسبب عصى به وإن صرفه في مباح فيؤمر بالكسب ولو بإجارة نفسه كما اعتمده الأسنوي وغيره، لكن الوجوب ليس من حيث إيفاء الدين بل لتوقف التوبة الواجبة فوراً من تلك المعصية على ذلك .

أما إذا لم يتعد بسببه فلا يلزمه الكسب وإن صرفه في معصية، ولا ينفك حجر المفلس بانقضاء القسمة ولا باتفاق الغرماء على رفعه لاحتمال غريم آخر (و) إنما (فكه القاضي) لأنه لا يثبت أولاً بإثباته فلا يرتفع إلا برفعه كحجر السفه، ولو فكه ثم ظهر له مال بان بقاء حجره (وحبس) وجوباً (لا لولده مديون) مكلف (عهد له مال) ثم ادعى تلفه وامتنع من أداء الدين وطلب غريمه حبسه وإن لم يحجر عليه لقوله ﷺ « لي الواجد يحل عرضه » أي ذمه بنحو مماطل ظالم وعقوبته أي تعزيره بحبس وغيره كما يأتي .

أما الوالد الذكر أو الأنثى وإن علا من جهة الأب أو الأم فلا يحبس بدين ولده خلافاً للحاوي كالغزالي ولو صغيراً وزمناً لأنه عقوبة، ولا يعاقب الوالد بالولد أي وإن أخفى ماله

(قوله وينبغي أن يكون كل مرة مدة يغلب على الظن بقاؤه إلخ) هي عبارة الإسعاد .

(قوله وأن لا يصرف إلخ) هو واضح وقد صرحوا بنظيره في إجارة الوقف على نحو بطون

متعددة .

(قوله لا لولده) يؤخذ منه أن ما مر في المعاند من جواز نحو ضربه ابتداء لا يأتي هنا في المعاند

بل يتعين البيع، وهو محتمل إذ مقتضى نفيهم الحبس هنا أنه لا فرق بين أن يعصى الوالد بالامتناع من أداء الدين وأن لا .

(قوله عهد له مال ثم ادعى تلفه) هل المراد عهده ولو في يد وليه فقط بأن كلف أو رشد ولم

يعلم دخوله ذلك المال تحت يده فهل بادعائه تلفه في يد وليه أو أن وليه استولى عليه تعدياً ولم

يوصله له بعد رشده يحبس أو لا يحبس إلا إن علم استيلاء يده في حالة كماله على مال ثم ادعى

تلفه ؟ كل محتمل، والذي ينتج أنه يكلف البينة في دعواه تلفه في يد وليه وإلا حبس، وكذا لو

ادعى أن وليه أنكره تعدياً فيكلف بينة بذلك وإلا حبس، كما لو ادعى أن ماله غصب مثلاً، بخلاف

قوله لم يوصلني ولي المال فلا يسمع منه ذلك بل لا بد من إقامة بينة بإنكاره تعدياً أو نحوه .

عنادا كما اقتضاه إطلاقهم، لكن اعتمد الزركشي أنه يحبس لاستكشاف الحال، ولا يحبس أيضاً مكاتب بنجوم، ومن استؤجرت عينه وتعذر عمله في الحبس، نعم يستوثق القاضي عليه مدة العمل فإن خاف هربه فعل ما يراه، وأخذ منه السبكي أن الحاكم لا يحضره لو استعدى عليه إن عطل إحضاره حق المستأجر، وإنما أحضرت الزوجة البرزة وحبست اتفاقاً لأن للإجارة أمدا ينتظر وموصى بمنفعته مدة معينة كمستأجر وإلا فكالزوجة، ويخرج المحبوس ليدعي عليه فإن حبس لثان أيضاً لم يخرج إلا باجتماعهما وعليه نفقة نفسه وأجرة السجن والحبس فإن لم يكن له مال ففي بيت المال وإلا فعلى مياسير المسلمين كما هو ظاهر ويستمر حبس من عهد له مال فادعى تلفه وأنه صار معسرا (حتى يشهد بإعساره) وتسمع الشهادة به وإن لم يتقدم له حبس، ولا يشترط خبرة باطنة في شاهدي التلف، ولا يحلف حينئذ بل في شاهدي الإعسار بطول الجوار وكثرة المخالطة ويقبل قولهما إنهما خبيران به ويكفي علم الحاكم بخبرتهما أو إعساره، ولا يكفي شهادتهما به إلا (مع يمين) يحلفها المدين بعد إقامة البينة على أنه لا مال له باطنا إن كان الحق لمحجور أو غائب أو جهة عامة وإن لم تطلب أو لغيرهم (وطلبت) منه لجواز اعتماد البينة على الظاهر فإن لم تطلب لم يحلف كيمين المدعى عليه، لا يحضن النفي كلا ملك له بل يقولان معسر لا يملك إلا ما يبقى لمونه، وللبلقيني عليه اعتراض أجبت عنه في الأصل (فإن لم يعهد) للمديون مال بأن لزمه الدين لا في معاملة مال باختياره كضمان ومهر أو لا كغرامة متلف أو في معاملة مال لا يبقى كخبز ولحم للآكل (حلف) أنه لا مال له وثبت إعساره من غير بينة ما لم يسبق منه إقرار بالملاءة كما أفتى به القفال لأن الأصل العدم ولو ظهر غريم آخر لم يحلف ثانيا.

أما إذا لزمه في معاملة مال كسواء وقرض فيطالب ببينة هلاكه لأن الأصل بقاءه، ولو ادعوا أنه استفاد مالا وبينوا جهته فلهم تحليفه ثانيا وثالثا وهكذا ما لم يظهر للحاكم تعنتهم، كما أن له الدعوى عليه بأنه ظهر لهم إعساره متكررا ما لم يظهر منه ذلك، ومتى ثبت إعساره لزم الحاكم إخراجه فورا ولو بغير إذن الغريم وحرم حبسه وملازمته إلى أن يوسر للآية (و) إذا امتنع مدين عن الأداء من ماله المعلوم (لعناد) بأن أخفاه ولم ينزجر بالحبس ولا ادعى تلفه (ضرب) يعني فعل به الحاكم ما يراه من ضرب وغيره وإن زاد مجموعته على

الحد، بل نص الشافعي والأصحاب على أن له أن ينخسه بحديدة حتى يعطي أو يموت، ويتعين حملة مع ما فيه من بعد على ما إذا لم ينجع فيه التعزير بالضرب المرة بعد الأخرى وما يبعده قولهم لا يعزره ثانيا حتى يبرأ من الأول، وتعين الحبس هنا أولاً كما أفاده كلامه لأن المدار على توفية الحق فوجب أن يفعل به الأخف وهو الحبس لاحتمال الأداء فإن امتنع عدل إلى الأغلظ لتعيينه طريقاً، ولا عبرة بتعيين الدائن حسبا ولا غيره كما هو ظاهر خلافا لمن أناط الأمر بتعيينه لأنه متهم يؤدي إلى أن يفعل به الأغلظ وإن أجدى الأخف مع احتمال أن له عذرا وذلك بعيد جدا (ووكل) بالبناء للمفعول أو للفاعل أي وكل القاضي وجوبا (بغريب) حبس لعجزه عن بينة الإعسار (من يبحث) أي اثنين يبحثان عن حاله بقدر الطاقة (ليظن) الباحث (إعساره فيشهد) به لثلا يتخلد به حبسه لو أهمله القاضي، ويتفقد أيضاً حال غير الغريب لثلا يتخلد حبسه أيضا، ويقبل إقرار معسر بمال بيده لحاضر رشيد صدقه ولا يحلف أنه لم يواطئه إذ لو رجع لم يقبل، وللقاضي منع المحبوس من الجمعة إن رآه مصلحة، ومن الاستمتاع بزوجته ومحادثه أصدقائه إن رآه مصلحة أيضاً وإلا فلا، ومن شم الرياحين لترفه لا من عمل صنعة، وحبس المرأة في دين لم يأذن فيه زوجها يسقط نفقتها بخلاف، ما إذا أذن كما أفهمه كلامهما وإن اعترض، ويؤيده عدم سقوطها بإذنه في صوم نذر معين بعد النكاح وإنما سقطت بإذنه لها في حج لا معه لأنه يمكنها الإقامة وهنا هي مضطرة للحبس كالصوم فيما ذكر.

فإن قلت: الصوم المأذون فيه هو المانع بخلاف الاستدانة المأذون فيها، وإنما المانع الحبس وهو غير لازم لها فلم يأذن فيه.

قلت: ممنوع بل الإذن في سببه متضمن للإذن فيه فساوى الصوم، ويخرج لجنون مطلقا ومرض تعذر بقاؤه معه في الحبس، ويحبس مريض ومخدرة وابن سبيل وكذا وكيل

(قوله ويحبس مريض ومخدرة وابن سبيل) هو أحد وجهين أطلقهما الشيخان ورجحه شيخنا وعللوه بأن فيه منعا لهم من الظلم، وجريت في شرح المنهاج على الوجه الآخر أنه يوكل بهم ليرتدوا ويتمحلوا لأن في الحبس خطراً عظيماً ويندفع الظلم بما ذكر، والحق أن الأول أوجه، وخطر الحبس في المخدرة يندفع بما هو واضح أنه يلزم الحاكم فعله وهو كونها لا تحدث إلا بمحل فيه نحو محرم ممن تندفع به خشية الفتنة يقينا أو ظناً متأكداً، وهذا وإن لم يختص بالمخدرة إذ البرزة كذلك، لكن من المعلوم أنه يباليغ في حفظ المخدرة ما لا يباليغ في حفظ غيرها فهذا هو المراد هنا، وواضح أن

وولي بدين لزم بمعاملتها، ويجب ملازمة غريمه بدلا عن الحبس لأنها أخف ما لم يؤثره الغريم لتعسر العيادة عليه لسببها فيجاب، ولو اعتيد في بلد أن لا يحبس قوم مخصوصون منها إلا في المسجد فهل تتعين هذه العادة فلا يجوز حبسهم في غيره أو لا فيتخير القاضي أو يمتنع حبسهم فيه لأنه ليس فيه مزيد نكال. كل محتمل والثاني أقرب (ولغريم مفلس) محجور عليه أو ميت ولو قبل الحجر إذا باعه شيئا ثم وجد عين متاعه عنده (رجوع فورا) كالرد بالعيب (إلى متاعه) كله إن لم يكن قبض شيئا من الثمن (أو) إلى (بعضه) أي المتاع إن كان قبض شيئا من الثمن فيرجع في بعضه بالنسبة (للباقي) من الثمن فإن كان قبض نصفه رجع بنصفه أو ثلثه فثلثيه لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء» وفي رواية «أيا رجل مات أو أفلس» ويلزم الفسخ المتصرف عن غيره كولي لأن الغبطة فيه فقط.

وخرج بغريم المفلس غريم الموسر ممتنع أو غائب أو ميت وإن امتنع وارثه لإمكان الاستيفاء بالسلطان وعجزه نادر، ولا فسخ أيضاً بتعذر استيفاء نحو الثمن لفقد جنسه لجواز الاعتياض عنه ويفورا تراخي العالم بأن له ذلك فورا لتقصيره، بخلاف الجاهل ولو مسلما مخالطا لنا فيما يظهر لحناء ذلك على أكثر العامة بل المتفقهة وصلحه بمال باطل مطلقا كالرجوع إن علم بطلان الصلح وإلا فلا، ولا ينقض الحكم بامتناع الفسخ لاحتمال النص وإن بعد فلا ينافيه قولهم لا يحتاج في الفسخ لحاكم لثبوته بالنص أي ظاهرا وإنما يثبت الرجوع الذي هو فسخ العقد واسترداد العين أو بعضها (في دين معاوضة محضة) فخرج بدين العين كسواء عبد بأمة لتقدمه بها على الغرماء وبمعاوضة نحو الهبة وبمحضة وهي ما تفسد العوض نحو نكاح وخلع وصلح عن دم لتعذر استيفاء العوض فيها ودخل في الضابط عقد السلم فله فسخه إن وجد رأس ماله والإجارة، فإذا أفلس قبل تسليم الأجرة الحالة ومضي المدة فللمؤجر الفسخ وفيهما تفاريع مهمة في الأصل، وإنما يرجع في المعاوضة المحضة بشروط.

أحدها: أن يقع قبل الحجر أو بعده ويجهله الغريم (لا) إن وقعت (بعد حجر علمه)

الأمرد يحبس لكن يحتفظ عليه بنظير ما تقرر في المخدرة، وفي المريض يندفع بأن الغرض أنه وجد من يمرضه في الحبس وأنه لا ضرر يلحقه في الحبس يبيح التيمم كما هو ظاهر، وفي ابن السبيل يندفع بأن القاضي يلزمه حيث لم يكن له منفق إنفاقه ولو بالزمام غني به كما في اللقيط.

فلا يثبت له الرجوع حينئذ لأنه المقصر.

الثاني: حلول الدين فلا رجوع في المتاع إلا إن قبيل بدين معاوضة (حال) ولو بأن كان مؤجلاً فحل (وقت رجوع) فلا رجوع مع بقاء الأجل حينئذ لانتفاء المطالبة.

الثالث: عدم نحو ضامن فله الرجوع (إن لم يضمن) الغريم (بإذن) فإن ضمنه موسر مقر بالعوض بإذنه لم يرجع لإمكان الوصول للثمن من الضامن فلم يحصل التعذر بالإفلاس وكذا بغير إذنه على الأوجه لذلك، وعبرة الحاوي توافقه فهي أحسن.

أما لو أعسر الضامن أو جحد ولا بينة فيرجع إلا إن كان بالعوض رهن يفني به ولو مستعاراً على الأوجه وله الرجوع بشروطه (وإن) أسلم المبيع والبائع كافر بخلاف إحرامه والمبيع صيد لأن المسلم قد يدخل في ملك الكافر اختياراً وبالإسلام لا يزول الملك بخلاف الصيد فيهما، وكذا لو (قدم به) أي الدين المذكور فإذا قال له غرماء المفلس أو وارثه لا تفسخ ونقدمك بالثمن لم يلزمه الإجابة للمنة وخوف ظهور غريم يزاومه لو أجابهم وعند ظهوره حينئذ ليس له الرجوع للعين لتقصيره، ولا تلزمه الإجابة أيضاً لو تبرع به الغرماء أو غيرهم ولو عن ميت على الأوجه للمنة أيضاً فإن قبل التبرع لم يزاومه غريم ظهر لأن ما أخذه وإن قيل بدخوله في ملك المفلس لكنه تقديري، نعم لو أعطاه الوارث الثمن من ماله امتنع فسخره لأنه خليفة مورثه أو من التركة فلا خوف ظهور غريم مزاحم، ولو قدم الغرماء المرتهن بدينه سقط حقه من المرهون لأن حقه أضعف لأنه في بدل العين.

الرابع والخامس: أن لا يتعلق به حق لازم وقت الرجوع ولا يخرج عن ملك المفلس فيرجع إن انتفياً (لا إن تعلق به حق لازم) كجناية ورهن أو هبة مع قبض فيهما بإذن وكتابة واستيلاء ووقف وليس له فسخ ذلك بخلاف الشفيع لسبق حقه عليها، نعم لو أقرضه المشتري لغيره وأقبضه إياه ثم حجر عليه أو باعه وحجر عليه في زمن الخيار أي له أو لهما أو وهبه لولده وأقبضه له أو باعه الآخر ثم أفلسا وحجر عليهما فللبائع الرجوع إليه كالمشتري.

وخرج باللازم ما لو دبره أو زوجه أو أجره ورضي به البائع مسلوب المنفعة ولا رجوع له بأجرة مثل ما بقي من المدة (أو تخلل ملك غير) بأن زال ملك المفلس عن العين ثم عادت له ولو بعضو وحجره باق أو حجر عليه فلا يرجع فيه البائع خلافا للشرح الصغير ومن تبعه

لتلقي الملك من غيره كمنظيره من الهبة، وإنما رجع في نظيره من الرد بالعيب لرجوع كل من العاقدين إلى عوضه وفي الصداق بالطلاق لانتفاء الضرر فيهما وهنا فيه ضرر على بقية الغرماء.

وأفهم كلامه أنه لا عود بالأولى إذا لم يعد أو تلف ولو شرعا كالعتق، ولو خرج عن ملكه وعاد بمعاوضة ولم يقبض الثاني العوض أيضاً قدم الثاني كما رجحه ابن الرفعة من أوجه ثلاثة لم يرجع الشيخان منها شيئاً، وبه جزم الماوردي وغيره لأن المال في حقه باق في سلطنة الغريم وفي حق الأول زال ثم عاد، ويحصل الرجوع من البائع (ب) قوله (فسخت البيع) أو (رفعته ونحوه) كمنقضته وأبطلته ورددت الثمن وكذا رجعت في المبيع واسترجعته على الأوجه (لا بوطء) للأمة المبيعة (وتصرف) بنحو بيع وعتق في المبيع كما لا يكون فسخاً في الهبة للفرع ويلغو لمصادفته ملك الغير ويرجع لمتاعه أو بعضه حال كونه (بزائد) متصل أي معه من غير مقابل له بشيء كسمن وتعلم صنعة بنفسه لا بواسطة المفلس وهما محل تناقض الشيخين فيهما بل عبارتهما صريحة في ذلك وكبير شجرة وحمل وثمر لم يتأبر في يده، وكذا حكم المتصلة في سائر الأبواب إلا في رجوع الزوج في شطر الصداق فإنه يتوقف على رضا الزوجة كما يأتي بتوجيهه (لا) زائد (حادث) عند المفلس (انفصل) كما في يده وقت الرجوع ولو بعد الحجر لبقاء ملكه إلى الرجوع وهو كولد ولبن حدثاً وانفصلاً (أو) ثمر حادث عنده (أبر) في يده ولو بعضه فيما يظهر قياساً على ما مر في البيع.

وبه يعلم أن ما ألحق بالتأبير ثم يلحق به هنا فلا رجوع فيهما مع الأصل لحدوثهما على ملك المفلس، وانفصالهما عنده حقيقة في غير المؤبر وحكما فيه بخلاف الموجودين عند المعاوضة فيرجع فيهما، وإن انفصل نحو الحمل وأبر الثمر في يد المفلس لأن كلا منهما جزء من المبيع، فعلم أنه يرجع في حمل قارن البيع أو الرجوع.

قال الرافعي: لأنه لما تبع في البيع تبع في الرجوع وأن تأثير الثمر كوضع الحمل، وفارق نظيره في الرهن بأنه ضعيف بخلاف الفسخ لنقله الملك وفي الرد بالعيب ورجوع الوالد في هبته بأن سبب الفسخ هنا نشأ من أخذ منه بخلافه ثم كما مر في فصل الخيار (و) إذا كان

العرض أمة فحملت عند المفلس وولدت عنده ورجع الغريم فيها قبل تمييز الولد (سلم قيمة ولد الأمة) وأخذه معها إن شاء وحينئذ يتجه أنه لا بد من عقد جديد فيه نظير ما يأتي في تملك المعير (أو بيعا) هي وولدها معا حذرا من التفريق المحرم (وأخذ) الغريم (حصتها) والمفلس حصة الولد من الثمن فلو ساوت وحدها بصفة كونها حاضنة مائة ومعه مائة وعشرين كان سدس الثمن للمفلس، ولو بذل الغريم قيمته وطلب المفلس بيعها فيظهر إجابة الغريم لأن الولد من جملة مال المفلس وهو مبيع كله بخلاف الأم في عكسه إجابة الغريم بالأولى (ويرجع) الغريم إن شاء (وإن زوجت) الأمة أي زوجها المفلس كما مر وأفرد مع أنه من جملة العيوب الآتية لعدم تأتي تفصيلها الآتي فيه (وتفرخ) البيض المبيع ونبت البذر وتخلل العصير ولو بعد تخمره واشتد حب الزرع لأنها حدثت من عين ماله، وفارقت نحو الطحن للفرق بينه وبين نحو التسمين ويرجع إن شاء أيضاً (و) إن (خلط الزيت) أو غيره من سائر المثليات كبر بمثله أو أردأ منه من جنسه، فإن شاء أخذ قدر حقه مع المضاربة بنقد حصل من خلط غير المفلس نظير ما يأتي في العيب وإن شاء ضارب بالثمن، وإنما كان خلط الغاصب بالجنس إتلافا مطلقا لأنه موسر بالبدل كله فلا ضرر في الرجوع إليه وهنا لا بدل فلو امتنع الرجوع لم يحصل تمام حق البائع وليس له طلب بيع الجميع وقسمة الثمن و (لا) طلب الرجوع إذا خلط (بأجود) من حقه (أو غير جنسه) لحقه وليس الأجود قليلا جدا بحيث يقع مثله بين الكيلين للإضرار بالمفلس في الأولى ولا امتناع القسمة بانتفاء التماثل في الثانية فهو كالتالف فتعينت المضاربة بالثمن، وحيث نقص المتاع نقصا لا يفرد بالعقد كقطع يد وعمى ونسيان حرفه وإباق تخير الغريم بين أن يقنع به كذلك (بلا أرش) للنقص وأن يضارب بالثمن (نعم يضارب) الغريم إذا قنع به من الثمن (بنقص) أي بنسبة نقص (عيب) كقطع يد أو نسيان حرفه من القيمة إليها إن كان ذلك العيب ما (يغرم للمفلس) لكونه بجناية بائع بعد القبض أو أجنبي يضمن جنايته وإن كان للجناية أرش مقدر، فلو اشترى عبدا قيمته خمسون بمائة فقطع من ذكر يده فنقص ثلث القيمة فعلى القاطع نصف القيمة للمفلس وللبياع ثلث الثمن يضارب به ولم يضارب بنصفها لأن التقدير مختص بالجنايات والأعواض يتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة وإلا لزم رجوعه إلى العبد مع قيمته أو ثمنه في قطع يده وهو محال، أما إذا لم يغرم العيب لكونه بأفة أو بجناية مشتر أو

نحو حربي فإذا قنع به فلا أرش له، وأما جناية البائع قبل القبض فهي من ضمانه فلا أرش له هذا كله في نقص لا يفرد بعقد كما تقرر (و) يضارب الغريم (بحصة تالف يفرد بعقد) كثمره باعها مع نخل صفقة فتلفت الثمرة بجائحة أو أكل مثلاً فللغريم أخذ الشجرة بحصتها من الثمن ويضارب بحصة الثمرة منه فإذا ساوت ثمرة مائة وغير ثمرة تسعين ضارب بعشر الثمن و (كزيت) أو عصير (أعلى) أي أغلاه المفلس فنقص فيرجع البائع به ويضارب إذا نقصه بالإغلاء كتلف بعضه بالانصباب حتى يأخذ الأرش لا كتعبه حتى يرجع فيه بلا أرش وهذا حكمة تمثيله به، فلو ذهب نصفه أخذ الباقي بنصفه وضارب بنصف الثمن وإذا نسب كل من قيمة التالف وقيمة الباقي إلى مجموع القيمة اعتبر (للنسبة) في التالف (أقل قيمته بعقد وقبض) ولا عبرة بما بينهما لأن ما نقص قبل القبض من ضمان البائع فلا يحسب على المفلس وما زاد قبله يزيد في ملك المفلس فلا تعلق للبائع به (و) اعتبر (أكثرهما لباقي) لأن المبيع بينهما من ضمان البائع فنقصه عليه وزيادته للمشتري فما يأخذه البائع يعتبر فيه الأكثر ليحسب النقص عليه، كما أن ما يبقى للمفلس ويضارب البائع بثمنه يعتبر فيه الأقل ليحسب النقص عليه أيضاً، فلو كانت قيمة الباقي عشرة والتالف خمسة ولم تختلف القيمة أخذ الباقي بثلاثي الثمن وضارب للتالف بالثلث، فإن زادت قيمة التالف فبلغت يوم القبض عشرة فكما لو لم تختلف القيمة أو نقصت فصارت فيه درهمن ونصفا ضارب بخمس الثمن، ولو زادت قيمة الباقي فبلغت خمسة عشر ضارب بربع الثمن أو نقصت فصارت ثمانية فكما لو لم تختلف (وإن باع عينين) كعبددين فأفلس المشتري (فله الرجوع في إحداهما) والمضاربة بحصة الأخرى من الثمن سواء أبقيتا، وإفادة هذا لم يكن ما هنا مكرراً مع قوله السابق وبحصة تالف يفرد بعقد، وفي هذه الحالة لو قبض نصف الثمن رجع بنصفهما لا في إحداهما بكماله إلا بتراضيهما أم تلفت إحداهما: أما الأول فلأنه أنفع للغرماء من الفسخ فيهما وضرر التفريق عليه وحده، وأما الثاني فلأنه ثبت له الرجوع في الباقية مع الأخرى فلم يسقط بتلفها، وفي الثاني لو تساوى قيمة وبقي على المفلس نصف يتخير البائع بين أن يضارب بنصف الثمن وأن يأخذ الباقي بباقي الثمن (وإن) وفي نسخ فإن أراد بائع الأرض الرجوع فيها وقد (بنى) بها المفلس أو غرس ومثله في جميع ما يأتي مؤجر أرض لبناء أو غراس رجع فيها بعدهما

لإفلاس المستأجر فإن اتفق مع غرمائه على القلع فعلوا لأن الحق لهم ورجع فيها البائع ولهم القلع قبل رجوعه كما بينته ثم واقتضاه كلام أصله فعبارته أحسن، وأرش نقص الأرض بالقلع وأجرته وتسوية حفرها في مال المفلس ويقدم البائع بها عليهم على المعتمد وليس له حينئذ أن يلزمهم تملك البناء والغراس بقيمته (و) إن (لم يرض المفلس وغرماءه القلع) لم يجبروا عليه لعدم التعدي، وليس للبائع أخذ الأرض وإبقاؤها لهم للضرر بنقص قيمتهما بدونها بل يتخير بين ثلاثة أشياء فإن شاء (تملك) ما فيها (بقيمة) له أو ضارب بالثمن (أو قلع بأرش) للنقص وهو التفاوت بين قيمته قائما وقيمه مقلوعا لأن مال المفلس مبيع كله والضرر يندفع بكل منها فأجيب البائع لما طلبه منها وإن امتنع من ذلك ثم عاد إليه على الأوجه، وفورية حق الرجوع إنما تتأتى حيث لم يخير بين أشياء لاقتضاء ذلك التروي بينها وهو لا يناسبه الفورية.

وظاهر كلامه أنه يخير في التملك مثلا ويفعل ما اختاره قبل الرجوع أو بعده وفيه كلام ذكرته ثم (وإن) اختلف الغرماء والمفلس بأن (رضي بعض) منهم دون بعض كأن طلب المفلس القلع والغرماء تملك البائع بالقيمة أو بالعكس أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء أو طلب بعضهم البيع وبعضهم القيمة من البائع (فالأصلح) لهم هو الذي يفعل، وإذا أفلس المستأجر وحجر عليه فللمؤجر فسخ الإجارة كما مر تنزيلا للمنافع منزلة الأعيان (و) حينئذ (بلغ) وجوبا (مؤجر) لدابة (وبائع) لدابة أيضا إذا (رجعا) لإفلاس مستأجر ومشتر وعليها متاع للمفلس وهو في بادية (مأمن) أي أقرب مأمن إلى موضع الفسخ، فإن استوى مأمنان إليه ولم يتفقا على أحدهما فالذي يظهر إجابة المالك أو وكيله ما لم يفرض أنه لا ضرر عليه بوجه فيما طلبه المستأجر أو المشتري، وإذا بلغه ولم يوجد المالك أو وكيله وجب وضعه عند حاكم فإن تعذر فعند عدل نظير ما يأتي في الوديعة (وكذا) يبلغ وجوبا مؤجر أرض أو بائعها إذا رجعا بعد أن زرعا مفلس استأجر أو اشترى (حصادا) بأن يقيه إلى أوان الحصاد إن لم يستحصد وإلا فلهما المطالبة به وتفريغ الأرض وإنما يجب ذلك في مسألة الزرع فقط كما أفادته كذا (برضا كل) من الغرماء والمفلس بأن يتفقوا على تركه إلى الحصاد (لا) برضا (بعض) منهم دون بعض فلا يجب طالب الإبقاء بل طالب القلع (إلا إن ضاع) الزرع (بقطعه) بأن لم يكن للمقطوع قيمة فلا يجب إذ لا فائدة له فيه، بخلاف ما

إذا كان له قيمة فيجانب مريد القطع من الغرماء ومنهم المؤجر إذا كان لم يأخذ الأجرة الماضية إذ لا يلزمه تأخير حقه برضا غيره .

وقضية كلامه كالشيخين القطع برضا المفلس والغرماء وإن لم يكن للمقطوع قيمة : أي لكن يآثم الراضون لتسببهم في إضاعة المال، وإنما يجب تبليغ المأمّن والحصاد (بأجر لمؤجر) وهو أجرة مثل حمل المتاع من محل الفسخ للمأمّن وأجرة مثل الأرض من وقت الفسخ إلى أوان الحصاد .

وخرج بالمؤجر البائع فلا أجرة له في ذلك لأن المشتري دخل على أن تحصل له المنافع بلا عوض فلم يحسن إلزامه بدلها، بخلاف المكتري (وقدم) المؤجر في الصورتين (به) أي بأجرة المثل على الغرماء لأنه لصيانة المال وإيصاله إليهم فهو (كمصالح الحجر) من أجرة نحو كيال ودلال وحمل متاع فإن مستحقه يقدم به على الغرماء (وإن صبغ ثوباً) اشتراه ثم أفلس (أو عمل به) أي بالثوب ولو حذف به لكان أولى وأعم عملاً (محترماً) أي جائزاً (كقصارة) وخباطة بخيوط منه أو اشتراها معه وطحن حنطة وشي لحم وذبح شاة ورياضة دابة وغير ذلك من كل صنعة تحصل بفعل يصح الاستئجار عليه بحيث تعد هي من آثاره لا كسمن بالعلف، ويظهر لها أثر على المحل بعد عينا لا أثراً ومنه نحو حفظ دابة فإذا أفلس وزادت قيمته بالصنعة المذكورة على قيمته بدونها (شارك) المفلس (البائع بما زاد) بسبب صنعته سواء أبيع أم أخذه البائع إلحاقاً للزيادة بالعين لأنها زيادة بفعل محترم متقوم منسوبة إليه ومرتبطة عليه، بخلاف فعل الغاصب لأنه غير محترم ونحو تسمين المفلس بعلفه لأنه من محض صنع الله تعالى إذ العلف يوجد كثيراً ولا يحصل السمن، فلو كانت قيمته خمسة فبلغ بالقصارة مثلاً ستة فللمفلس سدس الثمن في صورة البيع، وسدس القيمة في صورة الأخذ، ولو صبغه وقيّمته أربعة دراهم والصبغ بدرهمين فصار يساوي ستة أو خمسة أو ثمانية فللمفلس ثلث الثمن أو القيمة أو خمس ذلك أو نصفه، والنقص في الثانية على الصبغ لأنه هالك والثوب قائم بحاله فإن لم تزد قيمته بذلك فالصبغ مفقود ولا شيء للبائع وإن نقصت، ولو صبغه بصبغ اشتراه منه أيضاً أو من آخر وصبغه به ثم حجر عليه فإن لم تزد كأن صارت قيمته في المثال أربعة ضارب صاحب الصبغ بثمانه لأنه مفقود، وإن زادت كأن صارت خمسة أو ستة أو ثمانية أخذ البائع مبيعه من الثوب أو الصبغ وشاركه المفلس

فيما زاد على قيمتهما فله في الأخيرة ربع ثمن الثوب أو قيمته مصبوغا، هذا كله فيما إذا زادت القيمة بسبب الصنعة فإن زادت بارتفاع السوق فالزيادة لمن ارتفع سعر سلعته وفي ذلك مزيد بينته في الأصل.

وإذا حجر على مفلس استأجر من يقصر ثوبه فقصره وطالب بأجرته فإن لم يزد الثوب بسبب القسارة فهو فاقد لها إذ هي عين فليس له إلا المضاربة بالأجرة، وإن زادت تخير بين أن يضارب بالأجرة وحينئذ يسقط حقه من الرهنية والحبس فيما يظهر كما بينته ثم، وأن يفسخ بإفلاس المستأجر ليرجع إلى عمله لأنه عين كما تقرر (و) حينئذ (هي) أي القسارة (رهن بأجرة قصار فسوخ) فيقدم بأجرته المسماة من الزيادة الناشئة عن القسارة إن زادت على أجرته فإن ساوت أخذها وإلا ضارب بما بقي له، وكالقصار الصباغ ونحوه.

(و) ما يتفرع على قولهم القسارة عين مسألتن ذكرهما كأصله استطرادا.

الأولى: أنه يجوز (لكل قصار) ونحوه كخياط وطحان وغيرهما إذا استؤجر لإجارة صحيحة كما قاله القفال على ثوب قصره أو خاطه أو حب فطحنه وقد زادت قيمته كما بحثه البلقيني كالبارزي (حبس الثوب) المقصور ونحوه بوضعه (عند عدل لأجره) بالإضافة للضمير: أي لأجل استيفاء أجرته، كما يحبس البائع لاستيفاء ثمنه إذ نحو القسارة عين وإن كان حق البائع أقوى ومن ثم لم ينزع منه ويجعل عند عدل، أما إذا لم تزد قيمة الثوب مثلا فلا حبس بل يأخذه مالكة، ثم الأجير يضارب إن كان حجير وإلا طالب المستأجر.

(و) الثانية: أنه إذا تلف الثوب المقصور ونحوه قبل تسليمه للمستأجر (سقط) أجره

(بتلف في يده) كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض.

(قوله بوضعه عند عدل) الظاهر أن الواضع هو الحاكم أو نائبه بأن يرفع مستحق الأجرة الأمر إليه فيضعه أو يأمر غير المستحق بوضعه تحت يد عدل، فإن لم يرفع المستحق له واتفق هو وذو الثوب على من يوضع عنده لم تشترط العدالة نظير ما مرفي الرهن، وحينئذ فظاهر أنه يأتي هنا ما مر ثم من التفصيل في الموضوع عنده وفي أن العدل نائب من وفي تصرف العدل بجامع أن هذا رهن أيضاً، وكون هذا رهناً شرعياً إذ لا إيجاب فيه ولا قبول ولا اختيار لذي الثوب بل هو قهري عليه وذلك جعلي لا ينافي ذلك، على أنا لا نسلم أن هذا شرعي محض بل فيه شائبة قوية من الجعلي.

باب [في الحجر]

بفتح الحاء . وهو لغة المنع، وشرعا المنع من التصرفات المالية . وشرع إما لمصلحة النفس والغير كالمكاتب أو الغير فقط كالمفلس للغرماء والرهن للمرتهن في المرهون ونحو المريض للورثة في ثلثي ماله والعبد لسيدته والمرتد للمسلمين، أو النفس فقط وهو حجر الجنون والصبا والسفه، وكل أعم ما يليه وهو المعقود له الباب (حجر جنون) يثبت بمجرد الجنون فتسلب به الولايات واعتبار الأقوال كلها وأكثر الأفعال، بخلاف تملكه بنحو احتطاب وإتلاف فينفذ إيلاده وتثبت الحرمة بإرضاعه والمهر والنسب بوطئه ويغرم ما أتلفه ويستمر ذلك (إلى إفاقة) فيرتفع بمجرد ما من غير فك قاض بلا خلاف وإن خلفه حجر صبا أو سفه، وألحق القاضي به النائم: أي من حيث إلغاء أقواله وكثير من أفعاله فحسب، والأخرس الذي لا يفهم: أي فوليه ولي الجنون على الأوجه، وكلام الأذرعى يفهم أنه الحاكم وحده وله وجه . ومجنون له نوع تمييز كالصبي المميز فيما يأتي على المعتمد لا كالجنون نظرا لذلك النوع ولا كالمكلف نظرا لضعفه عن التأهل لفهم الشيء على حقيقته الذي هو مناط التكليف، فاندفع ما للسبكي والأذرعى هنا (و) حجر (صبا) بكسر أوله يثبت بمجرد الولادة فتسلب به الولايات واعتبار الأقوال والأفعال إلا نحو عبادة مميز ونهيه عن المنكر، وإلا حملة الهدية وإذنه في دخول دار وإبلاغه طلب مولم إن لم يجرب عليه كذب ولو مرة كما هو ظاهر، ودفعه زكاة إذا عين له المدفوع إليه وتملكه المباحات، ويستمر ذلك (إلى بلوغ) فيرتفع به من غير فك قاض حجر صبا ويخلفه حجر السفه إن لم يوجد الرشد فحكم تصرفه تصرف السفه لا الصبي فحذف التقييد بالرشد لإفاقة ذلك أولى من التعبير ببلوغه رشيدا ليفيد الانفكاك الكلي .

والبلوغ للصبي والصبية يحصل إما (بخمسة عشرة) سنة قمرية تحديدية أي باستكمالها لأنه صَلَّى رأى ابن عمر بلغ لما استكملها وقد عرض عليه يوم الخندق، وابتدأها من انفصال جميع الولد (أو) بغير السن من (إمناء) أي خروج مني نوما أو يقظة بجماع أو

باب [في الحجر]

(قوله إلى إفاقة) هي أن يصفو من جميع آثار ما كان به كحدة وخبل وإن قل كما يفيد كلامهم في النكاح .

غيره لوقت إمكانه، وأقله أن يخرج (لتسع) من السنين القمرية أي استكمالها بالاستقراء، والظاهر أنها تقرب كما في الحيض، والأنثى تزيد على الذكر لأن بلوغها إما بسن أو احتلام أو إنبات وهذه يتشاركان فيها (أو حيض) لوقت إمكانه السابق (أو حبل) وعبر غيره بالولادة، وكل منهما ليس بلوغاً خلافاً لما توهمه العبارة وإنما البلوغ بالإنزال والولادة المسبوقه بالحبل دليل عليه، ومن ثم يحكم بالبلوغ قبلها بستة أشهر ولحظة، ويحكم ببلوغ الخنثى إن أمنى بذكره وحاض بفرجه وإلا فلا على كلام فيه في الأصل، ويصدق مدعي بلوغ بإمضاء أو حيض ولو في خصومة بلا يمين إذ لا يعرف إلا منه، نعم إن اتهم غاز طلب إثبات اسمه في الديوان حلف.

(ودليله) أي البلوغ بالاحتلام أو السن على الأوجه (في) شخص ذكر أو أنثى (كافراً) أو مجهول إسلام (خشونة) شعر نبت على (عانة) لفرج الواضح وفرجى المشكل معاً لأنهم في صبية بني قريظة قتلوا من أنبت وتركوا من لم ينبت، وعطية راويه رضي الله عنه ممن

(قوله أي استكمالها بالاستقراء) والظاهر أنها تقرب كما في الحيض انتهى.

وقضية هذا الصنيع أن استكمال التسع في الإماء بالاستقراء وأن التقريب المقتضي للنقص عنه بالقياس على الحيض. وقد يستشكل بأن التقريب في الحيض ثبت بعلة هي الاستقراء وهو لا يجري فيه قياس لأن الحكم على الحيض بذلك النقص إنما هو لوجوده في جزئياته أي غالبها إذ هو استقراء ظني فيحكم به على كلها نظراً لذلك الوجود الذي ماله إلى الطبع والجبلة فلا يتخلف، وهذه العلة لم توجد في الفرع الذي كلامنا فيه أعني الإماء فلم يمكن ثبوته بهذا القياس.

وقد يقال للقياس طريق آخر يمكن أن يقال بها. وهي أن يقال الحيض أمر يتعلق بالطبع والجبلة، وقد رأينا فيه الخارج قبل تمام التاسعة فالحد الذي ذكره تم له صفات الخارج بعد تمام التاسعة فالحقناه به بجامع تعلق كل بالطبع وأن كلا فيه دلالة على البلوغ. على أنه قد يقال يحتمل أن ثبوته أعني التقريب في نفس الحيض إنما هو بالاجتهاد لا بالاستقراء.

وبيانه أن يقال لما أناط الشارع الأحكام بالسنين والأشهر القمرية دون الشمسية علم أن لما قارب الشيء أخذ حكمه ولما استقر للحيض أو الطهر أقل وأكثر شرعاً ضبطنا ذلك التقريب بما لا يستوفيهما فحكمنا فيه بالتقريب، وأما الإماء فلا يتصور منه ضبط التقريب ورأينا قرب مماثل له الحيض فأجرينا فيه نظير ما هو معلوم في الحيض فتأمله فإنه في غاية الدقة والخفاء.

فإن قلت: إذا صح القياس فلم صرح المتن بالتقريب ثم لا هنا؟

قلت: كأنه رأى ظهور القياس فوكل الأمر هنا إلى ظهوره، ويحتمل أنه قائل بالفرق لما علمت

من خفاء الجامع بينهما.

كشفوا عانته فأروه لم ينبت فجعلوه في السبي، ولضرورة تبين البلوغ جاز النظر إليها، ووقت إمكانه وقت إمكان الاحتلام على الأوجه، واستفيد من كونه دليلاً على أحدهما أنه لو شهد عدلان أن سنه دون خمس عشرة سنة ولم يعلم له احتلام لم يحكم ببلوغه بالإنبات.

وخرج به مسلم لأنه يسهل مراجعة أقاربه المسلمين غالباً مع أنه متهم باستعجاله بدواء دفعا للحجر وتشوفا للولايات، بخلاف غيره فإنه يفضي به إلى القتل أو ضرب الجزية في الذكر، وهو والأنتى يتعذر مراجعة أقاربهما لكفرهم غالباً، وبشعر العانة نحو اللحية والشارب وافتراق الأرنبة ونهود الثدي، وليست دليلاً لندرتها دون خمس عشرة سنة وبخشونته، وضابطها أن يحتاج في إزالته إلى حلق ناعمه لوجوده في الصغير، وما ذكرته من أن العانة اسم للمنبت هو ما صوبه الأزهري (وصدق) كافر ادعى أنه استعجل الإنبات

(قوله واستفيد من كونه دليلاً إلخ) حاصل الخلاف فيه وجه أنه دليل للبلوغ بالسن ووجه أنه دليل البلوغ بالاحتلام، وبحث أنه دليل لأحدهما على الإيهام ومحل الخلاف حيث لم تعلم له سن ولا احتلام، فإذا أثبت حكمنا على الأول بأنه بلغ بالسن الذي هو خمس عشرة سنة وأن هذا هو سنه الآن وعلى الثاني حكمنا بأنه بلغ بالاحتلام وأن سنه الآن تسع سنين، وعلى الثالث حكمنا ببلوغه من حيث الإجمال ولم نحكم له بسن معين هذا هو الذي يتجه تقريره في هذا المحل فاحفظه وأعرض عما سواه، وقوله لم يحكم ببلوغه بالإنبات ظاهر في الشق الأول وهو ما لو شهدوا بما ذكر لأنه حينئذ لم يوجد إمكان البلوغ بالسن دون الثاني، لأننا إنما نحكم بالإنبات حيث انتفى علمنا بالاحتلام وأما مع علمنا به فالحكم به لا غير فكان قياس البحث الذي هو أحدهما أنه في هذه الصورة يكون دليلاً على الحكم بالبلوغ بالاحتلام، لأنه إذا كان دليلاً لأحدهما واستحال واحد وأمكن واحد وجب الإعراض عن المستحيل والحكم بالممكن؟ وقد يجاب بأن هذا يتعين بناؤه على الوجه الأول لأن عدم الحكم ببلوغه ليتعين بعض سنه عن سن البلوغ ولم يعارضه شيء لأن الغرض أنه لم يعلم احتلام.

ثم رأيت جمعاً صرحوا بذلك، ورأيت ابن الرفعة قال: حيث جعلنا الإنبات علماً على البلوغ فالمراد به البلوغ بالاحتلام.

(قوله نحو اللحية) قد يستشكل بأنهم جعلوه انتهاء لوقت المرودة في النظر وحدّوه بعشرين سنة فكيفما استقرى أنه لا يثبت غالباً إلا في العشرين فما فوقها لا يكون دليلاً على البلوغ بالسن الذي هو أنقص بكثير؟ وقد يجاب بأن ذلك له ملحظ غير هذا كما لا يخفى على متأمل كلامهم في البابين وهو أن ملحظ منع نظر الأمرد خشية الفتنة وهي موجودة إلى العشرين فحدّوه بها لذلك

بالدواء (بيمينه) لدفع القتل عنه (لا لإسقاط جزية) لو كان من أولاد أهل الذمة وطولب بها، والفرق الاحتياط لحفظ المال على المسلمين في الحالين، ويجب تحليفه في الأولى إذا أراده وكيفيته (أنه استعجله) أي الإنبات بالدواء ولا نظر إلى أن التحليف يثبت صباه والصبي لا يحلف لأن الاحتياط لحقن الدم قد يوجب مخالفة القياس.

ثم بعد إفاقة المجنون وبلوغ الصبي يرتفع حجر الجنون والصبأ ويخلفه حجر السفه إن لم يوجد رشد، وحكم السفه المحجور عليه شرعاً أو حساً أنه (يصح) منه (إسلام) وعبادة ما عدا صرف الزكاة إلا إن عين له المدفوع إليه، لكن ينبغي كما قاله الأذرعى أن يكون بحضرة الولي أو نائبه لئلا يتلفه إذا خلا به أو يدعي صرفه كاذباً، ويصح نذره المال في ذمته

وجدت اللحية أولاً، وإنما أرادوا بقولهم إن العشرين أو إنها غالباً لبيبنوا أن هذا مؤيد لما قلناه إن من بلغ هذا السن ظهرت عليه أمارات الرجولية غالباً وإن احتمل تقدم نباتها على الخمسة عشر فراعوا هذا الاحتمال احتياطاً للبلوغ بكثرة الأحكام المتعلقة به بل ولعظم خطرهما، وكان القياس في نبات العانة ذلك لكنه لما ورد في الكافر على خلاف القياس اقتصرنا عليه ولم يصف لنا عن الإشكال أمر آخر نتبعه له.

(قوله والفرق الاحتياط إلخ) لا يقال مثل هذا يسمى فرقاً لأن الفرق من شأنه أن يميز كلا عن الآخر في الوجه الذي حصل به الاجتماع، وهنا ليس كذلك فالحكم مختلف والتعليل متحد إذ هو العمل بالمصلحة في الشقين. لأننا نقول هذا لا يتوجه إيراده أما أولاً فتفسير الفرق بما ذكر أمر مخترع فلا ينظر إليه على أنه ليس بتركيب صحيح لأن قوله كلا عن الآخر في الوجه الذي حصل به الاجتماع مشتمل على تعلق في بتميز، وهذه العبارة بظاهرها ليست صحيحة وإنما صوابها لو سلم له هذا الحد أن يقال أن يميز كلا عن الآخر بإبداء معنى يوجب عدم الاجتماع الذي ادعاه المستشكل، ثم جعل هذا فرقاً ليس من مخترعات هذا الشرح بل صرح به غيره وهو أصح. وتقرير الإشكال الموجب للاجتماع المحوج إلى الفرق أنه تعلق به أمران بتقدير بلوغه جواز القتل ووجوب التقرير بالجزية فما باله وقد وجد فيه كل منهما يصدق بيمينه لدفع القتل لا لدفع الجزية، وتقرير الفرق أن يقال من المعلوم أنه يلزم الإمام ونائبه رعاية ما فيه الاحتياط لحق المسلمين ما أمكن ولا يحصل ذلك هنا إلا بالتفرقة التي قلنا بها، وبيانها أنه إذا حلف أنه لم يستعجل الإنبات بقي على ما هو عليه من كونه من أرقاء بيت المال، ففي قبول حلفه حفظ المال لبيت المال عن الضياع بقتله وفي عدم قبول حلفه على استعجاله بالإنبات حفظ لذلك أيضاً لوجوب الجزية التي هي حق للمسلمين لأنها من جملة أموال بيت المال، فاستوى الحالان في كونه قبل منه الحلف في الأول دون الثاني وافتراقاً في وجه المصلحة فالمصلحة إنما توجد بتحليف الأول وعدم تحليف الثاني، وهل في كون هذا فرقاً واضحاً

على المعتمد كالوصية إذ لا يلزمه الأداء إلا بعد الرشد وما لا تصرف فيه كاحتطاب (وتصرف) غير مالي كطلاق وخلع ولو بدون مهر المثل ونفي نسب واستلحقا، وينفق على المستلحق بيت المال وإقراره بموجب قود أو أحد إذ لا تعلق لغير الخلع بالمال الذي حجر لأجله، والخلع كالطلاق بل أولى (لا) تصرف (في مال غير) ما يأتي كبيع وشراء ولو بغبطة أو في الذمة وإعتاق وكتابة وغيرها ولو بإذن الولي أو الموكل وإن قدر له العوض لأنه مظنة الإلتاف، ويضمن القابض منه وإن جهل حاله لا هو ما قبضه كما يأتي آخر الوديعة من رشيد أو سفية بعد رُشده ولم يحجر عليه قاض وتلف ولو بإتلافه له في غير أمانة قبل المطالبة برده وإن انفك الحجر وجهل حال من عامله لتقصيره بترك البحث، ومر في الرهن أن الولي إذا أذن لسفية في قبض دين للولي على آخر لم يصح فالمقبوض على ملك المدين فلا يرجع به على السفية إذا تلف قبل طلب رده لأنه المقصر بإقباضه له، ولا يضمنه باطنا أيضاً على ما صرح به الإمام الغزالي واقتضاه كلام الشيخين، لكن نص في الأم على أنه يضمن بعد فك الحجر وهو الموافق لما ذكره في البيع في نظيره من الصبي، ويستثنى من التصرف المالي ما إذا انتهى إلى الضرورة في المطاعم فيجوز له التصرف فيها كما بحثه الإمام ونحو (وصية وتدبير) إذ لا ضرر عليه فيهما مع صحة عبارته واحتياجه للشواب (وصلح عن الدية) له ولو على أقل من الدية لأن له العفو مجاناً فببدل أولى أو عليه ولو على أكثر من الدية صيانة للروح أو العضو، وتوكيله في قبول النكاح دون إيجابه، وعقده الجزية بدينار،

ريب، ومن ثم قال بعض المحققين والفرق بينهما ظاهر.

(قوله صيانة للروح) قضية كلامهم بل صريحه لزوم الأكثر له، وفيه خلاف بين القاضي والغزالي

فالأول يقول بالدية والثاني يقول وعلى أكثر منها.

قال الزركشي: ومقتضى هذا أنه إذا صالح على عين ماله صح أي وإن لم يكن بوصف الدية، وفرق

أعني الزركشي بين هذا وعقد الجزية حيث لم يجز بأكثر من دينار بأن صيانة الروح عن القود قد لا تحصل إلا بأكثر، بخلاف عقد الذمة فإن الإمام يلزمه العقد بالدينار فقط إذا لم يبذل أكثر منه ولو وقع

في الأسر ففادى نفسه بمال صح كما يصح منه عقد الجزية وحجره غير مانع من بذل الفداء قياساً.

وقضية التشبيه بعقد الذمة أنه لو طلب منه فداء بأكثر من ديبته لم يجز له، لكن الفرق المذكور

لا يتأتى هنا لأن ثم ما عينه الشارع للعقد به فلم يجز للإمام أن يتعداه، وفي الفداء لم يعين الشارع

له فداء حتى يلزم الإمام أو نائبه الافتصار عليه فكان القياس أنه كالصلح عن القود عند الغزالي

فيصح بمال وإن كثر وساوى ديات لأن صيانة الروح قد لا تحصل إلا حينئذ.

وقبضه دينه من غريمه بإذن وليه كما رجحه جمع متأخرون، وعليه فينزعه الولي منه فوراً وإلا ضمنه، ويشكل عليه ما ذكرته آنفا عما مر في الرهن. وقد يفرق بأن قبضه لنفسه أقوى منه لغيره فاعتد به من حيث براءة المدين إذ لا تقصير منه حينئذ ألبتة، وقبوله الهبة لا الوصية كما اقتضاه كلام الشيخين وهو مشكل، ومن ثم اختار جمع ما عليه الأكثرون وجزم به جمع متقدمون من صحتهما، لكن لا يسلمان له وإلا ضمن من هما بيده والموصي به فقط لأنه ملكه بمجرد القبول قاله الماوردي: ويكفر في مخيرة بالصوم فقط وألحق بها الأسنوي كفارة الظهار، لكن أطال البلقيني في رده فيكفر عنه فيها بالمال ككل مرتبة لأن اعتناء الشارع بها أكثر.

[تبيه] قوله مال يجوز تنوينه مع نصب غير وجرها وإضافته وكل منهما لا يخلو عن تجوز إذ التقدير لا يجوز التصرف في مال: أي عقده المغاير لنحو الوصية أو عقده، إلا نحو الوصية. ولا يخفى بعد لفظ المتن عن كل من هذين فتأمله لتعلم به بعدما اقتضاه كلام الإسعاد من تعيين الإضافة، وكما لا يصح منه إنشاء تصرف مالي (لا) يصح منه (إقرار به) أي بالمال وإن أسنده إلى ما قبل الحجر، وبما يوجبه كنعكاح ولا يؤاخذ به إلا باطنا إن صدق

فإن قلت: هذا إما يتجه إن كان ما يصلح به فداء عن النفس لإرادتهم قتله، فلو أريد غير القتل كالحبس ولم يرضوا منه إلا بذلك فهل له الصلح به.

قلت: نعم له ذلك لأنه يخشى من مخالفتهم القتل ونحوه ولا ثقة بقولهم لا نريده.

(قوله ومع ذلك لا يمنع من العبادات) هو بحث ملخص من كلام الأذرعى مع طوله.

وحاصله أنه إذا لم يصح إسلامه يبعد تفريراً على هذا أنه يلزم الولي منعه من نحو صلاة وصوم وإن كان هو القياس لفقد شرطهما، ثم يحتمل أنه لا يأمره ولا ينهاه ويحتمل ندب أمره بذلك ليألف الخير فيدوم عليه بعد بلوغه.

وأما إيجاب أمره وضربه على الترك فلا ينقدح على المذهب بل لا يجوز، وهذه الصورة قد عمت بها البلوى من وصف صغار المماليك الإسلام وتعلمهم العبادات ولم ينصوا على حكم ذلك، والقياس لا يخفى: أي وهو المنع لفقد الشرط فيه وهو الإسلام قال: والصواب إما ندهم لذلك ومدحهم عليه وإما السكوت عنهم ليستمروا عليه والمختار الندب والحث من غير ضرب ولا أذى وإن أبى القياس ذلك أي الندب انتهى.

ولما كان في ترجيحه الندب مما لا يخفى من ندب إنسان إلى أمر كافر بنحو الصلاة لم أمش عليه بل على أنه لا يمنع فقط للمصلحة السابقة وأثرت هنا لا في الندب لأن هذا أدون بكثير، ثم رأيت الخادم أورد أيضاً عن الشافعي رحمته الله تعين ما رجحته وهو عدم المنع لا غير، ثم قال أعني

فيغرم على ما مر بعد فك الحجر، بخلاف موجب حد أو قود وإن عفى عنه على مال إذ لا تهمة ويقبل في السرقة للقطع لا للمال كالقن، وفي الوطاء للنسب لا لثبوت الاستيلاء إلا إن ثبت الفراش لكنه في الحقيقة لم يثبت بإقراره وفي نفيه نسبا بلعان في ولد زوجته وحلف في ولد أمته، وتسمع بينة بدين معاملة عليه قبل الحجر ويستمر حجر السفه إن اقترن بالبلوغ تبذير (إلى) الرشد وحصره الشافعي رضي الله عنه كابن عباس وغيره ومثله لا يقال من قبل الرأي في (صلاحه ديناً) بأن لا يفعل محرماً يبطل العدالة من كبيرة أو إصرار على صغيرة ولم تغلب طاعته (ودنيا) بأن لا يضيع شيئاً من ماله بإلقائه في نحو بحر أو صرفه في محرم ولو صغيرة أو باحتماله في نحو معاملة غبنا فاحشاً، وسيأتي في الوكالة بخلاف يسيره كبيع ما يساوي عشرة بتسعة ولا يضر صرفه في الخير ولا فيما لا يليق به من نحو ثياب وأطعمة وجوار تسر، نعم بجرم باقتراض لا يرجو وفاء من جهة ظاهرة، ورشد الكافر بإصلاح دينه ودنياه عندهم، ولا بد من اختبار رشد الصبي في الدين بأن يشاهد قائماً بالواجبات مجتنباً للمحظورات، وفي المال بما يليق به نظراً لحرفة أبيه ما لم يكن له حرفة غيرها كما هو ظاهر فيختبر ولد التاجر بالماكسة في البيع والشراء بأن ينقص عما طلبه معاملة أو يزيد عليه، وولد الزراع بالإتفاق على الزراعة وولد الأمير والرئيس بإنفاقه مدة على العيال حتى يعلم إسرافه واقتصاده، والفقيه بذلك مع الماكسة في شراء نحو الكتب، والمرأة بحفظ متاع البيت ومعاملة المحارم، والخنثى بما يختبر به الرجل والمرأة كل ذلك على العادة في ماله أكثر من مرة حتى يغلب على الظن رشده ووقته قبل البلوغ، ويسلم إليه المال

الزركشي وهذا أي عدم المنع لا شك فيه أي بخلاف النذب الذي اختاره الأذرعى فتنبه له، واختار جماعة مناصحة إسلام المميز وقضى به الإمام ابن جماعة قاضي مصر وغيره لقصة علي كرم الله وجهه أنه صح إسلامه قبل البلوغ على ما هو المشهور. ورد بأن الأحكام كانت إذ ذاك منوطة بالتمييز كما بينه البيهقي، بل قال أحمد رضي الله عنه إنه كان بلغ قبل إسلام، ووقع للرافعي أنه قال تصح رده أي المميز المحكوم بإسلامه ولا يقتل، وغلظه النووي أي لإطباقهم على اشتراط التكليف في المرتد فتعين حمل كلامه على أنه مفرغ على ضعيف وإن أيد بقول والد الروياني: لو صلى صبي يعتقد الكفر فصلاته باطله وأجره في بقية عباراته فلولا صحة رده لما بطلت انتهى. وإنما يصح التأيد في صبي محكوم بإسلامه اعتقد الردة ولم يفسح والد الروياني بهذا الفرض إلا أن يقال هو معلوم من سياقه. ويجب أن عدم صحة صلته ليس لردته بل لأنها منه متضمنة لنية قطع الصلاة لا صحتها سواء تقدمت على الشروع في الصلاة أم طرأت فيها. أما الثاني فلما تقرر وأما الأول فهو قد قام به مانع من الجرم بنية الصلاة فلم تنعقد.

ليماكس فإذا أراد العقد عقد الولي ولا يضمنه لو أتلّف فإنه مأمور بتسليمه إليه بخلاف ما سلمه له بعد البلوغ .

وأفهم قوله ثم يصح إسلامه أنه لا يصح إسلام مجنون ولا صبي وإن ميز وإنما صحّت عبادته لأنها تقع منه نفلاً والإسلام لا يتنفل به ومع ذلك لا يمنع من العبادات، نعم يصح بالنسبة للآخرة ويدخل به الجنة قطعاً وإن أضمره على كلام فيه مهم بينته في الأصل، والأصح أن أولاد المشركين يدخلونها أيضاً (ومميز ندبا) وقيل وجوبا واختاره الأذرعى وغيره

(قوله وإن أضمره) هذه غير مسألة الأستاذ المشهور بالإشكال القوي وعبارته: وإذا أضمر الإسلام أي علمه وصدق به وإن لم يتشهد لأنه غير مكلف فيكفي منه العلم وإن قدر على النطق بخلاف غيره، ومعنى هذا الاكتفاء أنه يقطع بنجاته بخلاف من لم يكن كذلك من الأطفال فإن فيه خلافاً وإن كان شاداً، قال أعني الأستاذ كما أظهره فاز بالجنة وإن لم يتعلق بإسلامه أحكام الدنيا، ويعبر عن هذا بأن إسلامه صحيح باطنياً لا ظاهراً. واستشكله الإمام لأن من حكم له بالفوز لإسلامه كيف لا يحكم بصحة إسلامه؟ وأجيب عنه بأن له نظيراً وهو من لم تبلغه الدعوة يحكم له بالفوز في الآخرة وإن لم يحكم له بأحكام الإسلام في الدنيا انتهى .

وقد يقال: الإشكال في هذا أيضاً إلا أن يقال قد استقرئ من الشرع تمايز أحكام الآخرة والدنيا، ألا ترى أن أطفال الكفار يحكم عليهم في الدنيا بأحكام الكفر وفي الآخرة يحكم عليهم بأحكام الإسلام كما هو الحق الذي عليه المحققون خلافاً لمن شدّ وحكى عن الأكثرين، فلما انفرد كل من الأمرين عن الآخر لم يكن فيما قاله الأستاذ اعتراض أصلاً، وبه يرد قول الرافعي: صحة الشيء في الباطن دون الظاهر محال، وكل ما صح باطنياً صح ظاهراً إذا علم به وإن لم يعلم به فكيف يحكم بصحته باطنياً وإنما يقال والله أعلم به انتهى .

ووجه رده أننا استقرينا الفروع الفقهية فرأيناها متفارقين إذ أهل الذمة لا يعاقبون على نحو الصلاة والزكاة في الدنيا ويعاقبون عليهما في الآخرة وأطفال الكفار ومن لم تبلغه الدعوة لا يحكم له بإسلام في الدنيا ويحكم له به في الآخرة، وحينئذ لا بدع أن يحكم بصحة إسلام الصبي باطنياً أي في الآخرة وإن لم يصح ظاهراً أي بالنسبة لأحكام الدنيا، وهذا هو الذي يقوله الأستاذ، والتلازم الذي ذكره الرافعي بقوله كل ما صح إلخ مبني على عدم تفارق أحكامهما، وقد بان تفارقهما فتأمله .

ثم رأيت السبكي صرح بذلك فقال: وقد يرتب الله على شيء أحكاماً في الآخرة دون الدنيا وفي الدنيا دون الآخرة غير أن الأمور الدنيوية معلومة لنا: أي بمقتضى الاجتهاد فيما فيه اجتهاد وبمقتضى القطع في الباقي، والأخرى إن قطعنا بها فهو معلق على أنها إن كانت في علم الله تعالى كذلك .

(قوله وقيل وجوباً) هو ضعيف وإن ادعى الإمام أن الأصحاب أجمعوا عليه، وعلله بأن صدور

(عن أهله مميّز أسلم) فيحال بينه وبين أبويه وأقاربه الكفار بأن يتلطف بهم خشية أن يفتنوه فإن بلغ ووصف الكفر هدد فإن أصر رد إليهم .

ثم أخذ في بيان من يلي أمر المحجور بأقسامه الثلاثة وكيفية تصرفه فقال (وتصرف) في مال من ذكر دون مال الأجنة (أب ثم جد) لأب وإن علا (ثم وصى) لمن تأخر موته منهما لأنه نائبه (ثم قاض) عدل أمين لبلد المحجور فإن كان ماله ببلد آخر فولى ماله قاضي بلد المال، لكن بالنسبة لتصرفه فيه بالحفظ والتعهد وبما يقتضيه الحال من الغبطة اللائقة إذا أشرف على التلف كمال الغائبين، ويقتصر على الإجارة إن صين بها الحيوان مثلاً لا لتجارة واستنماء ونصب قيم لهما بل ذلك لقاضي بلد المحجور فله أن يطلب من الأول إحضاره إليه عند أمن الطريق وظهور المصلحة له فيه ليتجر له فيه ثم، أو يشتري له به عقارا ويلزم الأول إسعافه بذلك .

قال الجرجاني: ولو فقد الولي فعلى المسلمين النظر في مال محجورهم وتولى حفظه له . ويؤخذ منه مع ما مر أنه لو لم يوجد إلا قاض فاسق أو غير أمين كانت الولاية للمسلمين: أي لصلحائهم، ومن ثم قال صاحب التعجيز: يجب عليهم النظر في ماله وحفظه .

وأفتى ابن الصلاح بأن لمن عنده مال ليتيم لو سلمه لحاكم جائر خان فيه التصرف فيه للضرورة: أي إن كان عدلاً أميناً كما هو ظاهر . وقضية علته وجوب دفعه لحاكم عدل أمين ولي، وحينئذ لا ينقض ولا يتتبع تصرفه في زمن الجائر على الأوجه لأنه كان ولياً شرعاً، وما ثبت أنه على خلاف الصواب باطل لا يحتاج لنقض، ويكفي في أب وجد العدالة الظاهرة لكن لو طلبا من الحاكم أن يسجل لهما بها احتاجا إلى البينة بها على الأوجه .

ومعنى الاكتفاء بالعدالة الظاهرة جواز ترك الحاكم لهما على الولاية، وتشترب الباطنة مع عدم العداوة في وصي وقيم ولا يضر طرو فسق في زمن الخيار، ولا يشترط إسلامهما إلا أن يكون الولد مسلماً أو يترافع إلينا الكفار فلا نقرهم على ولاية أولادهم بل نلي نحن أمرهم لأن القصد هنا الأمانة وهي فينا أقوى، وبه فارق ولاية النكاح إذا القصد بها الموالة وهي في الكافر القريب أقوى .

ذلك منه يغلب على الظن تعلق قلبه بالإيمان وظن توقع الإيمان إذا غلب لا يعطل، قيل محل الخلاف فيمن أسلم بدارنا لا فيمن جاءنا من دار الحرب مسلماً فلا يرد إليهم قطعاً انتهى . ورجحه بعضهم بقوله لأنه صار عندنا، وبه صرح في الخادم مع وضوحه .

وأفهم كلامه أنه لا ولاية لأم ومن أدلى بها ولا لعصبة، نعم لهم الإنفاق من مال الطفل: أي أو المجنون أو السفية في تأديبه وتعليمه لأنه قليل فسومح به أي عند فقد الولي الخاص فيما يظهر، وبقولي الخاص يعلم الفرق بين هذا وما مر أن الولاية عند فقد الولي لصلحاء المسلمين لأن ذلك في فقد مطلقاً، وإنما يتصرف ولي أب أو غيره كما يصرح به عبارة أصله فهي أحسن (بغبطة) لقوله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ فله إمساك معيب اشتراه إذا كان فيه غبطة وشراء عقار في ريعه الكفاية أولى من التجارة، وإنما يجوز شراؤه إن لم يثقل خراجه ولا خاف جوراً أو خراباً أي لإشرافه عليه كما هو ظاهر، ويبيته بالطوب المحرق أو الحجر وهو أولى والطين لا بلبن وجص، لكن اختار جمع اتباع عادة البلد والشراء أحظ من البناء غالباً فيجب تقديمه.

وشرط ابن الصباغ وغيره أن يساوي البناء كلفته معترض بأنه يلزمه منع البناء لأن ذلك نادر جداً، ولا يبيع عقاره ولا آتية القنية كما في الكفاية عن البندنيجي إلا لنحو نقل خراج أو خوف خراب أو لكونه بغير بلد اليتيم، ويحتاج لمؤنة من يوجهه ليجمع غلته ويشترى أو يبني له ببلده مثله أو لحاجة عمارة آخر أو مؤنة إن تعين بأن لم يكن له غيره ولم تف غلته بالنفقة والكسوة، أو غبطة ظاهرة بأن يرغب فيه بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن أو خيراً منه ب كله.

وأفتى القفال بجواز بيع ضيعة خربت وخرابها يستأصل ماله ولو بدرهم، والنجم بالاسي بجواز بيع مال تجارته بأقل من رأس ماله ليشتري بالثمن ما هو مظنة الربح، وبحث الأسنوي جواز بيعه بثمان مثله دفعا لرجوع أصله في هبته له وتنظيره في شمول الغبطة لهذه مدفوع بأنها كما قاله الجوهري حسن الحال، والتاج السبكي أن غير آتية القنية يجوز بيعه بدون حاجة ودون ربح لأن بيعه بقيمته مصلحة، واشترط ابن الرفعة نقلا عن البندنيجي أنه لا بد من يسير حاجة أو ربح ويجب التصرف بغبطة وينفذ (ولو في شفعة) فيفعل الأصلح للمولى من الأخذ بها وعدمه فإن عد من المصلحة فيهما ترك على الأوجه. والمحجور كمل أخذها إن ترك الولي مع غبطة الأخذ لأن تركه حينئذ خارج عن ولايته، ولو عبر كالشيخين بالمصلحة لكان أولى إذ لا يمتنع على الولي إلا البيع لا نفع فيه ولا ضرر، بخلاف بيع لمصلحة وإن لم ينته إلى الغبطة وهي البيع بزيادة على القيمة لها وقع والمصلحة أعم لصدقها بنحو شراء متوقع الربح وبيع متوقع الخسران، ويصدق أب وجد بيمينه في أنه

تصرف بها وقاض من غير يمين كما اعتمده السبكي آخرًا لأنه نائب الشرع، ويتعين فرضه في أمين مشهور العفة وحسن السيرة كما بحثه ابن الرفعة لا وصي أو قيم، بل المصدق بيمينه هو المحجور حيث لا بينة، ومن ثم لا يحتاج الأولان إلى ثبوتها حتى يحكم الحاكم بصحة التصرف، بخلاف الأخيرين، وبحث الزركشي قبول قولهما في مال التجارة أنهما تصرفا بالمصلحة فيه نظر، وكلامهم يأباه وإنما يتصرف الولي ولو أبا في مال ونحوه (لا) في (قصاص) يستحقه موليه إرثًا أو غيره كأن جنى على طرفه على الأوجه لأنه قد يعفو بعد كماله لو استوفى أو يستوفى لو عفا، وسيأتي أن له العفو على الدية إن كان المجنون فقيرًا (و) لا في (عتق) لقن موليه في غير كفارة مرتبة تنجيزًا أو تعليقًا ولو بعوض ككتابة وإن كان عوضها أضعاف قيمته، خلافا لابن الرفعة إذ لا مصلحة في ماله كالهبة إلا بثواب فيه مصلحة لأنها بيع، ويظهر جواز البيع الضمني لقن موليه بغبطة (و) لا في (طلاق) عنه ولو بمال ولا في صرفه ماله في المسابقة ولا في شراء سريع الفساد للتجارة ولو ربحا ولو في شراء حيوان له للتجارة كما بحثه ابن الرفعة لغرر الهلاك، ولا في الشراء من غير ثقة فقد يخرج المبيع مستحقًا، نعم يظهر أنه يكتفي في الثقة هنا بالعدالة الظاهرة وإلا لتعطلت التجارة للمحاجير (ويجب) عليه (حفظ) لمال موليه عن التلف وأسبابه فإن فرط أثم مطلقًا، وضمن بترك نحو علف دابة احتياطا للروح وبتفويت طعام كورق فرصاد لأنه تفويت لموجود وهو أقوى من تحصيل المعدوم كالعمارة، ومن ثم جزموا بوجوب الأخذ بالشفعة عند الغبطة، وحكوا خلافا في وجوب الشراء بها لا بترك عمارة عقار حتى خرب على الأوجه كتركه التلقيح ولا بتأخير بيع لتوقع زيادة فاتفق رخص (و) يلزمه أيضا حيث أمكن بلا مبالغة (تنمية) له (قدر المؤن) من نفقة له أو لمونه وكسوة وزكاة لأمره ﷺ بالاتجار في مال اليتيم لئلا تأكله الصدقة، وألحق باليتيم غيره (و) يلزمه أيضا (بيع) لمتاع موليه إذا طلب منه بمصلحة كأن طلب بأكثر من ثمن مثله ولم يحتج إليه ولم يكن عقارا تكفيه غلته فلا يبيع بثمن المثل ولا بأزيد وهناك راغب بزيادة.

قال الماوردي: ويجب أن يجتهد حتى لا يتوقع زيادة أخرى، ويبيع بعوض ونسيئة إن رأى مصلحة كزيادة أو خوف على المبيع، ويجب فيها كما مر في الرهن إظهار وقصرها عرفا بثمن مثل المبيع إلى ذلك الأجل ويسار مشتر وأمانته وارتها ما بقي بالثمن مطلقا على

(قوله قدر المؤن) محله كما هو واضح إن سهل عليه ذلك وإلا لم يلزمه إلا جهده وقي

بالكل أو لا.

الأوجه، وفي إقراض ماله يأخذه إن رأى مصلحة لأنه متمكن ثم من المطالبة متى شاء وهذا قد يضيع ماله قبل الحلول، ولا يجزي الكفيل عن الارتهان، ولا يجب في شراء أب أو جد من نفسه لنفسه مال موليه نسيئة ولا شيء من الشروط في بيعه للمضطر: أي إن توقف إنقاذ روحه على بيع مال المولى بخصوصه فيما يظهر (و) يجب (شراء) له إذا وجد ما يشتري (بغبطة) أي مصلحة ولم يكن عرضة للتلف ولا مما لا يتيسر بيعه لقلّة الرغبة فيه وإن وجد أحدهما رخيصاً (و) لا يلزمه إذا لم يرد شراءه لنفسه وإلا (قدم نفسه) بالشراء كالبيع حذراً من رغبة الناس عن الولاية، ويلزمه أيضاً إنفاق المولى وكسوته وإخداًمه بالمعروف: أي ما يليق بحاله مع النظر ليساره وإعساره فيما يظهر، وإطلاق الرجوع إلى حال أبيه بعيد كما هو ظاهر وعلى عقاره وحيوانه، ويستأجر من مال المولى من يعلمه القرآن أو حرفة وإخراج زكاته إن اعتقد وجوبها وأرش جنابة وإن لم يطلب وإنما توقف وجوب أداء الدين على الطلب كما مر لأن ذلك فيمن يتصرف لنفسه وهو لا يشترط فيه مصلحة، وهنا المناط، المصلحة وهي في أدائه مطلقاً وهذا الذي فرقت به أوفق بكلامهم من حمل ذلك على دين ثبت باختيار، نعم ما يسقط بمضي الزمان كنفقة القريب لا يؤديه إلا بعد الطلب من يتأهل له وإلا دفعها مطلقاً وله إقراض ماله كما مر بتفصيله ولا يودعه أميناً إلا إذا لم يتمكن من إقراضه وسفر به أو ببذنه، وتسفيره مع ثقة في طريق أمن، وقيد الأذرع بما إذا كان البلد أخوف وإلا امتنع لا في بحر وإن غلبت سلامته.

وصوب الأذرع رداً على الأسنوي عدم تحريم إركاب بهائم وأرقاء وركوب حامل عند غلبتها بل يلزم الزوجة الركوب حينئذ على الأوجه، ويجبر مجبور له كسب عليه ليرتفق به (وإن تبرم) الولي بحفظ مال موليه والتصرف فيه: أي سئم وتضجر (استأجر) من يتولاه بأجرة المثل فأقل من مال موليه، وللقاضي نصب قيم لذلك بأجرة لا فرض أجرة للولي ولو كان فقيراً إن وجد متبرعاً وإلا فرضها له على المعتمد، وليس لولي غني أخذ شيء من مال موليه في مقابلة تصرفه (ولفقير غير قاض شغل به) أي بمال المولى حفظاً أو تنمية أو تصرفاً (عن كسب) يكفيه (أكل) أي أخذ لكنه راعي لفظ الآية منه (بمعروف) ولو بغير إذن قاض ولا يلزمه رد بدله قال تعالى ﴿ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾.

أما القاضي فليس له ذلك من حيث كونه قاضياً لعدم اختصاص ولايته بهذا وليس أمينه مثله على المنقول وإنما يجوز له أخذ ما (لا يجاوز أجره) أي أجرة مثل عمله في مال

اليتيم فيأخذ أقل الأمرين من كفايته وأجرة مثله، نعم إن لزم المولى نفقته كأم وصية ونقصت أجرته عن كفايته تمها من مال موليه لأنها إذا وجبت بلا عمل فمع العمل أولى، وله خلط ماله بمال موليه ومواكلته إن كان فيه خلط للمولى وإلا امتنع، وليس له التصدق مثلا من المختلط إلا أن علم أن الباقي بقدر مال المولى فيما يظهر (ويحجر) وجوبا (قاض) بتبذير طار على من بلغ رشيدا لقوله ﷺ «خذوا على أيدي سفهائكم» ويسن له الإشهاد فإن رأى النداء فعلة (ويلي) دون الأب وغيره (بتبذير طار) بعد الرشد لأن ولاية غيره قد زالت، نعم يسن له أن يرد أمره بعد الحجر إلى أب فجد فعصبة لأنهم أشفق، ولا يرتفع الحجر إلا به كما لا يثبت إلا به فما دام لم يحجر عليه فتصرفه صحيح وهذا يسمى بالسفيه المهمل وهو المراد عند الإطلاق، وجنون طار كمقارن للبلوغ كما بأصله فعبارته أحسن فوليه أب ثم جد إذ لا يحتاج لنظر لأن كل أحد يعرفه.

وعلم من كلامه أن من بلغ غير مصلح لدينه أو ماله تستمر الولاية عليه لوليه قبل بلوغه، وهذا أيضا يسمى سفيفا مهملًا لكنه محجور عليه شرعا وإن لم يحجر عليه حسًا، فإن بلغ مصلحا لهما أو غير مصلح ثم صار مصلحا لهما انفك حجره ودفع إليه ماله ولو امرأة بلا حاكم، نعم القول قول الولي في دوام الحجر إلا أن تقوم بينة بالرشد أو يشتهر به كما بحث، يؤخذ بإقراره برشده بالنسبة لانتفاء ولايته ويلزمه تمكينه من ماله حيث علم رشده وإن لم يثبت لكن صحة تصرفه في الظاهر متوقفة على ثبوته، ولو علم بلوغ موليه الغائب دون رشده جاز له التصرف في ماله فيما يظهر خلافا للسبكي وغيره كما بينته في الأصل، ومن التبذير كما مر صرف المال (في غير خير) إذ لا سرف في الخير كما لا خير في السرف (و) غير (نفيس طعام) أو نحوه ما مر كأن يضيعه في فاحش غيب أو محرم، وإنما يحجر على من بلغ رشيدا بتبذير طار (ولا بفسق) طار بغير التبذير لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة، وفارق دوام الحجر بمقارنته للبلوغ بأصل بقائه ثم وبقاء الإطلاق الذي ثبت هنا وعود الحجر بطرو التبذير بأنه يتحقق به إتلاف المال بخلاف الفسق (وانعزل كل) من الأولياء حتى القاضي بخلاف الإمام الأعظم (به) أي بفسق (و) انعزل كل حتى الإمام (بجنون) ونحو إغماء كما يعلم ما يأتي في القضاء لانتفاء الأهلية (وعاد) إلى الولاية هنا أب أو جد انعزل بأحدهما بعود ضده إذ لا تتوقف ولايته على تفويض (لا) نحو (قاض ووصي) فلا تعود ولايته (بلا تجديد) لها لتوقفها ابتداء على التفويض فلا تعود إلا به.

[باب في الصلح وتوابعه]

هو لغة قطع النزاع. وشرعاً عقد يحصل به ذلك، وهو أنواع. ومقصود الباب صلح المعاملة، ولفظه يتعدى للمتروك بمن وعن وللمأخوذ بعلى والباء غالباً في الكل، وهو إما أن يجري بين متداعيين أو بين مدع وأجنبي بعين أو دين وكل إما صلح معاوضة أو صلح حطية.

فالأول هو (الصلح على غير المدعي) به معيناً أو في الذمة وهو إما (بيع) من المدعي للمدعى عليه إن كان العوض عيناً فمن خصم في دار وأقر بها للمدعي ثم صالحه عنها بثوب مثلاً أو بألف في ذمته فقد اشتراها به فيلزم فيه جميع أحكام البيع السابقة، ويصح عن دين غير دين السلم ولو بدين كذلك، لكن يشترط تعيين الدين في المجلس مع القبض إن كان العوضان ربويين ولكون الدين المصالح به هنا غير لازم كفى تعيينه في المجلس عن تعيينه في العقد، وقولهم ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح أرادوا به اللازم فيها قاله السبكي. والكلام في دين يخالف جنس المصالح عنه أو نوعه أو صفته وإلا كان استيفاء لا اعتياضاً فلا تجري فيه أحكام الربا (أو إجارة) إن كان العوض منفعة وصالح عليها مدة معلومة كأن صالح من دار أو دين على خدمة فنه شهراً، أو من منفعة على عين أو من دار بشرط سكنها سنة بمنفعة عبده سنة فتثبت جميع أحكام هذه الإجارة أو إعارة كأن صالحه عنها بسكنها سنة، ولا يسمى هذا صلح معاوضة أو سلم أو جعالة أو خلع أو معاوضة عن دم العمد أو فداء أو فسخ وذكرت مثل ذلك في الأصل.

[باب في الصلح]

(قوله إن كان العوض عيناً إلخ) قيل إن أريد بالعوض المصالح عنه وهو المدعى به نافاه قوله قبل معيناً أو في الذمة، وأيضاً فقد سبق في البيع أن الموصوف في الذمة يصح بيعه وبلفظ الصلح يكون بيعاً إلا إن كان قوله بعد ذلك ويصح عن دين غير دين السلم إشارة إلى ذلك فيسقط الإيراد الثاني ويبقى الأول، وإن أريد بالعوض المصالح به نافاه قوله بعد أو بألف في ذمته انتهى وهو عجيب لاشتماله على تخليط واسترواح من غير إمعان ولا تحقيق لصورة المسألة.

وبيان ذلك أن الكلام في أمرين مدعى به وهو المتروك المصالح عنه المنزل منزلة المبيع وغيره وهو المأخوذ المصالح به المنزل منزلة الثمن، وأن هذا الصلح إما بيع أو استبدال وأحكامهما متخالفة كما مرفي البيع.

(و) الثاني هو الصلح عن المدعي (على بعضه) وهو إما (هبة) إن صالح من العين المدعاة على بعضها فيكون هبة للبعض الباقي فثبت فيه أحكام الهبة (أو إبراء) إن صالح من الدين المدعى به على بعضه فيكون إبراء عن باقية فثبت فيه أحكامه، ويصح هذا الإبراء كبقية الأقسام السابقة بلفظ الصلح لأن خاصيته وهي سبق الخصومة قد وجدت؛ ففي صالحتك عن الألف بخمسائة يشترط القبول لأن لفظ الصلح يقتضيه، بخلافه بلفظ إبراء أو إسقاط أو حظ كأبرأتك من خمسمائة من الألف وصالحتك بالباقي، ولا يشترط تعيين الباقي ولا قبضه في المجلس، ولو كانت الخمسمائة المصالح بها معينة صح على المعتمد نظراً للمعنى فإنه في الحقيقة استيفاء للبعض وإسقاط للبعض. والصلح عن الدعوى أو اليمين باطل إذ لا يعترض عنهما ولا يبرأ منهما، وإذا جرى على شرط (فإن شرطه فيه) زيادة وصف كأن شرط (تعجيل) لمؤجل كأن صالح عن مؤجل لسنة على مؤجل لنصفها (أو جودة) كصحيح عن مكسر بحظ أو دونه (بطل) الصلح أي لم يصح لأنه وعد من

القسم الأول: البيع وهو أن يكون الأول فيه معيناً والثاني معين أو في الذمة.

القسم الثاني: الاستبدال وهو أن يكون الأول في الذمة والثاني عين أو دين، وعند تصور هذا إذا طوبق بينه وبين ما في الشرح أي منافاة وأي ترديد يتعقل، ليس ذلك إلا لما قلناه من عدم إتقان صورتَي المتن المذكورتين على أوضح وجه وأبينه لأنه جعل معيناً أو في الذمة قسمين للعين الذي هو المصالح به وشرط في المدعى به المصالح فيه أن يكون معيناً، وجعل ذلك شرطاً لتسميته بيعاً، ثم بين القسم الثاني الذي هو قسم الاستبدال فقال: ويصح عن دين إلخ فجعل هنا المدعى به المتروك في الذمة وعمم في المأخوذ هنا كما عمم فيه في القسم الأول الذي هو البيع فقال ولو بدين.

فالحاصل أن الحكم يختلف باختلاف المتروك لا المأخوذ فالمأخوذ عام في القسمين والمتروك مختلف، فالعين يجعل عقده بيعاً والذي في الذمة يجعل عقده استبدالاً مع أن كليهما بلفظ الصلح، وكفى بهذا بياناً وإيضاحاً لمقصودنا وإلا ففي عبارة المورد ما يقتضي الكلام عليه الخروج عما نحن بصدده.

(قوله كأن صالح على مؤجل لسنة على مؤجل لنصفها) قيل: الموافق لقول المتن تعجيل أن يقال عن مؤجل على معجل لأن المؤجل لنصف السنة لا يقال له معجل وعبارة الإسعاد عن مائة مؤجلة على مائة معجلة انتهى وفيه استرواح لأن من عادة هذا الشرح اتباع المتن وأصله في تخصيص التمثيل بالأخفى وفي طبي الاعتراض والتورك على المتن أو شارح آخر في ضمن التمثيل وهذا هنا كذلك لأن فيه توركاً على ظاهر المتن ومثال الشارح، وذلك أن فيه تعجيلاً نسبياً وهو هنا يدار عليه حكم الحقيقي، وذلك إنما يستفاد من مثالنا فالإيراد عليه غفلة عن هذه الدقيقة.

المدين بإسقاط الأجل والتكسير وهما لا يسقطان، نعم للدائن قبول تبرع المدين بتعجيل فيسقط الأجل والتكسير ما لم يؤد على ظن صحته الصلح وإلا لم يسقط فله الاسترداد كما نبه به ابن الرفعة وغيره (أو) شرط فيه نقص وصف كأن شرط بدل تعجيل أو جودة (ضدهما) أي التأجيل أو الرداءة مع حط أو دونه كعن مائة حالة أو سليمة بمائة مؤجلة أو رديئة (فغير الحط) وهو الصلح فيهما هو الباطل لأنه وعد من الدائن بإلحاق الأجل والرضا بالرديء، بخلاف الحط كعن مائة حالة أو صحيحة بخمسين مؤجلة أو مكسرة فإنه يلزم ويلغو الشرط فله طلب خمسين حالة في الأولى وصحاحا في الثانية، لأن الحط ليس في مقابلة شيء حتى يفسد بفساده لأن مسامحته بحط خمسين وإلحاق صفة التأجيل أو التكسير بالباقي، والأول شائع دون الثاني فصح الإبراء من الخمسين لا التأجيل والتكسير.

أما الحط في الصورة الأولى كعن مائة مؤجلة أو صحاح بخمسين معجلة أو مكسرة فهو لغو أيضاً لأنه بذل الخمسين في مقابلة الحلول أو الصحة والصفة بانفرادها لا تقابل بالعوض، وإذا لم يحصل ما ترك من القدر لأجله لم يصح الترك (ولغا) الصلح بلفظ حال كونه (بلا خصومة) تسبقه بين المتصالحين لأن لفظه يستدعي تقدمها، نعم إن نويها به البيع صح وإن لم تتقدمه إذ هو كناية فيه، ويصح بسائر أقسامه بلفظ البيع إلا صلح الحطيطة بقسميه وعن القود أو عن الكف عن الكفار إذ لا دخل له فيها، ولا يصح قول وارث لثله تركت حقي من التركة لك إذ لا يخرج عن ملكه أعيانها إلا بالتمليك والقبول وديونها إلا بالإبراء (و) لغا أيضاً حيث لا حجة للمدعي (مع إنكار) أو سكوت من المدعى عليه ولو في صلح الحطيطة لأنه في الصلح على خير المدعى به صلح محرم للحلال إن صدق المدعي لتحريم المدعى به أو بعضه عليه أو محلل للحرام إن كذب بأخذه ما لا يستحقه، ويلحق بذلك الصلح على المدعى به أو بعضه وقد قال ﷺ «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل

(قوله ولغا بلا خصومة إلخ) يبلغو أيضاً بأكثر من قيمة ما أتلفه الخصم لزيادة الواجب عليه

فكان كمن غضب ديناراً فصالح بأكثر منه ذكره في الروضة.

(قوله ومع إنكار) أي بخلافه مع الإقرار ولو باللازم أخذاً من قول البغوي ولو ادعى عليه عيناً

فقال رددتها إليك ثم صالحه إن كانت بيده أمانة لغا الصلح لأن القول قوله فيكون صلح إنكار أو مضمونة، فقوله في الرد غير مقبول وقد أقر بالضمان فيصح الصلح ويحتمل بطلانه فإنه لم يقر أن عليه شيئاً انتهى.

حراماً أو حرم حلالاً» وخص المسلمين لانقيادهم غالباً وإلا فالكفار كذلك.

وبما تقرر علم صحة قول المنهاج إن جرى على نفس المدعي وإن لم يكن في بقية كتب الشيخين خلافاً لمن زعم أنه لا يستقيم، وكون على والباء للمأخوذ وعن ومن للمتروك أغلبي كما مر، على أن المدى المذكور مأخوذ ومتروك باعتبارين غايته أن إلغاء الصلح في ذلك للإنكار ولفساد الصيغة باتحاد العوضين وللمدعي الحق أن يأخذ ما بذل له في الصلح على إنكار، ثم إن وقع بغير مدعى به كان ظاهراً فيفعل فيه ما يأتي في الظفر.

وقضية هذا بل صريحه عدم صحة الصلح مع الإنكار وإن فرض صدق المدعي ولا ينافيه أن العبرة في العقود بما في نفس الأمر لأن وجود الإقرار شرط في حقيقة كونه صلحاً وعند صدق المدعي باطناً وإن كان المدعى عليه لم يوجد ذلك، وبهذا يتضح قول الماوردي خلافاً لمن نازع فيه حيث لا حجة للمدعي والإقرار بعد الصلح على الإنكار لا يقبله صحيحاً وإن الفرق بين هذا وبيع مال مورثه مع ظن حياته فبان موته أن الشرط وهو الملك موجود ثم في نفس الأمر بخلافه هنا وصالحني عما تدعيه ليس إقراراً بخلاف بعني أو هبني أو زوجني أو أبرئني عما تدعيه، والأوجه أن أعزني أو أجزني إقراراً بملك المنفعة فقط، ولا يصح الصلح عن المنكر مع وكيل له عن عين أو دين (إلا مع وكيل) له صالح لموكله وقد (قال) عنه للمدعي (أقر) لك سواء أسكت أم زاد سراً أو ظاهراً ووكلني في مصالحتك، وكذا لو قال ووكلني في مصالحتك وأنا أعلم أنه لك أو وهو لك فيصح أيضاً خلافاً لما يوهمه كلامه وإن لم يذكر إقرار الموكل ولا ما يؤدي معناه لقبول دعوى الوكالة في المعاملات، نعم لو أعاد في الأولى المدعى عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة كان عزلاً فلا يصح الصلح عنه.

وشرط ذلك في الصلح عن الدين أن يكون بغير دين ثابت قبل حذرا من بيع الدين بالدين كما علم من كلامه في البيع، وسيعلم مما يأتي أنه لا فرق في الدين هنا بين المأذون له وغيره لجواز قضاء دين الغير بغير إذنه، أما إذا لم يقل ما مر من نحو أقر فلا يصح ولو ترك في العين ووكلني في مصالحتك، أو قال كاذب لم يصح لتعذر تمليك الغير عيناً بغير إذنه

ويجاب عن احتمال أنه لما أقر بالضمان لزم منه أنه أقر بلزوم قيمتها له إلا أن يثبت الرد من وجه صحيح وهنا لم يثبت لأنه لم يقبل قوله فهو في الحقيقة أقر بمثبت القيمة ثم أنكر فلم يقع إنكاره معتداً به.

ويكفي في الصحة ووقوع الملك للموكل صدقه في وكلني في مصالحتك وإن كذب في أقر لك كما يفهمه كلام الأم، لكنه مشكل لما مر آنفاً من أن فقد الإقرار مفسد له وإن صدق المدعي (فإن قال) الوكيل عن موكله (هو) منكر لكنه (مبطل) في إنكاره وقد وكلني في مصالحتك (وصالح) بعبده المعين مثلاً (له) أي لموكله لتنقطع الخصومة بينهما (صح) الصلح إن كان (عن دين) بغير دين ثابت قبل نظير ما مر (لا) إن كان عن (عين) إذ يجوز قضاء دين الغير بغير إذنه ويتعذر تملكه العين بلا إذنه.

وخرج بمبطل أي ونحوه كهو لك ما لو لم يقله أو قال هو منكر ولا أعلم صدقك وصالحه فلا يصح حتى عن الدين سواء أصالح بعين له أو لموكله لعدم الاعتراف للمدعي بالملك، ومشى الحاوي على البطلان مطلقاً طريقة ضعيفة، وأفهم المتن أن الأجنبي متى قال هو مقر أو نحوه صح الصلح عن العين لنفسه بعين ماله أو بدين في ذمته وإن لم تجر معه خصومة لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب (أو) قال هو مبطل في إنكاره فصالحني لنفسي بعبدي هذا أو بألف في ذمتي فصالحه (لنفسه) فإن كان المدعى عيناً (فكاشترأ مغضوب) فيفرق بين قدرته على انتزاعها وعدمها ويكتفى فيها بقوله (أو) كان المدعي ديناً فصالح عنه بما ذكر من عين أو دين مبتدأ دون دين ثابت قبل فكاشترأ (دين) على غير المشتري فيصح على ما في الروضة كما مر في المبيع قبل قبضه ويفسد على مقابله.

(قوله بعبده المعين مثلاً إلخ) قيل هذا يغني عنه قوله بعد نصف سطر بغير دين ثابت قبل إذ هو شامل للعين والدين، فلو أخرج ذلك إلى هنا وقيل كعبده المعين لكان أولى انتهى وفيه تأييد للاعتراض بالوقوع في التكرار ومبالغة في الاعتراض بقوله بعد نصف سطر ولم يقل نحو ولا من نسختي ونحو ذلك يرمز به إلى ما قلناه، وكل ذلك مع ما اشتمل عليه ذلك الاعتراض من الاسترواح وعدم التأمل الذي يتبين بتقريره أنه لا تكرر فيه بوجه وأن هذا الصنيع حسن أو متعين.

وبيان ذلك أنه بين أولاً شرح المتن على ظاهره وثانياً أن ذلك الظاهر غير مراد وأن له قيداً لا بد منه، ولو فعل ما ذكره المعارض بقوله فلو إلخ لم يفد هذا التدقيق في الشرح الذي في ضمنه بيان موجب الاعتراض، ثم بيان الاعتراض. وحيث قال بعد قول المتن صالح بعبده المعين مثلاً المفيد أن ظاهر المتن حيث أطلق صالح ولم يقيد بالنسبة للمصالح به وقيد بالنسبة للمصالح عنه أنه لا فرق في المصالح به بين العين والدين كما أفاده قوله مثلاً وهذا غير صحيح بل المصالح به له حالتان إحداهما مقيدة بقيد أغفله الماتن والثانية صحيحة وذلك لأنه قال عن دين وأطلقه فهو صحيح في أصل تقيده بعن دين وغير صحيح في مقابلة هذا الدين لأن إطلاقه يقتضي أنه إذا كان عن دين صح

وعلم ما تقرر أنه لو صالح أجنبي عن مقر والمدعي عين عن بعضها أو كلها بعين للمقر أو عشرة في ذمته بوكالة صح وإلا كان شراء فضولي، أو بعين للوكيل أو عشرة في ذمته صح ووقع للآذن وكان المدفوع قرضاً، وإن صالح لنفسه صح له أو المدعى دين قال وكلني بمصالحتك على نصفه أو ثوبه هذا صح أو ثوبي هذا لم يصح كما بينته في الأصل، وأنه يصح صلح أجنبي عن ألف، على مقر وإن لم يأذن بخمسائة، وإن لم يعينها، لجواز قضاء دين الغير بغير إذنه، ولو أقر المدع بما وقفه غرم له القيمة ولأجنبي الصلح عنه إذا أنكر لأنه بذل مال في قرابة وبذل مال للمنكر ليقر حرام كأخذه لفساد الصلح المترتب عليه، ولا يكون بذلك مقراً على الأوجه لأنه إقرار بشرط، ويجوز على الأوجه للمنكر أي الذي لم يتعد بإنكاره التوكيل عنه في الصلح كأن يدعي على وارث بعين فينكر ويخاف اليمين فله أن يوكل من يصلح عنه لتزول الشبهة.

واعلم أن الشارع مباح لكل مسلم فيه حق فالأصل فيه إباحة الانتفاع الذي لا يقدرح في الطرود المقصود بالذات من وضعه، ومن ثم جاز لكل أحد فتح باب من ملكه إليه كيف شاء (وحرّم في شارع) وهو أخص مطلقاً من الطريق إذ هو عام في الصحراء والبنيان والنافذ وغيره والشارع خاص بالبنيان وبالنافذ (غرس) ولو لعموم المسلمين كما شمله كلامه (وبناء دكة) بفتح الدال أي مصطبة ولو لذلك أيضاً وإن اتسع وأذن الإمام وانتفى الضرر حالاً أو كانت الدكة بفناء داره كما بينته ثم لمنعهما طرود محلها ومع طول المدة يشبه محلها الأملاك، وينقطع أثر استحقاق الطرود فيه إذ لا مالك له خاص حتى يقوم عليه ويحفظه وقد تزدحم المارة فيصطكون بهما، وإنما حل الغرس بالمسجد للمسلمين أو ليصرف ويعمله وإن كره لأنه لا يتوقع فيه من الضرر ما يتوقع منه هنا لما تقرر، وقول الشيخين عن الأكثرين للإمام دخل في الشوارع وللمقطع أن يبني فيه ويتملكه محمول على ما زاد من الشارع على المحل المحتاج إليه للطرود بحيث لا يتوقع الاحتياج إليه بوجه ولو على التدور فحينئذ للإمام الإقطاع وللمقطع بناء ما أراد (أو) بناء نحو جناح أو روشن

سواء أكان المصالح به عيناً أو ديناً فبين أن هذا صحيح بالنسبة للعين غير صحيح بالنسبة للدين حيث قال عقب المتن بغير دين، ثم لم يخرج الدين على إطلاقه وإنما أخرج ديناً مخصوصاً صرح به في قوله ثابت قبل فتأمل هذه الدقائق والحاسن التي أغفلت، ثم لم يكتف بذلك بل أشار ببعد نصف سطر المقتضي للتحديد وأن ذلك في كل نسخة إلى ما مر عملاً بما جبلت عليه النفس من محبة الظفر.

أو سبابط (مضر بمار) فيه لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» ويحرم التصرف في النافذ ولو بإذن الإمام بما يضر ما ذكر بالمار الماشي حال كونه (منتصبا) تحته وعلى رأسه الحمولة العالية بشارع ضيق أو واسع (أو) بما يضر (بمحمل) يمر تحته على البعير أو نحوه (بكنيسة) أي معها وهي المسماة الآن باخحارة ونحوها (بمتسع) بأن كان مر الفرسان والقوافل لأن ذلك وإن ندر قد يتفق، وبما يضر ما ذكر بالماشي وغيره بأن يحصل به ظلام يقطع الضوء كله ولا يضر نقصه إلا إن حصل ظلام مشق على الأوجه، وحيث امتنع الإخراج هدم أي هدمه الحاكم أو مأذونه لا غيره وإن كان له المطالبة أما ما لا يضر فلمسلم إشراعه في غير هواء مسجد وكذا نحو مدرسة ورباط ومقبرة يحرم البناء فيها على الأوجه وإن كان تحت جناح جاره أو فوقه ما لم يضر بالمار عليه أو مقابله ما لم يبطل انتفاعه به وإن أحوج إلى وضع رمح الراكب على كتفه لا للذمي إلا في محالهم وشوارعهم المختصة بهم ولو في دارنا على الأوجه كرفع بنائه.

وبحث الزركشي أنه لو سبل ما تحت جناحه شارعاً وهو يضر بالمارة أمر برفعه، ويتسامح بما يحتمل عادة في الشارع كعجن طين إذا بقي مقدار المرور المعتاد ووضع آلة عمارة بقدر مدة نقلها وربط دابة بقدر حاجة تزول وركوب ورش خفيف، لا إلقاء القمامة وتراب وحفر بوجه الأرض وإرسال ماء ميزاب إلى ضيق، ويجوز أخذ تراب منه لا يضر أخذاً من إفتاء القاضي بكرهه ضرب اللبن وبيعه من ترابه إذا لم يضر بالمارة، ولا ينافيه قول العبادي يحرم أخذ تراب سور البلد لأن من شأنه الإضرار فحرم مطلقاً (و) الطريق (غير النافذ) ملك من نفذت أبوابهم إليه وكذا من له المرور فيه إلى بئر أو نحوها لأنهم المستحقون للانتفاع لا من لاصقه جداره، ولغيرهم الدخول بلا إذنهم وإن كان فيهم محجور كالشرب من نهري لكن الورع خلافه والجلوس فيه يتوقف على إذنهم أي إن لم يتسامح به عادة فيما يظهر، وجزم بعضهم بأنه لا يجوز لهم أن يأذنوا فيه بأجرة كما ليس لهم بيعه مع أنه ملكهم وفيه نظر، وما يردده جواز صلحهم الآتي بمال إذ الصلح بيع، ويجوز المرور بملك الغير إذا اعتيد المسامحة به ولم يصر به طريقاً والشركة فيه ثابتة (لكل) منهم

ولقد قال الشافعي رحمه الله لما تطهرت نفسه إلى غاية لم يلحق شأوها غيره: ما ناظرتُ أحداً إلا وأحبتُ أن الله يظهر الحق على يديه أي حتى لا يخجل مني، وقال: وددتُ أن علمي جميعه يؤخذ عني ولا ينسب إليّ منه شيء، انتهى.

من رأس الدرب (إلى بابه) لا إلى آخرها لأن ذلك محل تردده غالباً، بخلاف باقيها (فلا يؤخره) أي بابه عن رأس الدرب (وتم) أي بجهة التأخير وهو أسفل السكة (غير) أي باب أبعد من الباب المقصود تأخيره إلا بإذن من بابه أبعد لأن الحق له، بخلاف من بابه قبل المفتوح أو مقابله أي القديم لا المفتوح كما بينته في الأصل إذ لا حق لهما، ولمن داره آخرها تقديم بابه فيما يختص به وجعل ما بين آخرها وبابه دهليزاً لأنه تصرف في ملكه (وأحدث) جوازاً كل منهم ومن غيرهم (كوة) بفتح أوله أفصح من ضمه أي طاقاً وشباكاً ولو لغير الاستضاءة وإن أشرفت على حریم جاره كما قاله الشيخ أبو حامد لكن خالفه المرحاني، وكلامهم إلى الأول أميل بل ما يصرح به قولهم الآتي في إحياء الموات ينصرف في ملكه بما يضر الجار لا المال (لا) حفر سرداب بين داريه تحت الطريق المنسد وإن أحكمه، بخلافه في الشارع ولا (جناحا بمرهم) أي وإن لم يضر إلا بإذن كما سيذكره من وقع الحفر أو الإخراج في ملكه سواء أكان المخرج منهم أو من غيرهم إذ التصرف في ملك الغير وفي المشترك إنما يجوز برضا مالكة ورضا الشريك، بخلاف ما يمر المخرج خاصة بأن يكون بابه آخر أبوابها فأخرج فيما بعد الباب الذي يليه لأنه في خالص ملكه، ويمتنع نحو الإشراع والفتح وفيهم محجور حتى يكمل ويأذن، ولا يد على الأوجه من إذن مكتر أيضاً إن تضرر ومثله موصي له بالمنفعة ويظهر أن يلحق به موقوف عليه له النظر وإلا احتيج لإذن الناظر أيضاً. قال المتولي: وللموقوف عليه أي والنظر له مصلحة غيره على إجراء ماء في ساقية محفورة بالأرض الموقوفة لا ليحفر فيها ساقية، وعلى إجراءاته على سطح الدار الموقوفة إن قدر مدة وإلا فلا لحق البطن الثاني، نعم إن صالح بلا مال جاز وكان عارية. قال العبادي: ولو أذن صاحب الدار لإنسان في حفر بئر تحت داره ثم باعها كان للمشتري أن يرجع كالبائع. قال الأذرعى: وهذا صحيح مطرد في كل حقوق الدار كالبناء عليها بإعارة أو إجارة انقضت يثبت للمشتري ما يثبت للبائع (ولا يزيد) أحد من أهل الدرب (باباً) آخر أبعد

وذكري كثيراً مما كان حذفه أولى مبالغة في المطايبه والإذن في إبداء كل ما يرد على الإنسان قبل أن يورد فإن من ولع بذلك مع رياضة ما للنفس يترقى منه إلى مراتب أئمة التحقيق ونقاد العبارات على ما فيها من التدقيق أو التمريق، يعلم ذلك من تأمل المهمات ثم المعترضين عليها مع الغاية القصوى لكل منهم في الجلالة والأمانة جزاهم الله عن الإسلام والمسلمين خيراً وألحقنا وأحبابنا وجماعتنا بهم، ولقد قيل لبعض مشايخي إن فلاناً يعترض عليكم في درسه يعنونني، فلم يتأثر لذلك وأشار إلى ما وقع للزرركشي أن خادمه أكثر أبحاثه من الأذرعى ثم لا ينسبها إليه بل كثيراً ما

عن رأس الدرب من بابه القديم وإن لم يتطرق من القديم أو أقرب إلى رأسه مع تطرقه من القديم إلا بإذن الشركاء، والمراد بهم كما علم ما مر من بابه أبعد من القديم في الأولى وما يفتح كمقابله كما في الروضة وفيه كلام ذكرته في الأصل في الثانية وذلك لتضررهم أما في الأولى فواضح، وأما في الثانية فلأن انضمامه للأول يضرهم بالزحمة ووقوف الدواب عند البابين. ويفرق بينه وبين جعل داره حماماً أو خاناً بأنه لا يمر هنا عليهم بشيء فكان نحو الزحمة مغتفراً بخلافه في إحداث باب ثان مع بقاء الأول وكالباب هنا وفيما مر ويأتي الميزاب.

وأفتى البغوي بأنه لو كان له في سكة قطعة أرض فبناها دوراً وفتح لكل باباً جاز أي إن لم يعلم أنها دار قبل بباب واحد مثلاً وإلا وجبت إعادتها على حكمها كما هو ظاهر، ويمتنع زيادة الباب (ولو) كان (في داره من) دار (أخرى) له بأن كان له داران يفتحان إلى طريقتين غير نافذتين أو غير نافذ وشارع فليس له فتح باب بينهما على المنقول بل الذي اتفق عليه الأصحاب كما قاله القاضي أبو الطيب وارتضاه في الروضة وصحح المنهاج والحاوي كالرافعي تبعاً للبغوي أن له ذلك، ويؤيده قطعهم بأن له رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة وترك بابيهما على حالهما وقد يفرق على بعدان بالتمييز مع بقائهما على حالهما أظهر منه مع جعلهما داراً واحدة، ولا يجوز فتح الباب الزائد من غير إذن (وإن سمره) بتخفيف ميمه في الأفتح فلم يدخل منه كما في الروضة لأن فتحه يشعر بثبوت حق الاستطراق منه فيستدل به عليه.

وصحح المنهاج والحاوي كالمحرر واعتمده في الروضة كجمع متأخرين أن له فتحه لغير استطراق وإن لم يسمره ولا احتاج لفتحته لأن له رفع جميع الجدار فبعضه أولى. وقد يفرق بأن هذا الرفع لا يؤول إلى إحداث استطراق، بخلاف الفتح إلا أن يجاب بأن الحق هنا لمعين قائم على حقه فلا يمكن مدعي الاستطراق منه ولهم حيث لم يكن بالسكة نحو مسجد ما يأتي أو دار موقوفة الصلح بمال عن باب أحدث لا جناح أشرع لمنع بيع الهواء منفرداً كما

يغلطه، وكذلك صنيع غيره مع مشايخهم وكله حسن مع إخلاص النية وصفاء السريرة والطوية ولهذا اشتهر خادم الزركشي مع كونه يأخذ أبحاث مشايخه المطنيين في الكتابة على الروضة الأسنوي والأذري والبلقيني وابن العماد رحمهم الله ولا ينسبها إليهم، حتى كان بعض أكابر مشايخنا يشدد النكير عليه ويبالغ فيه.

قدمه في البيع ويصير المصالح شريكهم إلا إن قدروا له مدة لأنها إجارة وحينئذ يجوز ولو مع وجود موقوف، لكن إن خصه من الأجرة قدر أجرة المثل وكان فيه مصلحة، وللأذنين بلا مال الرجوع بعد فتح الباب ولا شيء عليهم لأن خسارة فتحه لم تترتب على الرجوع إلا بعد إخراج الجناح والمخرج شريك وإلا غرموا الأرض قياساً على رجوع المعير، ولما به نحو مسجد أو خان مسبل أو نحو مدرسة أو رباط أو بئر موقوفات على جهات عامة حكم الشارع فلا يجوز نحو إشراع أو فتح باب أضر وإن أذنوا، ولا الصلح بمال على ذلك وإن كان المصالح هو الإمام ولم يضر المارة لأن الحق لجميع المسلمين، نعم في الحادث إذا لم يرض به أهلها لهم المنع من الإشراع والفتح على الأوجه (ولا ينتفع) شريك كغيره نفعا يضايق فيه عادة (بحاجز) بناء أو غيره وجدار كما بأصله (مشترك) أو خاص بالأولى (إلا بإذن) من شريكه أو مالكة فلا يترتب الكتاب منه ولا يضع فيه نحو وتد وعليه نحو جذع إلا بإذن، نعم لا يجوز الصلح عن فتح كوة بمال وذلك لقوله ﷺ «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» فخير «لا يمينن أحدكم جاره أن يضع خشبة في جداره» للندب أو الضمير في جداره للجار بقربه أي لا يمينعه أن يضع خشبة في جدار نفسه وإن ضره بنحو منع هواء وضوء.

أما ما لا يضايق فيه عادة كإسناد متاع لا ينقل فيجوز ولو مع منع المالك لأنه عناد محض وللمأذون له في نحو إشراع وفتح باب ووضع جذوع الانتفاع (إلى الرجوع) فحينئذ يبقى الشريك وغيره نحو الجذوع بأجرة المثل أو يقلع غير الشريك مع غرم أرض النقص وليس للراجع تملك ذلك بقيمة، بخلاف معير أرض للبناء لأنها أصل فاستتبع البناء والجدار تابع فلا يستتبع، وفارق الشريك غيره بأن مطالبة الشريك بالقلع فيها إلزامه بتفريغ ملكه عن ملكه وهي ممتنعة، بخلاف مطالبة غيره فإنها تتوجه إلى ما ملكه غيره بجملته، ومراعاة رجوع الشريك بعد إخراج الجناح وليس فيه تبقية بأجرة لأن الهواء لا أجرة له ولا يملك بقيمة لما تقرر سواء الشريك وغيره وليس في غيره بعد الرجوع إلا القلع وغرم النقص كما مر، ويجوز قسمة الحاجز المشترك عرضاً في كمال الطول وعكسه بالتراضي وإنما أجبراً في العرصه لاستوائها؛ ومر في أوائل البيع مسائل تتعلق بما هنا فراجعها (فإن خرب) بناء

مشترك ولو غير حاجز كما أفهمه أصله فهو أحسن بفعل أحد لزمه أرش النقص وهو ما بين قيمته صحيحاً ومنقوضاً لا إعادة البناء على المعتمد لأنه ليس مثلياً، ولو أراد أحد الشريكين إعادة المنهدم بنفسه أو بفعل فاعل وأهمله الآخر (لم يجبر المهمل) سواء امتنع أم لا على العمارة لخبر «لا يحل السابق» وخبر «لا ضرر ولا ضرار» مخصوص بغير هذا إذ المهمل يتضرر أيضاً بتكليفه العمارة والضرر لا يزال بالضرر، ويجري ذلك في نهر وقناة وبئر مشتركة وكذا سقي نبات على المعتمد وزراعة أرض، نعم يلزم بإجارتها وبها يندفع الضرر والكلام في المتصرف عن نفسه فنحو الولي وناظر الوقف يجبر على ما فيه المصلحة (وللآخر) الذي لم يمتنع (إعادته) أي الجدار المنهدم لا غيره (بخالصة) أي آتته الخاصة به وينفرد بالانتفاع به وليس للممتنع منعه وإن اشتركا الأس خلافاً لمن وهم فيه كصاحب التعليقة لتقصيره في الجملة مع توصل الباني به لحقه وإن لم يكن له عليه قبل الانهدام بناء أو جذوع، أما إعادته بالآلة المشتركة فتمتنع فإن أعاده بها بقي مشتركاً كما كان، ولا يصح شرطهما زيادة لأحدهما لأنه شرط عوض من غير معوض وإن أعاده أحدهما بنقضه أو بآلة نفسه جاز أن يشترط له الآذن زيادة في مقابلة عمله في نصيب الآذن في الأولى كسدس النقض أو سدس العرصة أو سدسهما فيصير له ثلثا الجدار أو العرصة أو ثلثاهما.

قال الإمام: ومحلّه في النقض أن شرط له سدسه حالاً لا بعد البناء لأن الأعيان لا تؤجل ولأن سدس الجدار قبل شخوصه معدوم، وفي مقابلة ذلك مع جزء من آتته المعلومة في الثانية كسدس العرصة في مقابلة عمله وثلث آتته المعلومة فيصير لهما ثلثاهما، وما أعاده بآتته ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء إلا أن يكون للآخر عليه قبل ذلك نحو بناء لم يعلم تعديده فيه فيخير بين تمكينه من حقه ونقض ما أعاده لبني هو وإياه، وليس لممتنع جبر بان على عدم هدمه ليغرم له نصف قيمته ولا للباني جبر الممتنع على أن يعطيه الحصة ليكون مشتركاً بينهما ولنفق على نحو بئر منع شريكه من أخذ الماء بدولاب محدث لا بغيره، والحاجز في هذين الحكمين وما تفرع عليهما (كسفل) لرجل وآخر (له عليه علو) فانهما فلا يجبر صاحب السفلى على إعادته ولصاحب العلو أن يعيد السفلى بخالصة ملكه ليصل بذلك إلى حقه وهو إعادة العلو عليه والمعاد ملكه ويأتي فيه ما مر، ولا

يأتي الانفراد بالآلة المختصة في غير الحاجز وما هنا لأن توصله بالبناء إلى الانتفاع بخالص ملكه لا يأتي في غير ذلك (و) إذا بنى الشريك الحاجز أو صاحب العلو السفلى بآلته فأراد الآخر تملك المبني بقيمته أو الانتفاع به (منعه) الثاني إن شاء (تملكا) ببدل أو غيره لمثل نصيبه في الحاجز وللسفل وإن دفع له مثل ما صرف (و) منعه إن شاء (انتفاعا) به بنحو غرز وتد وفتح كوة وصعود سطح لأنه ملكه (لا بسكنى) في السفلى لأن العرصة ملكه ولصاحب العلو وضع أثقال معتادة على السقف، وكذا غرز وتد فيه على ما رجح وللآخر تعليق معتاد به ولو بوتد يتده فيه (فإن أقر شريك) لمن ادعى عليه وعلى آخر داراً في يدهما وأنكر الآخر ثبت للمدعي النصف بإقرار المصدق ويحلف المنكر (و) حينئذ إذا (صالح) المقر المدعي عن النصف على مال (شفع منكر) أي أخذ النصف المصالح عنه بالشفعة إن كان قد (خصص) نصيبه بالإنكار وإن كانا ملكا الدار بسبب واحد كإرث لأنا حكمنا في الظاهر بصحة الصلح، أما إذا لم يخصص بأن صدر منه ما يقتضي ملك المقر لنصيبه في الحال فلا شفعة له لاعترافه ببطلان الصلح.

وقضية كلام المصنف في الشرح أن المقر له لو باع النصيب لأجنبي غير المقر لا يأخذه المنكر بالشفعة، وفيه نظر لثبوت ملك المنكر فلا مانع من أخذه بالشفعة (واليد في جدار) بين ملكي اثنين ولم يتصل بملك أحدهما فقط بالقييد الآتي (و) في (سقف بين ملكيهما) أي علو وسفل وأمكن إحداثه بأن يكون عالياً فينقب وسط الجدار وتوضع رءوس الجذوع في النقب (لهما) لعدم المرجح في المسألتين فحيث لا بينة يحلف كل للآخر على النصف الذي يسلم له فإن حلفا أو نكلا جعل بينهما، وإن حلف من ابتدئ بيمينه ونكل الآخر حلف الأول اليمين المردودة وقضى له بالكل، وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين حلف يميناً تجمع نفياً لمدعي الأول وإثباتاً لمدعاه وإن لزم من حلفه أن جميعها له، وذلك لما مر أن اليمين لا يكتفى فيها باللازم فخص السبكي الاكتفاء بذلك بما يرد ذكرته (أو) اليد في الجدار مع الخشبة الآتية أو السقف (لمختص) منهما باتصال الجدار بجداره اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بناء جداره بأن اختص (بتداخل) جزء من (لبن) لكل منهما في الآخر في جميع السمك المشترك ويظهر ذلك في الروايات ولا يكفي وجوده في مواضع

متعددة من طرف الجدار أو كان له عليه عقد أميل من أصله لا بعد ارتفاعه قليلاً قليلاً أو بنى على خشبة طرفها بملكه، وكالمختص المبني على تربيعة أحد الملكين سمكاً وطولاً دون الآخر وباتصال السقف بينائه اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بناء العلو كجذع لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو وذلك لظهور أمانة الملك بذلك فيحلف ذو اليد ويحكم له بالملك حيث لا بينة، واليد للمختص بما ذكر (لا) للمختص (بجذع) محمول على الجدار وإن تعدد (ونحو وجه) للبناء وهو ما بباطنه من نحو طاقات ومحاريب وما بظاهره من نقش وكتابة: وكذا معاهد حبل يشد به نحو الجريد بأن يكون ذلك فيه إلى جهة ملكه فلا ترجيح بهذه لأن كونه بين الملكين علامة قوية في الاشتراك فلا تغير بأسباب ضعيفة وإن اعتيد أنه لا يفعلها من جهته إلا رب الحائط خاصة، وسيأتي في الدعاوى أن المتاع ومنه الجذوع يرجح به ولا منافاة لأن ذاك فيما إذا كان النزاع في اليد وهنا اليد لهما، وإذا حلفا بقيت الجذوع بحالها لأصل عدم التعدي لكن قال الفوراني لو ثبت لأحدهما نزل على الإعارة لأنها أضعف الأسباب فلما لكة قلعتها بالأرض.

قال في المطلب: وقياسه التبقية دائماً بالأجرة انتهى. وقياسه أنا إذا حكمنا بأنه لهما تعين إبقاؤهما بالأجرة على أن فيما قاله الفوراني نظراً، بل الذي يتجه أن لا قلع ولا أجرة أخذاً بإطلاقهم إبقاءها بحالها، ثم رأيت ما يصرح به كما بسطته في الأصل (و) اليد (في دابة) تنازعها راكبها وقائدها أو معانقها (لراكب لا قائد) أو معانق لأن استيلاء الراكب أقوى ومن ثم اختص بضمان ما تتلفه (و) اليد في (أس) أي أرض عليها بناء تنازعها رب أرض مجاورة لها ورب الجدار الذي فيها (كرب جدار) لأنه دليل على أن الملك فيما تحته لربه إذ لا يقول أحد بالإجبار فيه، بخلاف الجذوع فإن بعض الأئمة يجبر عليها فلعل بعض مقلديه أجبر الجار على وضعها (و) اليد (في عرصه) دار أو (خان) علوه لإنسان وسفله لآخر (لرب سفلى) لاختصاص التصرف فيها به ومحلّه إن كان الرقي إلى العلو خارج الدار أو الخان (و) إلا بأن كان في صدر العرصه أو وسطها مثلاً أو دهليزها فمن المدخل (إلى المرقى مشترك) بينهما لاشتراكهما في التصرف فيه، وما بقي من العرصه ودكة بها وراء المرقى لصاحب السفلى وسلم المرقى إن أثبت ونصب في محل الرقي للأعلى وإن لم يثبت

فلأسفل كما رجحه الشيخان، وما لم يثبت في محل الرقي لمن هو في ملكه وكالمثبت ما بنى من نحو لبن ولا شيء تحته وإلا فما تحته بيت لهما كسائر السقوف وما تحته نحو جب للأعلى عملاً بالظاهر مع ضعف منفعة الأسفل.

[باب في الحوالة]

هي بفتح الحاء أفصح من كسرهما من التحول، وشرعاً عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة وتطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى، ويسن قبولها على ملء إيدان لا شبهة بماله للأمر به وصرفه عن الوجوب الذي قال به أحمد القياس على سائر المعاوضات والأصح أنها بيع دين بدين جوز للحاجة، ومن ثم لم يشترط تقاضيهما في المجلس إذا كانا ربويين.

[وأركانها ستة: محيل، ومحتال، ومحال عليه ودينان، وصيغة] ولكل شروط تأتي، (وصحة حوالة) متوقفة على وجود تلك كلها بشروطها وإنما تحصل (بإيجاب محيل) فيشترط رضاه لأن له إيفاء الحق من حيث شاء ومعرفة رضاه وإنما تحصل بالصيغة كأحلتك على فلان بكذا بالدين الذي لك عليّ فإن لم يقل بالدين إلخ فكناية، أو نقلت حقك إلى فلان أو ملكتك الدين الذي عليه أو جعلت مالي عليه لك، وكذا أتبعتك عليه بحقك عليّ في الجميع وإلا فكناية كلفظ البيع هنا على الأوجه، وإنما تصح (بدين) مثلي أو متقوم لازم ولو في أصله كالثمن في زمن الخيار وإن لم ينتقل عن ملك المشتري إذا تخير البائع، ولتوسعهم هنا في بيع الدين بالدين اغتفروا ذلك مع إبطالهم بيع البائع الثمن المعين في زمن خياره (على دين) كذلك، ويشترط فيهما أن يكونا ما (يعتاض عنهما) بأن يكونا مستقرين ومن لازم الاستقرار اللزوم ولو مآلاً ولا عكس، وليس المراد من استقراره الأمن من فسخه بتلفه أو تلف مقابله لصحة الحوالة بثمن مبيع لم يقبض وأجرة لم تنقض مدتها وصدّق قبل وطء، وعليها مع عدم الأمن من انفساخها بذلك بل جواز بيعه، فلا تصح بعين ولا عليها، ولا من لا دين عليه ولا على من لا دين عليه وإن رضي لعدم الاعتياض، ولا بدين قبل ثبوته ولا عليه، ولا بدين جائز ليس أصله اللزوم ولو مآلاً ولا

[باب في الحوالة]

عليه، (ولا على) ما لا يجوز الاعتياض عنه كدين السلم ورأس ماله الموصوف في الذمة أو الجعالة ولا به إذا لا يصح الاعتياض عنهما مطلقا كنفذ بيع بمثله في الذمة مطلقا ولا على (نجم كتابة) بأن أحال السيد غيره عليه بمال الكتابة لعدم جواز الاعتياض عنه من غير المكاتب بخلافه من المكاتب، وهذا محمل تناقض الشيخين فيه ولعدم لزومه إذ للمكاتب إسقاطه متى شاء أما حوالة سيده بمال الكتابة فسيأتي، وحوالة السيد غيره عليه بمال المعاملة جائز على المعتمد لإجباره على الأداء، ولا تصح أيضا بالزكاة ولا عليها لامتناع الاعتياض عنها في الجملة، وكذا بل الدية للجهل بصفتها.

(و) كما توقفت صحة الحوالة على إيجاب المحيل كذلك تتوقف على (قبول محتمل) لاشتراط رضاه لأن حقه في الذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه وتصح بأحلني، أما المحال عليه فلا يشترط رضاه لأنه محل الحق كالقن المبيع وإنما تحصل صحة الحوالة بما مر و(بتساو) أي معه أو بسببه (في الدينين) دين المحيل ودين المحتال، ولا بد مع التساوي أن يكونا قد (علماه) فلو جهلاه أو أحدهما لم تصح الحوالة وإن تساويا في نفس الأمر لأنها معاوضة فاشتراط علمهما بحال العوضين، والمراد بالتساوي أن يتفقا جنسا وكأنه استغنى عنه بقوله صفة مرادا بها مدلولها اللغوي إذ الذهب مثلا يوصف بكونه ذهباً و (قدرا) بأن يكون قدر المحال عليه به مساويا لقدر المحال عليه وإن لم يتساو أصل الدينين فتصح بتسعة على تسعة من عشرة مثلا (وصفة) وهي (كحللول) وتأجيل (وصحة) وتكسير ولو في غير الربوي لأن الحوالة معاوضة إرفاق جوزت للحاجة فاعتبر فيها الاتفاق كما في القرض، نعم لا يشترط التساوي في الرهن والضمان بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن انفك الرهن وبرئ الضامن على المنقول المعتمد إذ الحوالة كالتقبض بدليل سقوط جنس المبيع، والزوجة فيما إذ أحال المشتري بالثمن والزوج بالصداق ويفارق بقاءهما مع انتقاله للوارث بأنه خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق بخلاف غيره، ولو تقابلا الحوالة لم يعد الضمان والرهن خلافا لمن وهم فيه ولو أقر رب دين به رهن لآخر بذلك الدين استحق المقر له التوثقة بالرهن أيضا أي إن لم تدل صيغة إقراره على أن الانتقال للمقر له بطريق الحوالة كأن قال اسمي عارية وإلا فينفك الرهن، وليس الضمان كالرهن في هذه الصورة لأنه يشترط لصحته

(قوله وقبول) أي متصل بالإيجاب كاتصاله في البيع فيشترط هنا جميع ما مر في الصيغة ثم

كما هو ظاهر.

معرفة المضمون له دون وكيله كما يأتي بما فيه، ولو شرط فيها رهن أو ضمير من المحيل أو المحال عليه أن يسقط حق الاحتال بقبض أو غيره لم تجز على الأوجه، والذي يتجه صحتها على ذمة الميت مطلقا كما بينته في الأصل بما فيه وإذا اشترط لصحتها جواز الاعتياض عن الدينين وتساويهما لا غير (فتصح) حوالة المكاتب سيده (بنجم كتابة) لوجود اللزوم من جهة السيد ولصحة الاعتياض عنها على ما في الأم وعلى مقابله المعتمد فاغتفر ذلك لتشوف الشارع للعتق.

(و) بعد انتهاء الكلام على أركانها وشروطها نذكر أحكامها فمنها أنه (يتحول) بها إذا صحت (الحق) أي حق المحتال في ذمة المحيل ويصير (على المحال عليه) فيبرأ المحيل بها عن دين المحتال والمحال عليه عن دين المحيل، ويلزم الدين المحال عليه للمحتال لأن ذلك هو فائدتها ولو عبر بيلزم بدل يتحول لكان أولى إذ المنتقل إليه غير الذي كان له كما هو حقيقة البيع والتحول يقتضي أن الأول باق بعينه لكن تغير محله (فلا يرد) الحق إلى ذمة المحيل (بفلس) حصل للمحال عليه (وإن قارن) الفلس الحوالة أو مات مفلسا (ولا يجحد) أي إنكار منه للحوالة أو دين المحيل وحلف ولا بتعذر الحق بغير ذلك كتعذر المحال عليه وموت شهود الحوالة فلا يرجع المحتال على المحيل بشيء وإن جهل ذلك لتقصيره في الجملة.

وفي المطلب أن قبول المحتال الحوالة من غير اعتراف بالدين متضمن لاستجماع شرائط الصحة فيؤاخذ بذلك لو أنكر المحال عليه والأوجه أن له تحليف المحيل أنه لا يعلم براءته ولو شرط فيها الرجوع بنحو فلس أبطلها لأنه يخالف مقتضاها ولا يتخير لو بان المحال عليه معسرا وإن شرط يساره، ويصح تقايل المحيل والمحتال وإن لم يأذن المحال عليه كما مر فيرجع المحتال على المحيل بالدين (وبطلت) الحوالة (برد المبيع ولو) كان رده (بإقالة) أو فسخ بعيب أو تحالف أو غيرهما (إن أحال مشتر) البائع بالثمن على ثالث له عليه دين لارتفاع الثمن بانفساخ العقد فيعود الثمن ملكا للمشتري ويرده البائع إليه إن كان قبضه وهو باق وإلا فبدله، ولا يبرأ برده للمحال عليه ولا بإبرائه له منه قبل الفسخ وإنما لم تبطل الحوالة فيما لو أحالها بصدقتها، ثم ارتفع النكاح قبل الوطاء لأن الصداق أثبت من غيره ومن ثم لم يرجع في زيادته المتصلة إلا برضاها، بخلاف نحو المبيع ولو ادعى المحال عليه الدفع للمشتري قبل الحوالة وأقام به بينة

فقياس ما مر عن المطلب أن قبول المحتال مبطل لرجوعه بالثمن على المشتري فإفتاء بعضهم برجوعه به عليه يرد بهذا (لا) إن أحوال (بائع) أجنبيا على المشتري بالثمن فلا تبطل الحوالة بفسخ العقد بشيء ما ذكر وإن لم يقبض المحتال ما لها لتعلق الحق بثالث بخلافه فيما مر، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لكن بعد تسليمه للمحتال وله مطالبته بالقبض منه ليرجع على البائع (ولغت) الحوالة حتى فيما إذا أحوال البائع على المشتري (إن استحق) المبيع أي ظهر مستحقا لغير البائع بيينة أو بتصادق المتبايعين والمحتال كأن ظهر حرا بيينة شهدت حسبة أو أقامها الرقيق أو من لم يصرح بالملك من بائع أو مشتر كما يصرح به كلام الشيخين في دعاوى، وعلى تصريحه به يحمل كلامهما هنا أو ملكا للغير أو غير مرئي مثلا لتبين أن لا ثمن يحال به على المشتري (وإلا) يستحق المبيع بيينة ولا بتصادقهم، ولكن اتفق المتبايعان فقط على أنه حر وجحد المحتال ذلك لم تبطل لتعلقها بثالث هذا إن (خلف محتال جحد) الحرية مثلا على نفي العلم بها ويحلف لمن استحلّفه منهما وإن لم يجتمعا، وإذا حلّفه أحدهما جاز للآخر تحليفه أيضا على الأوجه في المسألتين فإن حلّف بقية الحوالة فيأخذ المال من المشتري، ويرجع المشتري على البائع المحيل لكن بعد الأخذ منه على المعتمد لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة وإن قال ظلمني المحتال بما أخذه، وإن نكل محتال حلّف مشتر على الحرية وبان بطلان الحوالة، ويأتي في دعاوى حكم ما لو اختلف المدين والدائن في أنه هل وكل أو أحوال.

وحاصله تصديق منكر الحوالة مع يمينه إلا إن اتفقا على جريان لفظها الذي لا يحتمل الوكالة كأحلتك بالمائة التي لك على عمرو فلا يحلف منكر الحوالة لأن هذا اللفظ لا يحتمل غيرها فيحلف مدعيها.

[باب في الضمان]

هو لغة الالتزام، وشرعا يقال لالتزام دين ثابت في ذمة الغير أو إحضار من يستحق حضوره أو عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك.

(قوله على أنه حر) لم يقل مستحق الذي عير به غيره مع أنه المطابق للمتأن لأنه لما مثل الاستحقاق بالحرية أحب أن يذكر الحرية في جميع الصور منبهاً في بعضها على أنه مثال لا غير.

[باب في الضمان]

[وأركانها في ضمان الذمة خمسة: ضامن، ومضمون عنه، ومضمون به، ومضمون له، وصيغة] الأول: الضامن، وشرطه ليصح ضمانه صحة عبارته ومن ثم (صح من) مختار كما يعلم ما يأتي في الطلاق وقد يقال هو معلوم من هنا لأن المكره ليس من أهل التبرع (أهل تبرع ضمان) ولو أخرس بتفصيله الآتي في الطلاق وكتابتته عند القرينة المشعرة بالضمان صريحة كما اقتضاه كلام الشيخين عنا وإن أحسن الإشارة ومفلساً فيطالب بعد فك الحجر ومريضاً مرض الموت كما يأتي آخر الباب، نعم إن كان عليه دين مستغرق لم يصح ضمانه لأنه ليس من أهل التبرع وموقوفاً على الأوجه بإذن موقوف عليه فيتعلق بكسبه قياساً على الموصى بمنفعته لا من غير مكلف إلا السكران المتعدي، ومكره وإن أكرهه سيده ومحجور عليه بسفه وإن أذن وليه وقن بأنواعه ومبعض في غير نوبته إلا بإذن سيده ولا يصح ضمانه لسيده^(١) لأن ما يؤدي منه ملكه، ومرآخ التحالف ما يعلم منه حكم ما لو قال^(٢) ضمنت وأنا صبي أو معنون وفي معاملة الرقيق بيان ما يؤدي منه.

الركن الثاني: المضمون عنه، ولا يشترط رضاه ولا أن يكون له مال بل يصح الضمان (ولو) عمن لم يعرف عينه و (عن ميت مفلس) لأنه ﷺ أقر أبا قتادة على الضمان بعد الإخبار بأن الميت المضمون عنه مفلس (و) يصح الضمان ولو عن (ضامن) وعن ضامن الضامن وهكذا لتعلق الدين بذمة الجميع كأصيل (و) يصح ضمان الحال ولو (بشرط تأجيل) له أي إلى أجل معلوم لأن الضمان تبرع ومعروف فاحتمل ذلك فيه للحاجة، ويصح ضمان المؤجل (و) لو بشرط (حلول) له لأن التزامه التبرع بالتعجيل كالتزامه أصل الضمان (ولا يحل) الدين على الضامن بل يلغو شرط الحلول ولا يلزمه التعجيل كما لو التزمه الأصيل، وفيما إذا ضمن المؤجل حالاً ومؤجلاً بأجل أقصر يثبت الأجل مطلقاً في الأولى وبعد مضي الأجل الأقصر في الثانية في حقه تبعاً لا مقصوداً على الأرجح فيحل عليه بموت الأصيل.

الركن الثالث: الحق المضمون، وإنما يصح الضمان (بدين) ولو منفعة ثابتة في الذمة

(١) (قوله ولا يصح ضمانه لسيده) أي لا يصح أن يضمن القن عن الغير لسيده لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه أه من بعض الحواشي.

(٢) (قوله حكم ما لو قال إلخ) أي فيصدق بيمينه إن أمكن صباه أو سبق له جنون أهروض.

وتعبير أصلة بحق أظهر في شموله وإن كان معترضا لشموله لنحو حد القذف والقود والشفعة وللعين أيضا، وهو غير صحيح إذ هو إثبات مال في الذمة بعقد كالبيع فلا يصح بما لا يتبرع به ما ذكر، وضمان العين من باب الكفالة فلا تضمن إن تلفت كما يأتي (ثابت) أي واجب حال الضمان (لا) بما سيجب كدين قرض أو بيع سيقع ونحو (نفقة غد) للزوجة وخادمها وإن جرى سبب وجوبها لأنه توثقة فلا تتقدم ثبوت الحق كالشهادة، ويكفي في ثبوته اعتراف الضامن وإن لم يثبت على المضمون عنه، وقياس ما مر عن المطلب في الحوالة أن قبول الضمان متضمن للاعتراف باستجماع شرائطه. وخرج بنفقة الغد نفقة اليوم وما قبله لوجوبها ولا يصح بنفقة القريب مطلقا لأنها مجهولة ولسقوطها بمضي لزمان (لازم) بأن لا يتسلط على فسخه وإن لم يستقر كصداق قبل وطء وثمان مبيع لم يقبض لحاجة التوثق واحتمال سقوطه بنحو التلف كاحتمال سقوط المستقر بنحو إبراء (ولو) كان الدين لازماً (في أصله) كالثمن في زمن خيار المشتري لوجوبه حينئذ مع كونه آيلا إلى اللزوم بنفسه عن قرب فاحتيج للتوثق، بخلافه في زمن خيارهما وخيار البائع لعدم ملكه له فهو ضمان ما لم يجب. أما الجائز أصالة كنجم كتابة وجعل ولو بعد الشروع في العمل فلا يصح ضمانه لتمكن من هو عليه من إسقاطه فلا معنى للتوثق به (معلوم) للضامن فقط عينا وجنسا وقدرًا وصفة فلا يصح ضمان أحد الدينين مبهما، ولا ضمان مجهول من كل وجه بخلافه من بعض الوجوه ومن ثم صح ضمان أرش أو حكومة (أو إبل دية) لأنها معلومة السن والعدد ويرجع في صفتها لغالب إبل البلد ويرجع ضمانها بالإذن إذا غرمها بمثلها لا قيمتها كالقرض، ولا يصح ضمانها عن العاقلة قبل الحلول لأنها غير آيلة إلى اللزوم عن قرب، ويصح ضمان زكاة وكفارة، ويعتبر الإذن عند الأداء إن كان المؤدى عنه حيا.

الركن الرابع: المضمون له وهو رب الدين، فيشترط لصحة ضمان الدين أن يكون الضامن قد (عرف ربه) بعينه وإن لم يعرف نسبه لتفاوت الناس في الاستيفاء تسهيلا وتشديداً فالضمان مع ذلك^(١) غرز ولا حاجة إلى احتمالته ومن ثم لم تغن معرفة وكيله غنى معرفته على الأوجه، ولا يشترط رضاه لأن الضمان محض التزام كرضا الأصيل معرفته لجواز أداء دين الغير مع عدمهما، ويلزم رب الدين قبول أداء قاض أو ضامن إن أذن المدين

(١) (قوله مع ذلك) أي مع جلب ذلك اهـ عبد الرؤوف.

وإلا جاز له القبول ودين الضمان فيما ذكر فيه (ك) دين (الإبراء) المشروط فيه نظير ذلك أعني علم الدائن وإن جهل وكيله بالدين فلا يصح الإبراء من مجهول جنسا أو عينا أو صفة إلا نحو إيل الدية لأنه تملك المدين ما في ذمته. أما المبرأ فلا يشترط علمه على المعتمد كما لا يشترط قبوله بل لا يضر رده لأن الإبراء وإن كان تملك المقصود منه الإسقاط، نعم إن كان في مقابلة طلاق اشترط لأنه يؤول إلى المعاوضة.

وطريق الإبراء من مجهول أن يذكر عددا يعلم أنه لا يزيد عليه، وكالإبراء^(١) تملك المدين ما في ذمته ومن ضمن أو أبرأ إلى غاية لزمه ما عداها (ف) إذا قال ضمننت أو أبرأت (من واحد إلى عشرة) مثلا تعين للضمان والإبراء (تسعة كالإقرار) بنحو: له علي من درهم إلى عشرة فتلزمه تسعة ولا يقبل قوله أردت أنقص منها، ومثله النذر والوصية والعقود واليمين بالله تعالى أو بالطلاق وذلك لأن الأول مبدأ العدد فيدخل والعاشر غاية يحتمل الدخول في المعنى وعدمه، وإنما وقع الثلاث في أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لأن الطلاق محصور في عدد فالظاهر استيفاؤه، ولو قال ما بين درهم وعشرة أو إلى عشرة تعين ثمانية أو من عشرة إلى مائة أو إلى ألف فالغاية الخارجة واحد لا عشرة أو مائة (و) صح من أهل تبرع (ضمان درك) بفتح المبيع بفتح الراء وإسكانها أي إدراك وإن لم يكن يثبت للحاجة إليه عند معاملة مجهول الحال مع خشية عدم الظفر به لو ظهر مستحقا مثلا وأصله التبعة أي المطالبة، والمراد به هنا ضمان الثمن للمشتري واقتصار الجمهور عليه تصوير أو المبيع للبائع إن استحق مقابله المعين أو أخذ بشفعة مثلا. وكيفيته بالنسبة للثمن أن يقول للمشتري ضمننت لك عهدة الثمن أو دركه أو خلاصك منه لا خلاص المبيع أو الثمن إذ لا يستقل بتخليصه، فإن قال خلاص المبيع وعهدة الثمن بطل في الأول فقط تفريقا للصفحة (و) صح ضمان (درك رداءة) لجنس ثمن أو مبيع في الذمة عند شك قابضه هل هو من جنس المعقود عليه أو أردأ أو لصفة شرطت وخشي فقدها للحاجة كما مر (و) درك (نقص صنجة) بفتح أوله أو مكيال أو ذراع للثمن أو المبيع، ولو اختلف الضامن والمضمون له في نقصها حلف الضامن لأصل براءة ذمته أو المتعاقدان صدق الآخذ لأصل

(١) (قوله وكالإبراء) إن جعل نظيره في العلم والمعرفة وافق ما قاله الأذرعى، أو في العلم فقط وافق غيره اهـ

ببقاء شغل ذمة الدافع (و) درك (عيب) يظهر في المبيع أو الثمن بأن يرد المقابل إذا رد الآخر بعيب (و) درك (فساد) يظهر في العقد بسبب غير الاستحقاق كتخلف شرط معتبر في البيع أو اقتران مفسد به للحاجة أيضا، وإنما يصح ضمان الدرك في كل من الصور المذكورة (بعد قبض ثمن) إن كان التدرك به أو مبيع ولو مسلما فيه إن كان التدرك به، فلو عبر بعوض لشمها مع الأجرة في ضمان العهدة للمستأجر إن استحققت المنفعة لأن الضامن إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع والمشتري مثلا ولزمه رده على تقدير نحو استحقاق وقبل القبض لم يتحقق ذلك، نعم ضمان عهدة التلف قبل قبض المبيع صحيح للحاجة إليه، ويشترط أيضا علم الضامن بالعوض المضمون، وأفهم اشتراط القبض بطلان ضمان الدرك في الاعتياض عن الدين كدار باعها صاحبها بدين عليه. ومن ثم أفتى ابن الصلاح بأنه لو أجز موقوف عليه الوقف بدينه وضمن ضامن الدرك ثم بان بطلان الإجارة لمخالفة شرط الواقف لم يلزم الضامن شيء لبقاء الدين الذي هو أجرة بحاله.

ومنه يؤخذ بطلان ضمان درك الرهن للمرتهن كراس مال السلم للمسلم إن استحق المسلم فيه لأنه في الذمة والاستحقاق لا يتصور فيه، وكعهدة^(١) قلع بناء اشترت له أرض لعدم وجوب أرش نقصه حينئذ، ومن ثم لو ضمنه بعد ظهور الاستحقاق والقلع صح إن علم قدره (ومطلقه) أي ضمان الدرك كضمنت لك الدرك أو العهدة من غير تقييد بشيء ما مر ينصرف خلافاً للحاوي (لما) أي لعوض (استحق) ولو بأن ظهر مرهونا مثلا قياسا على المأخوذ بشفعة لأن ذلك هو المتبادر فلا يطالب الضامن بما ظهر معيياً أو تالفاً أو رديثاً.

[تنبيه] التحقيق أن متعلق ضمان الدرك العين وبدلها عند تلفها لا العين فقط ولا البديل فقط بل تعلقه بالبديل أظهر، وأن ضمان العهدة يكون ضمان عين إذا كان الثمن معيناً باقياً بيد البائع، وضمن ذمة فيما عدا ذلك وقد بسطت ذلك في الأصل (و) صح من أهل تبرع أيضا (كفالة) للحاجة إليها وإنما تصح (ببدن من) أي شخص معين اتحد أو تعدد استحق (لآدمي حضوره) عند الاستدعاء إلى مجلس الحاكم بأن لزمته الإجابة إلى

(١) (قوله وكعهدة إلخ) قال في الأسنى مع المتن: لو ضمن في عقد واحد عهدة ثم الأرض وأرش نقص ما يغرر ويبنى فيها إن قلع باستحقاقها فيما إذا اشتراها شخص وعرس فيها أو بنى ثم ظهرت مستحقة لم يصح ضمان الأرض لعدم وجوبه عند ضمانه، وفي العهدة قولاً تفريق الصفقة والأصح الصحة اهـ.

مجلسه أو استحق إحضاره إليه إما لأجل مال عليه أو عنده يصح ضمانه وإن جهل قدره أو كان زكاة أو كفارة أو لأجل عقوبة لآدمي أو لغير ذلك كبدن من ادعى زوجيته لمديعيها أو أبق للمالكه وأجير لمستأجره، وإن حبس المكفول أو غاب ولو بمسافة قصر وإن كان ثم حاكم على المعتمد سواء أطلب إحضاره بعد ثبوت الحق أم قبله للمخاصمة خلافا للزر كشي . فخرج بمعين أحد الرجلين ويصح ضمانه التكفل ببدن نحو مكاتب كما يأتي، ويقوله لآدمي من عليه عقوبة لله تعالى لبناء حقه على الدرء .

وقال الأذرعى : إلا إن تحتمت ولم تسقط بالتوبة، ويصح (ولو) كان المكفول ببدنه (ميتا) لم يدفن أو صبيا أو مجنونا لأنه قد يستحق إحضارهم ليشهد على صورهم إن لم تعرف الشهود اسمه ونسبه، فإن دفن لم تصح الكفالة وإن لم يتغير كمكفول حي مات يحضر ليشهد على صورته ما لم يدفن (ولا نعش) من تكفل به قبل الدفن فدفن وإن لم يتغير، وإن اشتدت الحاجة إلى إحضاره كما صححه الرافعي احتراماً له (و) تصح الكفالة أيضاً وإن كان المكفول ببدنه (كفياً ومنكراً) لما دعا به عليه وإن حلف لكن إن أراد إقامة بينة عليه لأن حضوره مستحق (لا مكاتباً) فلا تصح الكفالة ببدنه (لنجم) أي لأجله لأنه غير لازم، بخلاف التكفل ببدنه لأجل دين معاملة للزومه، وتصح ببدن من ذكر أو جسمه أو كله (ولو بجزء حي لا يبقى) ذلك الحي (دونه) كنفس ورأس وعنق وجلد وظهر وبطن وقلب وكبد وجزء شائع كربع إذ لا يمكن تسليم ذلك إلا بتسليم كل البدن بخلاف جزء الميت ونحو يد وكذا عين إلا إن أريد بها النفس لأنها قد تطلق عليها، وإنما تصح الكفالة (إن رضي) المكفول ببدنه الحي المكلف الرشيد وعرفه الكفيل إذ ليس لأحد إلزام غيره بالحضور إلى الحاكم بغير إذنه ومعرفته . ويشترط مع ذلك معرفة المكفول له لا رضاه، ولا بد في الرضا من لفظ يدل عليه أو إشارة أخرس لا ناطق ولو مفهومة . ومن تكفل بغير إذن لم

(قوله لا يبقى بدونه) هل منه العرض كتكفلت بسواده أو بياضه لأنه لازم للحياة غالباً وإن قيل إن المسلوخ يعيش أو لا لأن من شأن العرض أن لا يعبر به عن الذات ؟ كل محتمل، ولم أر فيه شيئاً .
 (قوله وكذا في سفيه) خالفته في شرحي المنهاج والعباب .
 (قوله وفي قن) فصلت فيه في شرح المنهاج وهو الأوجه .
 (قوله وإن كان لرددها مؤنة) غاية بالأدون لأن الخلاف إنما هو فيما لا مؤنة لردده وهو سائغ كما يأتي في إتلاف البهائم .

يكن له مطالبة المكفول به بالحضور وإن طالبه به المكفول له ولا حبس على الكفيل حينئذ، ويشترط في ميت إذن وارثه الأهل وإلا فإذن وليه فإن تعدد اشترط إذن الجميع على الأوجه كما بينته في الأصل، وفي غير مكلف إذن وليه، وكذا في سفية على الأوجه وفي قن إذن سيده فيما يظهر وإن قيل ظاهر كلامهم اعتبار إذن السفية والعبد حتى لا يكفي إذن السيد والولي (و) صح من أهل تبرع أيضاً كفالة (ير) د (عين مضمونة) على من هي بيده كمغضوب ومبيع لم يقبض ومعار ومستام وإن كان لردها مؤنة كما يصح بالبدن بل أولى وبيراً بردها وتلفها ومن ثم لم يصح ضمان قيمتها بتقدير تلفها، ومحل صحة ضمانها إن إذن من هي بيده أو كان الكفيل قادراً على انتزاعها فلا يشترط اجتماعهما كما بينته ثم .

وخرج بمضمونة غيرها كوديعة لأن الواجب فيها على الأمين التخلية فقط (وبرئ) الكفيل عن كفالة البدن والعين (بإحضار) منه للمكفول إلى المكفول له وإن لم يطالبه (و) كذا (لو) أحضره (لوارث) المكفول له مات لأن الكفالة حق تورث مالا، نعم إن كان ثم وصية وغرماء لم يبرأ إلا بتسليمه للورثة مع الغرماء والموصى له وكذا مع الوصي على الأوجه، وبيراً أيضاً بإحضار أجنبي إن سلم عن جهة الكفيل وبإذنه ولا يلزم المستحق قبوله إن سلم بغير إذن الكفيل ولو عن جهته وإن كان لو قبل عن جهته برئ (و) يبرأ أيضاً (بحضوره) أي المكفول (عنه) أي عن جهة الكفيل بأن يقول له سلمت نفسي إليك عن جهة الكفيل فإن لم يقل ذلك لم يبرأ وإن ظفر به المكفول له بمجلس الحكم وادعى عليه إذ لم يسلم إليه هو ولا أحد عن جهته، وإنما يبرأ بالإحضار أو الحضور عنه إن كان (بلا حائل) بخلافه بحائل كمتغلب لعدم الانتفاع بتسليمه وكان (حيث) أي بالمكان الذي (يشترط) في الكفالة الإحضار إليه (وإلا) يشترط حالها مكان (فحيث) أي فالمكان الذي (كفل) أي وقع عقد الكفالة فيه يبرأ بالإحضار أو الحضور فيه بلا حائل كما في السلم فيهما، فإن أحضره في غير المعين في الأولى أو محل العقد في الثانية فللمكفول له الامتناع من تسلمه لغرض كفوت حاكم لا لغيره فيتسلمه الحاكم نيابة عنه فإن فقد سلمه للمكفول له وأشهد عليه .

وأفهم كلامه أنه لا يشترط هنا بيان محل التسليم مطلقاً، وفارق ما مر في السلم بأنه عقد معاوضة والتكفل محض التزام (فإن مات) الكفيل بطلت الكفالة إذ لا مال هنا يبقى

عليه بعد موته حتى تبقى تبعاً له وبه فارق موت المكفول له أو المكفول، وإن لم يخلف وفاء (أو هرب) إلى محل لا يعلمه الكفيل (أو تستر) أي اختفى بمحل لا يعلمه الكفيل (فلا) حبس ولا (غرم) عليه لأنه لم يلتزم المال كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع لا يطالب برأس المال ويطالب بإحضار ميت لم يدفن للشهادة على صورته كما مر (وفسدت) الكفالة (إن شرط) في عقدها الغرم لأنه شرط ينافي مقتضاها، وفسد أيضاً التزام المال لأنه صير الضمان معلقاً، فإن لم يشترط ككفلت بدنه فإن مات فعلياً المال، فالذي يتجه أنه إن أراد الشرط ووافقه المكفول له فكذلك وإلا فسد الالتزام فقط (وإن ظهر) المكفول بعد غيبته أو هربه (ببلد) أي في بلد مثلاً وإن كانت على مسافة القصر فأكثر سواء أغاب بعد الكفالة أم كان غائباً عندها على الأوجه طوّل الكفيل بإحضاره إن أمكنه عادة وأمن الطريق ولم يكن ثم من يمنعه منه و (أمهل مدة ذهاب) إلى المحل الذي هو فيه (وعود) منه على العادة.

ويتجه كما بينته في الأصل أنه يغتفر له مع ذلك بعدت المسافة أو قصرت ما لا بد له من إقامته بين الذهاب والإياب كنحو انتظار رفقة وفراغ أمطار وثلوج شديدة وما يعرض له بسبب المكفول فلا يقدر ذلك بثلاثة أيام فقد يزيد أضعافها وقد تنقص (ثم) إن مضت المدة ولم يحضره ولا أدى الدين عنه ولا سامح المستحق (حبس) لأنه مقصر لقدرته على إحضاره وبه فارق المديون المعسر ويستند حبه إلى سقوط الدين أو تعذر إحضار المكفول لنحو موت أو جهل محله أو إقامته عند من يمنعه، ولو أدى فقدم استرد خلافاً للغزي لأنه إنما غرم للحيلة فإن قصد التوفية عنه فلا كما هو ظاهر إذ الإذن في الكفالة ليس إذناً في الغرم.

الركن الخامس: للضمان الشامل للكفالة أن يقع (بصيغة التزام) لتدل على الرضا وأراد بها ما يشعر بالالتزام فتشمل اللفظ الصريح والكتابة ومنها الكناية مع النية وتشمل إشارة الأخرس المفهمة (كضمنت) أو تقلدت ما لك على فلان أو إحضاره و (التزمت) ذلك و (تكفلت بما لك على فلان) أو ببذنه أو بإحضار العين الفلانية (وكفلت) بفتح الفاء أفصح من كسرهما (ببذنه) أو بما عليه من المال أو العين، وكفل المتعدي بنفسه بمعنى عال. وأما هنا فالأصح تعديه بالباء فلذا آثره مع رعايته للاختصار ما أمكنه ويصح بنفسه كما وقع في عبارات تضميننا له معنى ضمن الذي بمعنى التزم (وأنا بالمال) المعهود (أو بإحضاره) أو بالعين أو بإحضارها أو بفلان أو بإحضاره (أو ببذنه) أو بنحو رأسه ما مر

(كفيل أو زعيم ونحوه) كضامن أو حميل أو قبيل أو صبير أو ضمير أو كافل وكلها صرائح، ولا يشترط أن يأتي بعد ضمنت وما بعدها بقوله لك ومن ذكره أراد التصوير؛ وما لك عليّ صريح لأن عليّ للالتزام فإن أبدلها بإلى أو عندي أو معي فكناية عن مطالبته الآن أو عنه وأراد ذلك (لا) بصيغة وعد كقوله (أؤدى) المال (أو أحضر) الشخص أو المال إذ الوعد لا يلزم الوفاء به، ومن ثم اتجه أنه لو نوى به الالتزام صح وكذا لو صحبه قرينة التزام لكنه حينئذ كناية على الأوجه لا صريح لأن الصراحة لا تؤخذ من القرائن كما لا تؤخذ من الاشتهار (وبطل) كل من الضمان والكفالة يعني لم ينعقد (بشرط براءة أصيل) وبشرط (خيار) للضامن أو الكفيل أو الأجنبي لمنافاة كل منهما لمقتضى العقد (لا) بشرطه (كمضمون له) لأن الخيرة في الإبراء والطلب إليه أبداً (و) يبطلان أيضاً بنحو (تعليق) لهما بوقت أو غيره (وتوقيت) كالبيع فيهما والواو بمعنى أو، وبشرط إعطاء مال لا يحسب من الدين وتكفلت بزيد فإن أحضرته وإلا فبعمرو لأنه لم يلتزم كفالة زيد ولتعليق كفالة عمرو، وبضمنت إحضاره كلما طلبه المكفول له على الأوجه لأنه تعليق يطلبه، فقول البلقيني يصح في مرة فيه نظر ولو أقر بأنه ضمن أو كفل بشرط مفسد أو قال لا حق على الأصيل أو المكفول صدق المستحق بيمينه فإن نكل حلف المقر وبرئ وحده، والضمان والكفالة فيما ذكر (كالإبراء) فإنه لا يصح بشرط خيار ولا معلقاً ولا مؤقتاً لأنه تمليك أو فيه شائبته فليس كالعقود خلافاً لمن زعمه (لا) إن نجز الكفالة مع شرط (تأجيل) أي تأخير (إحضار) للمكفول إن (علم) الوقت المؤخر إليه نحو أنا كفيل به أحضره بعد شهر فلا يبطل بذلك للحاجة فإن جهل الوقت لم يصح.

(و) من أحكام الضمان أنه إذا صح (طولبا) أي الأصيل والكفيل أي طالبهما المستحق أو وارثه جميعاً أو أيهما شاء بالجميع أو أحدهما ببعضه والآخر بباقيه لقوله ﷺ «الزعيم غارم» ومن ضمن بالإذن لا يباع ماله عند إفلاسهما إلا بعد بيع مال الأصيل وبغيره يتخير المضمون له في بيع مال أيهما شاء ولو ضمن الضامن أو الكفيل آخر وهكذا طولب الجميع (وإن أبرأ أصيلاً) أو برئ بنحو أداء أو حوالة فلو عبر به لكان أولى وأعم وإن كانت صورة العكس الآتية خاصة بالإبراء (برئ كفيل) أول بمال أو بدن ومن بعده جميعاً لسقوط الحق أما الإبراء بنحو أداء فيبرأ به الجميع (وحل) الدين المؤجل (على أحدهما) أي

الأصيل أو الضامن (بموته) ولو عبداً مأذوناً له لخراب ذمته دون الحي لارتفاعه بالأجل، ومر أن لو ضمن المؤجل حالاً حل عليه بموت الأصيل مطلقاً أو مؤجلاً بأجل أقصر حل عليه بموت الأصيل بعد مضي الأقصر لأن الأجل فيهما يثبت تبعا (لا) بسبب (فلسه) أي الحجر بالفلس لارتفاعه بالأجل، وكالموت استرقاق الحربي والردة المتصلة بالموت وكذا الجنون المطبق على ما في أصل الروضة، لكن أطلوا في رده بل قال الأذرعى إنه سهو ولهذا صرح في التنقيح بخلافه (فإن) كان الضامن قد (ضمن بإذن) من الأصيل فمات فحل الدين عليه وله تركة (أمر) الضامن (الغريم يطلب حقه من التركة أو إبرائه) من الضمان خشية أن تهلك التركة فلا يجد مرجعا إذا غرم (و) أمر الضامن بالإذن (الأصيل بالتسلم) للمال المضمون (إن طوب) الضامن به كما أنه يغرمه إذا غرم بخلاف ما إذا لم يطالب به، نعم له أن يقول للمستحق إما أن تطالبني أو تبرئني (لا) بالتسليم للمال (إليه) ليدفعه أو بدله للمستحق ولو حبس إذ لم يثبت عليه قبل تسليمه شيء (ولا يحبس) الأصيل (بحبسه) ولا يلزم ولا يرسم عليه، وفائدة المطالبة مع ذلك إحضاره مجلس الحاكم وتفسيره إن امتنع أي مع يساره كما هو ظاهر فهو نظير الفرع يطالب أصله بدينه مع أنه لا يحبس له فاندفع ما لجمع هنا من الاعتراض، أما إذا سلم فله جميع ذلك ولا يملك ما دفعه له الأصيل بلا طلب بل يضمه إن تلف ما لم يقل له اقض به ما ضمنته عني لأنه حينئذ وكيله .

وخرج بقوله بإذن الضامن بغير إذن فليس له شيء ما ذكر لتبرعه (ورجع مؤد) دين غيره ولو نحو زكاة (بإذن) منه في الأداء وإن لم يشترط له الرجوع على من أدى عنه لأنه نائبه حينئذ، وإنما لم تجب أجره نحو غسل لم يسم له شيء لغلبة المسامحة في المنافع (و) رجع (ضامن به) أي بالإذن في الضمان وإن لم يأذن له في الأداء لإذنه في سببه، نعم إن ثبت الضمان بالإذن بالبينة وهو منكر لم يرجع لأنه مظلوم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمة، وكذا لو ادعى أن الدائن أخذ من الأصيل لذلك أو نذر بعد الضمان بالإذن وفاءه على الأوجه سواء أقال في نذره ولا أرجع أم لا لأنه أداه عن جهة النذر أو أدى من سهم الغارمين. وبحث أن شرطه أيضاً أن يؤدي عن جهة الضمان وفيه نظر بل الوجه أن الشرط عدم الصارف من قصد نحو التبرع، ويفرق بين هذا وما يأتي في الخلع أن من توكل فيه بغير إذن سيده يطالب بعد العتق ولا يرجع إلا إن قصد الرجوع بأن هذا في الحقيقة خلع

أجنبي لعدم إذن سيده فيه، والغالب على خلع الأجنبي قصد التبرع فاشترط قصد الرجوع لينصرف أداؤه عن ذلك الغالب .

وأما الضمان فهو ضم ذمة إلى ذمة فانصرف إليه أداء الضامن لبراءة ذمته إذ لا غالب يعارض ذلك على أن قضية كلام المتولي أنه لا يشترط قصد رجوع القن أيضا ويوجه بأنه نظر شغل ذمته دون الغالب الذي ذكرته وهذا مدرك فيه قوة ومن ثم اعتمده شيخنا، لكن يؤيد ما ذكرته أولا ما اقتضاه إطلاقهم أن وكيلها الحقيقي لا يشترط في رجوعه عليها بما سمته قصد الرجوع وكذا نية وقوع الخلع عنها على الأوجه وليس وجهه إلا ما ذكرته أنه لا غالب يعارضه فانصرف لسببه السابق فهو كالضمان بخلاف خلع الأجنبي . ونحوه فتأمله (وكذا) يرجع ضامن (بغيره) أي بغير إذن (إن أدى به) أي بالإذن (وشرط) الرجوع على الأصيل ولو أدى دين محجوره بنية رجوع أو ضمن عنه كذلك رجع .

وأفهم كلامه أنه لا رجوع لمؤد بلا إذن لتبرعه كضامن بلا إذن أدى بلا إذن فإن أدى بإذن فهو المقصر لعدم اشتراطه الرجوع إذ الغرم بالضمان ولم يأذن فيه، وإنما رجع من وضع طعامه في فم مضطر بلا إذن قهرا أو هو مغمى عليه لأن عليه استنقاذ مهجته، ومن الأداء أن يحيل الضامن المستحق أو يحال عليه أو يرث الحق أو يصلح عنه بعوض، نعم في الإرث يرجع وإن ضمن بلا إذن لأن الحث صار له وهو باق في ذمة الأصيل وحيث ثبت رجوع فكالقرض حتى يرجع في المتقوم بمثله صورة فإن صالح عنه رجع (بالأقل من دين وقيمة مصالحيه) فلو صالح عن ألف بعبد رجع بالأقل من الألف وقيمة العبد يوم الأداء أو صحاح بمكسرة أو عكسه رجع بالمكسرة لتبرعه بالزائد .

وخرج بالصلح ما لو باعه العبد بالدين فيرجع في الدين كما بينته في الأصل ومن ثم قال المصنف (لا) ثمن أو قيمة (مبيع) اشتراه المضمون له من الضامن كما لو باعه العبد بألف وتقاصا فلا يرجع بالأقل بل بالألف قطعاً لثبوتها في ذمته فهي العوض دون العبد وفي صورة الصلح العوض هو العبد لا الألف، ولو صالح من الدين على بعضه أو أدى بعضه وأبرئ من الباقي رجع بما أداه وبرئ فيهما، وكذا الأصيل لكن في صورة الصلح لأنه يقع عن أصل الدين مع أن لفظه من حيث هو لا بالنظر لمن جرى معه يشعر بقناعة المستحق بالقليل عن الكثير دون صورة البراءة لأنها للضامن إنما تقع عن الوثيقة دون أصل الدين، ولو وهب له ما ضمنه

بعد أدائه رجع به أو قبله فلا لأنه إبراء، ولو قالوا ضمنا العشرة كان كل منهما ضامنا لكلها على الأوجه كرهنا عبدنا هذا بألف لك على فلان، وفارق اشترينا عبدك بألف بأن الثمن عوض الملك فيقدر ما يحصل لكل منه فيلزمه من الثمن والضمان لا معاوضة فيه، وإنما يرجع كل من المؤدي والضامن على الأصيل (إن أدى بحضوره أو صدقه الغريم) المضمون له أو المؤدى إليه أو وارثه الرشيد وإن لم يشهد لتقصيره الأصيل بترك الإشهاد إذ هو الأولى بالاحتياط ولسقوط الطلب بتصديق الغريم على الأداء إليه (أو أشهد) على الأداء (ولو رجلاً) مستوراً ليحلف معه إذ الشاهد مع اليمين حجة كافية وإن كان بعض الأئمة لا يحكم بهما لأن الأمر لم ينحصر فيه وإن كان هو حاكم البلد، ولا يضر موت الشاهد ولا جنونه ولا ظهور فسق المستور لعذره بخفاء الباطن عليه ولا يكفي إشهاد من يعرف سفره عن قرب إذ لا فائدة له أما إذا تركه والأداء في غيبة الأصيل ولم يصدقه الغريم فلا يرجع لأنه المقصر حينئذ وإن صدقه الأصيل لبقاء المطالبة بحالها، نعم إن أذن له في ترك الإشهاد وصدقه على الأداء رجع عليه (و) لو ادعى إشهداً وصدقه الأصيل رجع وإن أنكره (حلف منكر إشهد) ولا رجوع عليه لأن الأصل عدم براءة ذمته وعدم الإشهاد فإن أخذ منه الغريم مرة ثانية رجع بأقلهما لأنه إن كان هو الأول فهو مدعاه أو الثاني فهو المبرئ ولو كذبه شاهد أو قال نسيت فكما لو لم يشهد، ومر أنه يصح ضمان المريض مرض الموت ثم هو من رأس المال إلا عن معسر وقت موت الضمان وإن لم يمت المعسر أو حيث لا رجوع فمن الثلث لأنه تبرع، فإن ماتا موسرين تخير الغريم بين الأخذ من تركه أيهما شاء أو والأصيل معسر فإن وفته تركته بثلثي الدين فلا دور (وإن) لم تف بهما جاء الدور ومثال ذلك (ضمن مريض) بالإذن (تسعين) درهما ثم مات من مرضه (وخلف مثلها) وكان ضمانه (عمن) أذن له ثم مات الأصيل و (خلف نصفها) وهو خمسة وأربعون فإن شاء أخذ تركه الأصيل وثلث تركه الضامن ثلاثين وفاته عليه الباقي خمسة عشر ولا دور وإن شاء (أخذ من ورثته) أي الضامن (ستين) وضارب بها ورثته مع الغريم في تركه الأصيل (و) حينئذ فيكونون قد (رجعوا) على تركه الأصيل (بثلاثين) إذ هي بينهما أثلاثاً لأن الباقي له ثلاثون ولورثة الضامن في تركه الأصيل ستون (و) يكون الدائن قد أخذ (من ورثة الأصيل) بالمضاربة (خمسة عشر) إذ هي ثلثها وتعطل عليه مثلها.

والحاصل للورثة حينئذ ستون نصفها بقي عندهم ونصفها من تركه الأصيل وذلك مثلاً ما فات عليهم، ويقع الفئات هنا وفيما يأتي تبرعاً إن لم يجدوا مرجعاً وفي كل من

هذه الحالة وما يأتي بعدها دور كما هو مبين بطريق استخراجها في الأصل (أو) ضمن تسعين ومات عن مثلها وكان ضمانه (عمن) مات و (خلف ثلثها) وهو ثلاثون، فإن شاء الغريم (أخذ من ورثته) أي الضامن (خمسة وأربعين وتناصفوا) أي ورثة الضامن والغريم (تركة الأصيل) فيرجع الورثة عليها بخمسة عشر والباقي للغريم لأن لورثة الضامن خمسة وأربعين ديناً على الأصيل ومثلها للغريم فتناصفوا تركته.

والحاصل للورثة خمسة عشر ومعهم خمسة وأربعون وذلك مثلاً ما فات عليهم (وإن) شاء (أخذ تركة الأصيل) ابتداءً و (أخذ) معها (ثلث تركة الضامن) ولا دور والقدر الذي يأخذه هنا هو الذي أخذه مع الدور في التي قبلها.

وهنا فوائد مهمة في الأصل منها مسألة بيع الدالين مسلماً فراجعها فإنها مهمة لكثرة الابتلاء بها.

[باب في الشركة]

بكسر فسكون وبفتح فكسر أو سكون وجمعها بكسر ففتح بلا هاء. وهي لغة الاختلاط شيوعا أو مجاورة وشرعا ثبوت حق أو عقد يقتضي ثبوته في شيء لأكثر من واحد على جهة الشيوع قهراً كالإرث أو اختياراً كالشراء، وهذا حيث قصد به ابتغاء الربح بلا عوض هو مقصود الباب.

[وأنواعها أربعة: شركة الأبدان] بأن يجعلها كسبهما ببدنهما بينهما مع تساوي واتفاق حرفة أو ضدهما.

والمفاوضة بفتح الواو بأن يجعلها كسبهما وربحهما ببدن أو مال وغرمهما بينهما. والوجوه بأن يتفق وجيهان على أن يشتريا في ذمتها بمؤجل أو حال وربح بينهما، أو وجيه وخامل على أن يشتري الوجيه في ذمته ويبيع الخامل، أو على أن يعطى الخامل المال ويعمل فيه الوجيه والربح بينهما وكلها باطلة لكثرة الغرر فيها، نعم إن نوي بالمفاوضة وفيها مال شركة العنان صحت ثم ما يشتريه أحدهما في تصوير الأخيرة الأول، والثاني يختص به ربحا وخسراً، نعم إن أذن له في الشراء فاشتراه لهما شاركه فيه، والثالث ليس شركة في الحقيقة بل قراض فاسد.

[باب الشركة]

وشركة العنان بكسر العين وقيل بفتحها وهي الصحيحة من عن الشيء ظهر فهي أظهر الأنواع، أو من عنان الدابة لاستواء الشريكين فيها في نحو الولاية والربح والسلامة من الغرر كاستواء طرفي العنان.

[وأركانها ثلاثة] وسيأتي لها ركن رابع. العاقدان: وشرطهما صحة تصرفهما، وحينئذ (إنما تصح شركة أهل توكيل وتوكّل) لأن كلا موكل بالنسبة لماله ووكيل بالنسبة لمال غيره إذ الغرض أن كلا أذن للآخر في التصرف وإلا اشترط في الأذن أهلية توكيل فقط فيصح كونه أعمى، والأوجه خلافا لابن الرفعة صحتها من الولي في مال محجوره كالقراض بل أولى، نعم يلزمه أن لا يشارك إلا عدلا يجوز إيداع مال المحجور عنده أي إن كان الشريك هو المتصرف، ويكره مشاركة كافر ومن بماله شبهة أو لا يحترز من الحرام وإن قل فيما يظهر لأنه هنا يسري إلى جميع ماله، بخلاف معاملته بغير شركة فاختصت كراهتها بمن أكثر ماله حرام.

الثاني: المال المعقود عليه، ويشترط كونه مثليا ومنه النقد ولو مغشوشا إن استمر في البلد وواجه فلا تصح في متقوم غير ما يأتي إذ لا يتحقق فيه عدم التمييز بل (في) مثلي (مشترك) أي مختلط بحيث (لا يميز) كل عن الآخر وإن لم تتساو أجزاؤه في القيمة ليتحقق معنى الشركة، أما إذا أمكن تمييزها وإن عسر كبر أحمر بأبيض فلا يصح، ولا يكفي الخلط بعد العقد ولو في مجلسه أو كونه مشاعا ولو متقوما لأنه أبلغ من الخلط إذ ما من جزء إلا وهو مشترك، وذلك كأن ورثاه أو اشترياه أو باع أحدهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر أو كل بعض عرضه لصاحبه بثمن في ذمته ويتقابضان في الصورتين ليستقر الملك، وإنما يعتد بالإذن فيما اشترياه بعد قبضه، ولا يشترط تساوي المالكين ولا العلم بقدرهما حال العقد بل تصح الشركة (وإن تفاضل) المالكين كالف وخمسائة والربح بنسبتهما (أو جهل) المال المشترك أي قدر نصيب كل منهما فيه وقت العقد (لا وقت قسمة) الربح مثلا بأن يمكن معرفته بعد بنحو مراجعة حساب أو وكيل، فإن جهلا القدر

(قوله إنما تصح شركة أهل توكيل إلخ) قد يقال فيه دور لأنه أخذ المشترك قيّداً في الشركة، والمراد في كل الشرعي فالجهة متحدة. ويجاب بمنع الاتحاد بل المشترك قد يكون شرعياً وقد لا، والذي ذكره من الثاني لأنه أحد قسمي اللغوية وهو في نفسه غير شرعي بل لا بد أن ينضم إلى عدم التمييز

دون النسبة بأن وضع أحدهما دراهمه بكفة الميزان والآخر مثلها مقابلها صح جزماً ويصح تصرفهما قبل المعرفة، أما إذا جهل وقت القسمة بأن تعذرت معرفته من سائر الوجوه فلا تصح الشركة فيه .

الثالث : الصيغة وشرط فيها لفظ صريح أو كناية ومثله كتابة أو إشارة أخرس تشعر بالإذن لمن يتصرف من كل منهما أو من أحدهما فحينئذ إنما تصح الشركة (بإذن) كل منهما أو أحدهما للآخر في (التصرف) أو الاتجار خلافاً لمن فرق بينهما ليحصل له التسلسل، ويكتفي في الإذن من كل للآخر بنحو اشتراكنا على أن يتصرف كل منا في مال صاحبه (لا مجرد) قولهما (اشتركتنا) فإنه لا يكتفي به فلا يتصرف كل إلا في نصيبه لاحتماله الإخبار ومن ثم لو نويأ به الإذن في التصرف كفى على الأوجه .

[تنبيه] قضية ما تقرر أنهما لو خلطاً ووجدت الشروط إلا الصيغة فإنه لا يصح عقد الشركة، وظاهر أن المراد ما إذا زال الاختلاط مثلاً قبل وجودها، أما لو دام الاختلاط ثم وجدت الصيغة نحو أذنت في التصرف ولو بعد مدة طويلة فإنه يصح، ولا يقال يلزم عليه وقف الصحة لأنه قبلها لم يوجد عقد بالكلية حتى يقال وقفت صحة العقد فتأمله، وشرط منع تصرف أحدهما في نصيبه مبطل لها للحجر عليه في ملكه، ولو قال أحدهما للآخر اتجر أو تصرف اتجر في الجميع فيما شاء وإن لم يقل له فيما شئت كالقراض، ولا يتصرف القائل إلا في نصيبه ما لم يأذن له الآخر ولا يتعدى ما عين له من نوع أو جنس وإن ندر وجوده لأنه توكيل بخلاف القراض (وكل) من الشريكين أو الشركاء (وكيل) عن الآخر في التصرف فلا يسافر بالمال ولا يستفيد بالإذن في السفر ركوب البحر ولا يدفعه لمن يعمل فيه متبرعا، ولا يبيع نسيئة ولا بنقد غير نقد البلد إلا إن راج كما يجوز له البيع بالعرض ولا يتصرف بغير فاحش إلا بإذن، نعم يصح في نصيبه إن تصرف في عين المال وإلا اختص الشراء به ويضمن حصة شريكه بالسفر والدفع للمتبرع لا بالبيع نسيئة وما بعده إلا إن سلمه، نعم إن اشتركا بمغارة سافر به لمقصده ولو بلا إذن للقرينة بل يلزمه إن وقع نحو حريق أو جلاء لنحو قحط كالوديع .

فيه كونه مثلياً وكونه من أهل التبرع، وحينئذ كأنه قال إنما تصح الشركة الشرعية أحد أجزاء الشركة اللغوية إن انضم لذلك كون ذلك الجزء مثلياً وكونه لا يتميز وكون عقده من أهل التبرع إلخ .

وبهذا يعلم صحة ما زاده بعضهم من أن لها ركناً رابعاً وهو العمل وأن شرطه المصلحة لا عدم الضرر كما في المنهاج لإيهامه جواز البيع بثمن المثل مع وجود راغب بأزيد، وإنه لو رغب بزيادة في زمن الخيار لا يجب البيع له، وليس كذلك بل يأتي هنا ما مر في عدل الرهن، ولا اشتراط الغبطة كما في المحرر لإيهامه أنه إنما يتصرف فيما فيه ربح عاجل له بال وليس كذلك، وتنفسخ بما يفسخ الوكالة كموت وجنون وكذا إغماء إلا إذا لم يسقط به فرض الصلاة لحفته كما في البحر، وأقره ابن الرفعة وغيره، وطرواً حجر سفة أو فلس، قال الإسنوي: أو استرقاق أو رهن (و) كل منهما (ربحه وخسره) في مال الشركة (بحصة قيمة ماله) أي وقت الخلط كما يفهمه قولهم فلو خلط قفيزاً بمائة بقفيز بخمسين فهي أثلاث ويقوم غير نقد البلد به (فإن شرط تفاوت) في الربح أو الخسر لا على نسبة قيمة المالكين ولولا كثرهما عملاً (فسدت) الشركة لمخالفة ذلك لوضعها ومع ذلك التصرف صحيح للإذن ويقسم الربح على قدر المالكين، وإذا فسدت بذلك أو غيره (فلكل) منهما حيث لم يعلم بالفساد وأنه لا أجره له نظير ما يأتي في القراض (أجر عمله للآخر) في ماله لبقاء الإذن في التصرف، فإذا كان لأحدهما ألفان وللآخر ألف وأجرة عمل كل مائة فثلثا عمل الأول في ماله وثلثه على الثاني وعمل الثاني بالعكس فالأول عليه ثلث المائة وله على الأول ثلثاها فيقع التقاص بثلثها ويرجع على الأول بثلثها (لا في) عمل (زائد) حال كونه (بلا طمع) من عامله في مقابل كأن شرطت الزيادة لأحدهما إن زاد عمله فزاد عمل الآخر فإنه لا يرجع بشيء لتبرعه بالزائد (وصدق) أحدهما بيمينه (في) دعوى (اشترأ لنفسه)

(قوله إلا إذا لم يسقط به فرض الصلاة لحفته كما في البحر) عبارة غيره عن البحر بسيره الذي لا يسقط فيه فرض صلاة واحدة لمرور وقتها أي وهو فيه أي مغمى عليه لا يضر وعبارة شرحي للمنهاج الخفيف بأن لم يستغرق وقت فرض صلاة لا يؤثر وهي موضحة للأولتين إذ المراد ما دلت عليه وهو أنا نعتبر أقصر أوقات فرض وهو المغرب إذ أقل حصصه سبع عشرة درجة فمتى مضت عليه وهو في الإغماء انعزل ومتى أفاق قبل مضيتها لم ينعزل لأنه يصدق عليه في الأولى أنه مر عليه وقت صلاة دون الثانية، وعبارة بعض المتأخرين: وذكر الماوردي والرويانى أنه إن كان الإغماء يسيراً لم يسقط به فرض عبادة لم يضر وإن كثر حتى أسقط فرض صلاة واحدة لمرور وقتها بطلت الشركة. وفي لطيف ابن خيران: إذا غلب إغماء الوكيل على عقله انفسخت بخلاف العكس.

واختار السبكي وغيره تبعاً للإمام وغيره أنه لا عزل به مطلقاً وإن طالت مدته لأنه مرض والغالب أنه لا يطول وإنما فصلوا فيه في النكاح بين القصير والطويل لأن الضرر هناك أقوى، ويؤيده هنا ما

أو محجوره أو موكل له آخر كما هو ظاهر لا للشركة وإن ظهر ربح كثير لأنه أعرف بقصده وفي أن ما بيده له لا للشركة عملاً باليد (و) في دعوى (خسر) فيما اشتراه للشركة لأن يده أمانة، ومن ثم كان كوديع فيما يأتي فيه من نحو دعوى رد وخيانة، وما مرفيه في الزكاة من دعوى تلف (لا) في دعوى قسمة للمال المشترك، وأن ما بيده ملكه بها مع قول الآخر هو باق على شركته فلا يصدق مدعي القسمة لأن الأصل عدمه ولكل فسخها لجوازها من الجانبين (وبفسخ أحدهما) لها (انعزلاً) أي كل منهما عن التصرف في مال الآخر لارتفاع العقد (و) إن عزل أحدهما صاحبه كأن قال عزلتك عن التصرف أو لا تتصرف في نصيبي لم ينعزل (بعزله) العازل بل (المعزول) فقط لوجود مقتضى عزله وحده (ولبائع مال ببعض ربح) كما لو أمر آخر ببيع ماله وشرط له جزاء من الربح، ومنه ما مر في نوعي شركة الوجوه الأخيرين وكذا الأول في بعض تقاديره (أجر مثل) في مقابلة بيعه ولا شيء له من الربح لفساد الشرط بجهالة الجعل.

أشار إليه الأصحاب من أنه لا يولى عليه كالنوم.

وفهم ابن الرفعة من كلام الغزالي أن المراد بكلامهم غير ذلك وهو أنه إذا لم تطل مدته بحيث لا يولى عليه لم ينعزل وإلا انعزل. وقال ابن سريج: إن تطاول زمنه انعزل وإلا فلا أي كالنكاح، وحد الطول بالعرف والعادة في اختلال أسبابه بسببه اختلال ظاهراً فإذا كانت الغشوة التي تعتريه ثم تفارقه ثم تعود إليه لا تكون سبباً لاختلال أموره واضطراب أسبابه فليس يعزل.

وقال الفارقي: الإغماء المؤثر ما أبطل الصوم دون ما لا يبطله، ومر أوائل الحجر بيان المعتمد في كونه يولى عليه أو لا. وبسط ذلك أن المتولي قال البالغ الذي له أدنى تمييز ولم يكمل عقله كالصبي المميز، واعترضه السبكي وغيره بأنه إن كان زائل العقل التحق بالمجنون وإلا كلف وصح حينئذ تصرفه.

ومن ثم قال الدميري المختار خلاف ما قاله المتولي، وصرح الغزالي بأنه ليس ممن يولى عليه وهو الحق اهـ.

وقد يقال: يردده قول القاضي عن القفال إن الإغماء يزيل العقل ولهذا منع قضاء الصلاة، وينقل الولاية للأبعد على وجه كالمجنون.

فإن قلت: لو زال العقل لنصب له قيم على ماله.

قال: إن رأى الإمام ذلك فعل اهـ.

وجزم في الأنوار بأن المغمى عليه بالمرض والمجنون أي وهو من استرخت أعضاؤه ونقص عقله كالمجنون.

[باب في الوكالة]

وهي بفتح الواو وكسرهما لغة التفويض والحفظ . وشرعا تفويض شخص أمره إلى آخر في عمل مخصوص على وجه مخصوص في حال الحياة كما يعلم ما يأتي والحاجة داعية إليها فهي جائزة .

وقال جمع مندوبة لخبر «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» وبه يعلم أن المندوب قبولها وكذا إيجابها لتوقف القبول عليه ما لم يرد الموكل غرض نفسه .

[وأركانها أربعة : ما يجوز التوكيل فيه] وشروطه ثلاثة :

الأول : ملك الموكل ، والثاني : قبول النيابة ، وحينئذ (صحة وكالة) إنما تكون (في قابل نيابة) وهو ما لا مباشرة له مقصود بعينه فقابل نيابة علم على هذا فلا دور ، والجواب بغير ذلك فاسد كما في الأصل وذلك لأنها إنابة فلا بد أن تكون فيما يقبلها (من عقد) كبيع وغيره (وفسخ) بنحو عيب أو إقالة أو تحالف ما لا تعلق له بالشهوة وإلا كفسخ نكاح زائدة على أربع اشترط تعيينها ، ومثله التوكيل في تعيين طلاق أو عتق أبهم (متراخ) أصالة أو لعروض عذر لا يعد التأخير بالتوكيل فيه تقصيرا (وقبض حق) عين أو دين كتوكيل أصناف الزكاة المحصورين في قبضها لهم وإقباض له كذلك ، نعم العين التي يقدر على ردها بنفسه لا يجوز له التوكيل فيه إذ ليس له دفعها لغير مالكها فإن فعله ضمنها إلا أن تصل ليد مالكها .

وقضية كلام ابن الجوزي استثناء وكيل أي أمين من عياله للعرف وله فيما يظهر الاستعانة بمن يحملها لكن إن كان معه (و) قبض (عقاب) من حدود وغيرها كسائر الحقوق بل يتعين في قود قطع طرف ، وحد قذف كما يأتي (ويقتص) بالوكالة (لغائب) وإن احتمل رجوعه كما يقتص في غيبة الشهود وإن احتمل رجوعهم (و) تصح الوكالة بجعل وغيره (في تملك مباح) كإحياء واحتطاب فيملكه الموكل إن قصده الوكيل وإلا فلا ولهذا التفصيل أعاد في ، وإن أوهم أن هذا غير قابل للنيابة لأنه غير قابلها عند عدم قصد الغير .

وخرج بتملك المباح الالتقاط (و) في (خصومة) من مدع أو مدعى عليه وإن لم

[باب في الوكالة]

يرض الخصم في مال أو عقوبة لآدمي، وفي رجعة وتنجيز طلاق وعبادة تقبل النيابة كنسك وتوابعه، وإزالة خبث وغسل أعضاء طهارة ومسحها بالتراب وإن قدر، وصوم عن ميت وصدقة وتفريق نحو زكاة وذبح نحو أضحية وتجهيز ميت .

وخرج بقابل النيابة أكثر العبادات وملازمة مجلس الربوي بل ينفسخ العقد بمفارقة الموكل كما مر، وكما لا يصح التوكيل فيما ذكر (لا) يصح في (إثبات حد) أو تعزيز (لله تعالى) لبنائه على الدرء (إلا) حال كونه (ضمنا) أي تبعا بأن يقذف آخر فيطالبه بحد القذف فله أن يدرأه عن نفسه بإثبات زناه ولو بالوكالة فإذا ثبت حد فإثباته تبع لأن القصد بالذات درء حد القذف (ولا في معاص) كقتل لأن حكمها يختص بمرتكبها، نعم ما له جهتان كبيع حاضر لباد يصح التوكيل فيه لعروض الإثم له (و) لا في (إقرار) كوكلتك لتقر عني لفلان بكذا فيقول أقررت عنه بكذا أو جعلته مقرا لأنه إخبار كالشهادة، نعم التوكيل في الإقرار بمعين أو مبهم لا في مطلقه لاحتمال إرادة الإقرار بغير مال أو اختصاص كعلم أو شجاعة إقرار (و) من ثم (يصير به) الموكل (مقرا) خلافا للحاوي لإشعاره بثبوت الحق عليه إذ هو إخبار وبه فارق التوكيل في الإبراء، ولو قال أقر عني لفلان بألف له عليّ كان إقراراً قطعاً أو أقر له عليّ بألف فلغو قطعاً (ولا) في (شهادة) لإناطتها بعلم الشاهد وهو غير حاصل للتوكيل وهذا غير الشهادة على الشهادة (و) لا في (يمين كلعان وإيلاء وظهار) كأنت على موكلي كظهر أمه وجعلت موكلي مظاهرا منك لأن اليمين كالعبادات لتعلق حكمها بتعظيمه تعالى وما بعدها يشبهها (و) لا في (نذر وتعليق) لطلاق أو عتق ومنه التدبير وكذا غيرهما كالوصية كما شمله كلامهم خلافا لمن خصمه بالأولين ولو بقطعي على الأوجه ويتجه أن لا يصير بتوكيله معلقا لما مر في الإبراء. الثالث: العلم بما يوكل فيه بوجه، فلا يجوز التوكيل إلا في (معلوم) للتوكيل من كل وجه بل (علما يقل به غرر) للتوكيل في الموكل فيه بأن يذكر من أوصافه ما لا بد منه في تمييزه (كنوع) كتركي أو هندي ولا يكفي وحده بل لا بد أن يكون ذكره (بصنف) أي مع صنف (احتياج) إلى علمه بأن اختلف أصناف ذلك النوع اختلافا ظاهرا كتركي رومي أو أسود نوبي. وقد يغني عن النوع كالنوبي عن الأسود ولا يغني ذكر الثمن عن ذكر الصنف خلافا للحاوي كالوجيز لاختلاف الغرض باختلاف الصنف مع تساوي الثمن، ولا يشترط ذكره لأن تعلق الغرض بعبد أو أمة من ذلك

الصنف خسيس أو نفيس^(١) غير بعيد ومع ذكر ذكورة أو أنوثة، ولا يشترط استقصاء أوصاف السلم ولا ما يقرب منها، وأطلق القاضي اشتراط صفات يختلف بها الثمن هذا كله (لاشراء) أي لأجل اشتراء (عبد) مثلاً وكله فيه (لغير تجارة) ولا يكفي اشتري عبداً كما تشاء، ويبين في شراء الدار الحارة والسكة أي الرفاق والحانوت والسوق، وقس عليه.

أما إذا كان الموكل فيه للتجارة فلا يشترط فيه ذكر شيء من ذلك بل يكفي اشتر ما شئت من العروض كالقراض ولو وكله في تزويج امرأة اشترط تعيينها على المعتمد لأن اختلاف الأغراض هنا أتم منه في شراء العبد، نعم يصح تزوج لي من شئت بخلاف اشترلي من شئت.

ويفرق أخذاً من كلام السبكي بأن الشراء لا مخصص له عرفاً فلم يفد العموم فيه شيئاً بخلاف الزوج فإنه يتقيد بمن تكافئه أي تليق به عرفاً فصار العموم فيه مخصوصاً وبخصوصه ينتفي الإبهام عنه، وقولهم الكفاءة إنما تعبر من جهة الزوجة محلها في الكفاءة المشترطة لصحة العقد أما مطلق التكافؤ فيعتبر في المرأة، ويؤيد ذلك قولهم لا يجوز لولي السفية أن يزوجه من لا تليق به كشريفة يستغرق مهر مثلها ماله (وك) قوله لو كي له في البيع بع (بما باع به فلان) فرسه مثلاً فعلمه الوكيل حال العقد وإن جهله حال الوكالة لقلة الغرر حينئذ وإن جهل الموكل قدره (و) كما إذا وكله (فيما له من خصومة وتطبيق وبيع وعتق) واستيفاء ديون واسترداد ما فات وإن لم يعين ما يتعلق بهذه المذكورات لقلة الغرر فيه، بخلاف بع هذا أو ذاك وفارق أحد عبيدي بأن الأحد صادق على كل والإبهام في أو

(قوله بل يكفي اشتر ما شئت من العروض كالقراض) ظاهره أنه لو غلب في محل التجارة التي يريدتها الموكل الربح في شيء دون غيره أنه يتخير وفيه نظر بل يتعين أن يشترى الأحظ لأنه يلزمه التصرف به، ولا يحتاج لذكر الموكل له اغتناء عنه بهذا الإلزام الشرعي.

(قوله وتطبيق وبيع وعتق) من المعلوم أنه يقتصر الأول فيمن له نساء وقال له وكلتك في الطلاق على طلقة من إحدى نساءه مبهمة ويعينها الموكل، وفيمن له امرأة فقط أن يقتصر على طلقة واحدة منها، وفيمن له عبيد يعتق مبهماً ويعينه الموكل ولا^(١).

(١) (قوله خسيس أو نفيس) أي أن ما يختلف به الثمن من كونه خسيساً أو نفيساً قد لا يعتبره الموكل فلذلك سقط اشتراط ذكر الثمن اهـ.

أخرج العقد عن أن يجد موردا يتأثر به وبخلاف بع بعض مالي، نعم يصح بع أو هب منه ما شئت أو من عبدي من شئت أو طلق من نسائي من شئت لأن ما هنا معرفة عامة مخصوصة فلا إبهام فيها بخلاف البعض، لكن لا يأتي بالجميع عملا بقضية من وإنما لم يعمل بها في طلق من نسائي من شئت لأنه أسند المشيئة إلى كل منهن وهي متعددة متغايرة فكأنه قال: أي امرأة شاءته طلقها وتم أسندها إليه وهي واحدة فلم يكن ظاهرا في الاستيعاب فعمل بقضية من احتياطا.

ويفرق بين صحة بع من عبدي من شئت دون اشترلي من عبيد زيد من شئت فإنه لا يصح كما يصرح به كلامهم بأن الأغراض تتفاوت عند الشراء أكثر منها عند البيع (لا) إذا وكله (في كل قليل وكثير) أو في كل أموره أو يتصرف في أموره كيف شاء فلا يصح لكثرة الغرر فيه مع عدم الحاجة إلى احتمالها، نعم قياس ما يأتي صحة هذا تبعا لمعين وكون التابع ثم معينا بخلافه هنا إنما هو في بعضها لا في كلها فتأملها (و) نحو (علم موكل إبراء) بقدر المبرأ منه حالة الإبراء فإنه يكفي وإن جهل الوكيل وكذا المديون كما مر لأنه لا فائدة في علمهما به إذ لا عهدة فيه، نعم لو قال أبرئه عن شيء من ديني أو عما شئت منه صح وأبرأ في الأولى عن أقل شيء منه وأبقى له في الثانية شيئا (و) علم (وكيل عقد) كبيع وشراء (بشمن المثل) وسائر شروطه وإن جهل الموكل لأن العهدة تتعلق بالوكيل فاشتراط علمه فقط، وبه فارق ما ذكر في الإبراء.

الركن الثاني: الموكل وشروطه صحة مباشرته ما وكل فيه بملك أو ولاية فلا يصح التوكيل إلا (من متمكن منه) أي من مباشرته التصرف القابل للنيابة (مطلقاً) فلا يصح توكيل غير مكلف في تصرف إلا السكران المتعدي فيصح توكيله ومكاتب في تبرع بلا إذن سيده وسفيه فيما لا يستقل به ولو بإذن وليه، وفاسق في إنكاح بنته وامرأة أو محرم في نكاح أو إنكاح في غير ما يأتي ولو أذنت لوليها بصيغة التوكيل صح (و) يستثنى من عكس اعتبار صحة مباشرة الموكل ما وكل فيه صور: منها الأعمى بالنسبة لعقد شرطه الرؤية فيصح (من أعمى) التوكيل (في نحو بيع وشراء) وإجارة وهبة وإن لم تصح مباشرته للضرورة.

ومنها توكيل محرم حلالا في النكاح بعد التحلل وتوكيل حلال محرما في التوكيل

فيه، ومستحق قود طرف أو حد قذف باستيفائه، ومشتري بإذن بائع وراهن بإذن مرتهن من يقبض الثمن أو المرهون منه مع امتناع قبضه من نفسه، وامرأة في أن توكل رجلاً لا عنها في إنكاح موليته، وكذا إمام فاسق فإنه لا يزوج ولا يقضي كما لا يشهد ولكنه ينصب القضاة ليزوجوا قاله القاضي وصحة السبكي ويرده ما يأتي أنه يزوج بناته وبنات غيره مع فسقه، واستثناء أكثر هذه وما يأتي إنما هو في بادئ الرأي كما يعلم بالتأمل ومن طرده غير المجرى إذا نهته الأذنة له عن التوكيل فيه، والظافر لا يوكل بنحو كسر باب والمسلم لا يوكل كافراً في استيفاء قود من مسلم والوكيل لا يوكل فيما يقدر عليه والسفيه أو العبد المأذون له في النكاح لا يوكل فيه، وعن هذه الصور احترز بقوله مطلقاً فإن كلا وإن تمكن لكن على الإطلاق.

وإذا تقرر أن للمتمكن من التصرف الاستبانة بالتوكيل (فيستنيب ولي ملك إنكاحاً) لإجباره أو الإذن له من يزوج موليته إذا شاء بخلاف ما إذا لم يملكه كغير مجبر قبل إذنها له فيه أو بعده وقد نهته عنه فلا يصح توكيله، ويستنيب ولي أب وجد في التزويج والمال ووصي وقيم في المال بقيده الآتي آخر الوصايا على كلام فيه في الأصل عن نفسه وموليه معا أو عن أحدهما وفائدة إنابته عن المولي عدم انعزاله بكماله (لا قاض ووكيل) فلا يستنيبان (فيما تولياه) لأن مستنيبهما أعني الإمام والموكل لم يرض بغيرهما (إلا بإذن) منه لهما في الاستنابة (أو قرينة) تدل على الإذن (ك) الاستنابة في (قدر المعجوز عنه) فيما إذا ولي قضاء قطر لا يمكنه أن يقوم بالقضاء فيه لسعته فإنها جائزة، وفيما يتعسر على الوكيل الإتيان لكثرتة أو ترفعه عنه أو لكونه لا يحسنه فإنها جائزة فيه فقط إذ تفويض مثل ذلك إليه إنما يقصد منه الاستنابة وقضيته أنه لا بد من علم الموكل بحاله وإلا لم تجز الاستنابة وهو كذلك، ومن ثم لو طرأ له العجز بعد التوكيل امتنعت أيضاً.

وقضية كلام ابن الجوزي صحة توكيل بعض عياله ولو فيما قدر عليه ولاق به وفيه وقفة وهو ونائبه وكيلان للمالك الإذن مستقلاً ما لم يقل وكل عن نفسك فينعزل الثاني بعزل

(قوله ومن ثم لو طرأ له العجز إلخ) مثله طرأ إحسان الفعل فليس لمن وكله المالك فيما لا يحسنه مع علمه به أنه لا يتعاطاه بنفسه لو أحسنه بعد ذلك لأن القرينة حالة العقد دلت على أنه لا يتعاطاه بنفسه، فالعبرة بما دلت القرينة عليه حالة العقد وإن طرأ ما يخالفها.
(قوله وهو ونائبه وكيلان للمالك الإذن) فيه إجمال والمراد الإذن نصاً أو للقرينة.

الأول وانعزاله، ويلزمه أن لا يوكل إلا أميناً ما لم يعين له غيره مع علم الموكل بحاله أو يقل له وكل من شئت على الأوجه كما لو قالت لوليها زوجني من شئت فله تزويجها من غير الكفء أيضاً، والفرق بينهما خيال لا يعول عليه، وقوله له افعَل فيه ما شئت أو كل ما تفعله فيه جائز ليس إذناً في التوكيل كالهبة لاحتماله (وبطلت وكالة) ببيع أو عتق أو غيرهما (فيما سيملكه) كتزويج من ستنقضي عدتها وطلاق من سينكحها لتعذر مباشرته له حال التوكيل، نعم لو جعله تبعاً لما يملكه كتوكيله ببيع عبده وما سيملكه صح كما لو وكله ببيعه وأن يبتاع بثمنه كذا، وقياسه صحة توكيله بطلاق من سينكحها تبعاً لمنكوحته، ويؤيده نقل ابن الصلاح صحة التوكيل ببيع ثمرة شجرة قبل إثمارها أي لأنه مالك لأصلها، وقياس ذلك كله أنه لو قال وكلتك في بيع كذا وكل مسلم صح، وهو متجه إذ لا فارق بينهما يعتد به، ومن ثم كان على ذلك عمل القضاة وغيرهم واعتمده شيخنا في شرح المنهج لكنه لم يستنبطه ما ذكرته وما تقرر في النكاح هو ما في أصل الروضة هنا وهو المعتمد وفارق صحة إذنها لوليها أن يزوجه إذا فارقها زوجها بأنه ليس توكيلاً بل هو أقوى منه فلم يتأثر بعدم ملك المأذون فيه ومع القول بفساد التوكيل ينعقد النكاح لعموم الإذن.

الركن الثالث: الوكيل، وشرطه صحة مباشرته ما وكل فيه كالموكل، ومن ثم لم يصح التوكيل إلا (لتمكن من) مباشرة (مثله) أي التصرف القابل للنيابة الذي وكل فيه (في الجملة لنفسه) بأن يكون صحيح العبارة في ذلك التصرف، فخرج غير المكلف مطلقاً إلا السكران المتعدي فيصح توكيله والمرأة في النكاح والمحرم فيه ليعقده في إحرامه لأنه إذا لم يتمكن من التصرف لنفسه فغيره أولى، وينفذ بيع فاسق مال محجور وكله وليه فيه وإن امتنع عليه توكيله والتممكن (كفاسق وعبد) يعني من فيه رق (وسفيه) محجور عليه ولو

وحاصل ذلك أن الوكيل حيث جاز له التوكيل بإذن الموكل له فيه أو قرينة عليه فوكيله وكيل عن المالك ما لم يقل وكل عن نفسك، وحينئذ ففي مسألة القرينة إنما يوكل عن الموكل فإن وكل عن نفسه لم يصح أو أطلق صح ووقع عن الموكل، وإذا وكل بالقرينة فهل يتعين عليه توكيل من يحسن أو يقدر لتراخي مرتبته عن مرتبة المالك فلم يتصرف بما فيه إبهام أو لا فيوكل أحدهما؟ كل محتمل، والأول قريب إذ سكوت المالك إنما اكتفى بالقرينة فيه لأنه يملك الإذن مطلقاً، وأما الوكيل فلا يملك فيما لا يحسنه أو يقدر عليه إلا لمن يحسنه أو يقدر عليه وأما ما عدا ذلك فالقرينة لا تدل عليه، نعم إن دلت حال الموكل على أن يكون لوجبه دخل في هذا العقد لا طراد بأنه متى كان له دخل في شيء فقط لم يبعد أن يقال هنا إن له توكيل وجيه ليوكل وفيه ما فيه.

بلا إذن من السيد والولي بالنسبة إلى توكيل أحدهم (في قبول نكاح) لتمكنهم منه لكن في الجملة بالنسبة للأخيرين لصحته لهما بالإذن، أما إيجابه فلا يصح توكل واحد منهم فيه لعدم تمكنهم منه مطلقا إلا المكاتب في الأمة على الأوجه لأنه يزوج أمته، ويصح توكيل قن في الشراء من سيده ولو نفسه وسفيه ومفلس وقن في تصرف لا يستقل به لكن بإذن ولي وغرماء وسيد، ويشترط تعيين الوكيل فلا يكفي وكلت أحد كما ولا من أراد بيع داري إلا تبعا كما قدمته (و) نحو (محرم) فيصح توكيله حال إحرامه إن أمره الولي بالعقد بعد التحلل أو أطلق (لا) إن تعرض (لعقده فيه) أي في الإحرام المفهوم من محرم، ونحو كافر لنكاح كتابية وطلاق مسلمة وامرأة في طلاق غيرها لا في رجعة أو اختيار لنكاح أو فراق وإن عين لها المختارة، ومرصحة توكيل مميز في إذن في دخول وإيصال هدية وطلب ذي وليمة (و) من ثم (صدق) صبي (مميز) اقترن بإخباره ما يفيد ظن صدقه من قرينة أو أمن قوله بأن لم يعرف بكذب ولم تقم قرينة على كذبه، ومثله في ذلك فاسق وكافر (في) إخباره للمهدي إليه عن إهداء (هدية) أرسلها المهدي إليه فيملكها بالقبض ويتصرف فيها بما شاء (و) في (إذن) من رب المنزل (في دخول) له في طلب مولم له فيجوز الدخول وتجب الإجابة، وللمميز توكيل غيره بشرطه السابق في أحد هذه فجاز كونه وكيلا وموكلا فهو باعتبار الأول مستثنى من عكس اعتبار صحة مباشرة الوكيل، ويضم له توكيل امرأة بطلاق وكافر بشراء مسلم وموسر بنكاح أمة، وهذه الصور ونحوها محترز قوله في الجملة إذ المراد به أن يتمكن من فعله لنفسه في جنس الموكل فيه أو نوعه أو عينه وإن توقف على شرط فيه.

الركن الرابع: الصيغة، فلا تصح الوكالة إلا (بإيجاب) وهو ما دل على إذن الموكل في التصرف من لفظ أو كتابة أو إشارة أحرص مفهمة كوكلتك أو أثبتك أو فوضت إليك أو بع أو طلق إذ لا يحصل الرضا إلا بذلك. وأفهم كلامه أنه لا يجب القبول لفظا لأنها إباحة ورفع حجر كإباحة الطعام فاشترط عدم الرد فقط، نعم الوكيل يجعل لا بد من قبوله لفظا إن كان الإيجاب بصيغة العقد لا الأمر. وصورته أن يكون الوكيل مضبوطا لأنها بالجعل إجارة، وكذا لو كان له عين معارة أو مؤجرة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له في قبضها فوكل من هي بيده في قبضها له لا بد من قبوله لفظا لتزول يده عنها به ولو تصرف من لم يعلم

(قوله وكذا لو كان له عين معارة أو مؤجرة إلخ) بالغ في اختصار هذه العبارة وعبارة شيخنا في شرحي البهجة والروض هنا، نعم لو كان لإنسان عين معارة أو مؤجرة أو مغصوبة فوهبها الآخر

صدور توكيل له صح كبيع مال مورثه يظن حياته ولا يصح تعليقها كإذا جاء كذا فقد وكلتك ولا يضر تعليق التصرف فقط كبعه لكن بعد شهر ولا تأقيتها كوكلتك شهرا

وأذن له في قبضها، ثم إن الموهوب له وكل في قبضها المستعير أو المستأجر أو الغاصب اشترط قبوله لفظاً، ولا يكتفي بالفعل وهو الإمساك لأنه استدامة لما سبق فلا دلالة فيه على الرضا بقبضه على الغير.

قال في شرح الروض: كما سيأتي في الهبة مع ما فيه، وقال عقبه في شرح البهجة: ذكره الرافعي في الهبة انتهى، والذي يأتي فيها مع ما فيه متناً وشرحاً قوله فإن وكل المتهب للعين المستعارة أو المغصوبة المستعير أو الغاصب لها في القبض عن نفسه وقبل الوكالة بأن لم يردّها صح. وإذا مضى مدة يتأتى فيها القبض. قال الشيخ أبو حامد وغيره ملكه وبرئاً أي المستعير والغاصب من الضمان، وقاعدتهم في القبض من عدم جواز اتحاد القابض والمقبض تخالفه. وأجاب ابن الرفعة بأنها لا تخالفه لأنها إنما تكون في قبض يتوقف على إقباض مقبض بأن يكون الحق في الذمة لا معيناً. قال الزركشي: وقضيته أنه لو وكل الواهب في قبضه من نفسه صح وجزم في الاستقصاء بالبطلان لاتحاد القابض والمقبض انتهى. والأوجه أن يقال ليس ذلك من القاعدة المذكورة لأن صورته أن يأذن الواهب للمتهب في القبض ممن ذكر، ويوكله المتهب في القبض لا أن يأذن الواهب لمن ذكر في الإقباض ويوكله المتهب في القبض. انتهت عبارة شيخنا في شرح الروض في باب الهبة، وأشار بقوله أولاً كما سيأتي في الهبة مع ما فيه إلى هذا الذي بسطه في الهبة، ومع ذلك في كلامه تناقض لم يجب عنه ببادئ الرأي.

وعند تأمله لا تناقض وحينئذ يحتاج ذلك إلى بسط.

حاصله أن نقول الكلام في مقامين: الأول: بيان قاعدة اتحاد القابض والمقبض.

اعلم أن هذه القاعدة ذكروها في مواضع كثيرة لا سيما مبحث قبض المبيع ومبحث قبض الرهن والكلام فيها ظاهر إلا ما ذكر عن ابن الرفعة إنما يكون في قبض يتوقف على إقباض مقبض بأن يكون الحق في الذمة لا معيناً، وهذا الذي ذكره مخالفاً فيه جزم الشيخين بأن هذا المثال من القاعدة رداً لكلام أبي حامد القائل بصحة القبض وما يترتب عليها من براءتهما مع الاتحاد عجيب وتقرير شيخنا له كالزركشي أعجب. كيف وقد صرحوا بما يردّه في مواضع منها قولهم لا يستنيب المرتهن الراهن في قبض الرهن لئلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض، فأجروا القاعدة هنا مع أن المقبوض معين لا في الذمة بل لا يتصور كونه أعني الرهن فيها وحينئذ فهذه الصورة في قبض يتوقف على إقباض مقبض لأن قبض الرهن كذلك إذ لا يجوز للمرتهن الاستبداد به ومع ذلك هو في معين لا ذمة، فقله بأن يكون الحق إلخ غير صحيح: فإن قيل: بأن بمعنى كان. قلنا: فيفسد جوابه من أصله لأنها حينئذ تفهم امتناع الاتحاد في الذي في الذمة وفي المعين وحينئذ يبطل جوابه من أصله لأن ما هنا في معين وفيه اتحاد القابض والمقبض على ما ذكر فأراد ابن الرفعة رد هذه الدعوى بأنه وإن كان فيه ذلك لا

(وفسد بتعليقها) لفسادها بفساده (لاب) سبب (تعليق التصرف) لصحتها معه (جعل) فيها لفساد العقد في الأول دون الثاني كما تقرر فيرجع لأجرة المثل لما عمله (لا تصرف) صدر من الوكيل مصادفاً للإذن لكونه وجد (وقته) أي الوقت الذي قيد به الموكل فلا يفسد، ويجوز له الإقدام عليه لوجود الإذن وكذا حيث فسدت الوكالة حتى في النكاح كما إذا انقضت عدة بنتي فقد وكلتك بتزويجها فزوج بعدها إلا أن يفسد الإذن كوكلتك من أراد بيع داري أو وكلتك بتزويجها ثم انقضت عدتها.

يضر لأن الامتناع إنما يكون فيما في الذمة لا في المعين كما في هذا المثال، وعبارة الرافي المشار إليها في الهبة لو وكل الموهوب له الغاصب أو المستعير أو المستأجر بقبض ما في يده من نفسه وقبل صح، وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض برئ الغاصب والمستعير من الضمان. قال الشيخ أبو حامد وغيره: وهذا يخالف الأصل المشهور أن الشخص لا يكون قابضاً مقبضاً انتهى.

وحاصل ما عليه الشيخان أن اتحاد القابض والمقبض ممتنع وأن هذا المثال الذي ذكره الشيخ أبو حامد وغيره منها فيما يتبادر الذهن إليه وليس في الحقيقة منها كما يأتي وأنه لا فرق فيها بين المعين وما في الذمة. ولك أن تجيب عن الشيخ أبي حامد بأن ظاهر كلامه أنه يرى جواز الاتحاد، وحينئذ يجب بهذا عن اعتراض الرافي عليه بأن يقال للرافي قولك ردأ على أبي حامد وهذا يخالف الأصل المشهور جوابه، نعم يخالفه لكن أبو حامد لا يقول به حتى يقال له ذلك بل رأيه جوازه مطلقاً أو في صور لمدرک يراه، ألا ترى أنه قائل بالاتحاد في غير ذلك كقوليه في لقيط لا مال له واحتجاج إلى الاستقراض. أشبه الوجهين عندي أن للقاضي أن يأذن للملتقط في الإنفاق عليه من مال نفسه ليرجع، ولا نظر إلى قول الوجه الآخر يمتنع عليه ذلك وإلا كان قابضاً للغير من نفسه ومقبضاً وذلك لما في الرد والأخذ شيئاً فشيئاً من المشقة، فلا يبعد أنه يجوز تولي الطرفين ويلحق بالأب في ذلك. قال: ومثل هذا سبق فيما إذا أنفق المالك عند هرب عامل المساقاة والمكثري عند هرب الجمال انتهى.

ويؤيد أن هذا من الاتحاد قولهم لو لزم لوصي مال لموليه لم يجز له أن يخلط بمال المولى ما لزمه له لاتحاد القابض والمقبض حينئذ بل يلزمه أن يرفع الأمر إلى القاضي ليقبض بنفسه أو نائبه منه البديل ثم يدفعه إليه ليخلطه حينئذ بمال المولى، فأبو حامد يفرق بين هذه ومسألته بأن مسألته فيها تكرار أخذ ودفع لأن الإنفاق متكرر وفي ذلك مشقة عظيمة فاقترضت جواز الاتحاد هنا دفعاً للمشقة ما أمكن، ومسألة الوصي ليس فيها ذلك فلا مسوغ للاتحاد فيها.

ويؤيد أبو حامد اغتفارهم الاتحاد في صور أخرى منها بيع عين لوديع أو مستعير فإنها حيث لا حبس تصير مقبوضة له بمضي زمن إمكان نحو التخلية على كلام فيه، وكأنهم إنما اكتفوا هنا بمضي الزمن، بخلاف المسألة المستثناة من الاكتفاء بقبول الوكالة لعدم الرد التي انجر الكلام إلى هذا كله بسببها

وقضيته عدم نفوذ التصرف في نحو وكلتك في كل شيء لفساد الإذن وهو متجه، وإنما صح إذنها لوليها وهي محرمة وإذنه في نكاح موليته وهو محرم إذا أطلقاً لأن مانع العدة لكونه متعلقاً بحق الله تعالى وحق الآدمي أقوى من مانع الإحرام فلم يقتض الإذن إلا عند ذكر المانع كالتزوج حال الإحرام، بخلاف مانع العدة فلذا أثر الإطلاق هنا لاحتماله المفسد

لأن البيع مقصود قوي فأخرج اليد عن العارية والوديعة فلم يحتج لشيء آخر بخلاف الوكالة فإنها وسيلة ضعيفة فلم يكتف بالسكوت فيها في رفع دوام اليد عما تأسست عليه من الأمانة أو العارية بل احتيج إلى القبول اللفظي لأن اللفظ لقوته يرفع الدوام لضعفه فتأمله فإن فيه فائدة أخرى واضحة وهي رد جواب ابن الرفعة عن الاتحاد فيما مر في كلام الرافعي بأنه إنما يكون في الذمة دون المعين.

ووجه رده تصريحهم في هذه بأن فيها اتحاداً مع أنها شراء عين مودعة أو مستعارة مثلاً فهي نظيرة العين المرهونة التي أصل الكلام فيها كالعين الموكلة فيها التي الكلام فيها أيضاً. ومما جوزوا فيه الاتحاد أيضاً ما لو خالغ زوجته على طعام في ذمتها وأذن لها في صرفه على ولده منها فإنها بالإئناق عليه تبرأ باتفاق الأصحاب ما عدا احتمالاً لابن الصباغ، ومسألة الظفر فإن الظافر يتولى البيع والقبض من نفسه لنفسه لكنه لضرورة وهذه فيها أيضاً اتحاد مع كونها عيناً، وما لو احتاج قيم يتيم إلى إئناق وسوغناه له من مال يتيم فهو يتولى قبضه من نفسه لنفسه ولا يلزمه رفع الأمر للقاضي لعين ما مر في مسألة اللقيط، وبهذا يتأيد قول أبي حامد في تلك بجواز الاتحاد لأن المشقة بالتكرار فيهما واحدة وما لو أذن المؤجر للمستأجر في العمارة لكن تحمل بعضهم تحلاً بعيداً فمنع أن فيها اتحاداً بأن هذا الإذن مستلزم لتوكيل المالك للعمال القابضين منه نيابة عن المالك ما يقابل عملهم أو الأب التي احتاجوها، وأقرب من هذا أن يقال هو منه وجاز للضرورة نظير بعض ما مر.

وها هنا مسألة تشتمل على أنظار رقيقة أحببت استيفاء الكلام عليها الآن انتهازاً للفرصة: وهي أن الإمام حكى أن والده حكى عن القفال أنه تردد جوابه فيما لو وكل رجلاً في استيفاء حق من زيد فوكله زيد بإيفائه فانتصب وكيلاً عن الموفى والمستوفى قال ولا يظهر للفساد هنا أثر لكن لو فرض الاستيفاء ثم تلف بعضه في يده فإن جعلناه وكيلاً في الاستيفاء فما يتلف في يد وكيل صاحب الدين يكون عليه وتبرأ ذمة من عليه الدين، وما يتلف في يد وكيل الموفى يكون من ضمان من عليه الدين، فإن كان وكيلاً من الجانبين وفرض التلف في يده فهو من ضمان من منهما؟ تردد فيه جواب القفال في ذلك. قال الإمام: والوجه أن يقال إن قصد القبض عن الوكيل بالاستيفاء فلا شك أن ما تلف في يده يكون من ضمان مستحق الحق وإن لم يقصد شيئاً فالمسألة محتملة مترددة من تقابل الأصلين، وإن قصد القبض عن العوض فليست المسألة خالية عن الاحتمال أيضاً انتهى.

والذي يتجه لي في ذلك (١).

(١) بياض بالأصل.

في مثله . وفائدة الصحة لزوم الجعل المسمى الصحيح وإلا فأجرة المثل كما في الإجارة الفاسدة، وإنما لم يجز للمشتري فاسدا التصرف مع تضمنه إذن البائع فيه لأن التصرف فيه يستدعي سبق ملك ولم يوجد وهنا يستدعي رضا المالك فقط وهو موجود وإن فسد العقد، وإذا قال وكلتك ومتى أو إذا أو مهما أو كلما عزلتك فأنت وكيلتي أو فقد وكلتك صحت حالا فإذا عزله لم يعد وكيلًا بالتعليق السابق لكنه ينفذ تصرفه لما مر (و) عند قصد التخلص من صحة تصرفه. وإن كانت الوكالة فاسدة (يدار عزل كما أديرت) الوكالة كمتى عدت وكيلتي فأنت معزول أو فقد عزلتك فحينئذ لا ينفذ تصرفه لتقاوم التوكيل والعزل واعتضاده بأصل الحجر في حق الغير (وكفى) في التخلص من ذلك (تكرير) للعزل كعزلتك عزلتك لأن تعليق الوكالة بما ذكر لا يقتضي عودها إلا مرة واحدة (لا في) صورة كلما عزلتك فأنت وكيلتي لتكرار الإذن بتكرار العزل لاقتضاء كلما التكرار فيوكل من يعزله إلا في نحو انعزلت فيتعين كلما عدت وكيلتي فأنت معزول، والمراد بالوكيل هنا المأذون له إذ العائد هو عموم الإذن لبطلان خصوص الوكالة بالتعليق، ومن ثم لو أراد خصوص الوكالة لم ينعزل إذا لم توجد الصفة المعلق عليها وهو كونه وكيلًا، وظاهر أنه يكفي كلما عدت إلخ وإن لم يقل قبله عزلتك، وعاد قد يستعمل بمعنى صار كإن عدنا في ملتكم، وليس في إدارة العزل تعليق عزل على الوكالة حتى يكون تعليقًا قبل الملك لأن العزل المعلق إنما يرفع ما تقدمه من الوكالة الدائرة الذي أوجده لفظها السابق على لفظ العزل لا ما تأخر عنه إذ لا يصح إبطال العقود قبل عقدها وإنما يلزم ذلك في مثل إذا وكلتك فأنت معزول ثم قال وكلتك وما هنا ليس كذلك.

وأحكام الوكالة أربعة: الأول موافقة تصرفه لما عينه الموكل وإلا فلما دلت عليه القرينة القوية كاشترلي لحما وهو يأكل خبزا فيحمل على المشوي، أو أمة أطؤها فتحمل على من تحل له، أو أبرئ غرمائي فلا يبرئ نفسه إلا بالنص، بخلافه في خذ لنفسك من ثلثي لاستلزامه تولي الطرفين، لكن أطال الزركشي في رده وأنه يعطي نفسه في ضع ثلثي في

هذا ما تيسر لي في مسائل الاتحاد، وهو لاشتماله على ما لم يوجد نظيره في كلام غيره حقيق بأن يعمم النظر فيه ليستفاد على وجهه لكثرة نفعه والاحتياج إلى مسائل تلك القاعدة .
المقام الثاني في بيان الاتحاد وعدمه في صورتتي الوكالة المحتاجة إحداهما إلى القبول لفظًا، وعلم أن قول الزركشي وقضيته أنه لو وكل الواهب في القبض إلخ الضمير يعود لكلام ابن الرفعة .

الفقراء إذا كان فقيرا (وباع إن أطلق) الموكل الوكالة بأن لم يقيد بثمن ولا حلول ولا تأجيل ولا نقد (بثمن مثل) فأكثر (وما) أي وبثمن دون ثمن المثل (سمح) بتخفيف الميم مبنيا للمفعول: أي تسومح بالبيع به غالبا بأن ينقص عنه بقدر يتغابن به، ويحتمل في المعاملة عرفا كبيع ما بعشرة بتسعة لا بثمانية، ويختلف باختلاف مقادير الأموال ومن ثم الواحد وإن تسومح به في عشرة لا يتسامح بالعشرة في المائة ولا بالمائة في الألف ولا بالألف في عشرة آلاف.

والوجه اعتباره في كل ناحية بعرف أهلها المطرد عندهم، وقول البحر ربع العشر كثير في النقد والطعام ونصف العشر ليس كثيرا في نحو الجواهر والرقيق لعله باعتبار عرف ناحية (حالا من نقد البلد) أي بلد البيع لا التوكيل إلا إن تعدى بنقله فلا يبيعه إلا بنقد بلد حقه أن يبيع فيها، ولو تعدد نقد فالأغلب ثم الأنفع ثم يتخير وله البيع بهما أعني المستويين ومتى خالف شيئا ما ذكر فسد تصرفه، وضمن قيمته يوم التسليم ولو مثليا إن أقبض المشتري فإن استرده فله بيعه بالإذن السابق ولا يضمن ثمنه، بخلاف ما لو رد عليه بنحو فسخ والخيار للمشتري وحده لوجود نقل الملك وإن تلف غرم الموكل بدله الوكيل أو المشتري والقرار عليه.

وخرج بأطلق ما لو قيد بشيء فيتبع كما مر، وبع بكم شئت إذن في الغبن الفاحش فقط لأن كم للعدد القليل والكثير، وبما شئت أو تيسر إذن في العرض فقط على المعتمد لأن ما للجنس، وكيف شئت إذن في النسيئة فقط لأن كيف الحال فتشمل الحال والمؤجل وبما عز وهان إذن في الأولين عرفا، ولو قصد بالبيع التجارة جاز بالعرض أيضا، ويبيع بما ذكر من ليس تحت حجره ولو قريبه ومكاتبه وزوجته (لا من نفسه و) لا من نحو (طفله)

وبيانه أنه يلزم على رأيه الذي تقرر رده أن المتهم لو وكل الواهب في القبض من نفسه صح لأنه توكيل في العين الموهوبة والاتحاد فيه لا يضر، ثم بيان الزركشي ما ظهر لي في كلام ابن الرفعة قبل رؤية كلامه من أنه رأي ضعيف بنقله ما ذكر عن الاستقصاء الموافق لما قاله الرافعي بل والأصحاب في مسائل الاتحاد أنه يجري في العين وفيما في الذمة هذا ما يتعلق بكلام الزركشي وأما ما يتعلق بكلام الشيخ وهو قوله والأوجه إلخ فاعلم أن ظاهر كلامه هذا أنه تحقيق لوجود الاتحاد الممنوع وانتفائه. وأما بين مدرك اشتراط اللفظ الواقع في الوكالة ومدرك الاكتفاء في القبول بعدم الرد الواقع في كلامه هنا فوكله إلى ما يفهم من سياق كلامه ولو بتعسف وتمحل.

وحاصل ما يقال في ذلك أن من العين تحت يده أمانة أو ضمنا تارة يأذن له الواهب في الإقباض

كـمـجـنـون أو سـفـيـه تـحـت حـجـره (وإن أذن) له الموكـل في ذلك وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة خلافا لابن الرفعة في نفسه صريحا وفي طفله اقتضاء أو لو بالامتناع اتحاد الموجب والقابل وإن انتفت التهمة وكذا الشراء، أما نحو طفله الذي تحت حجر غيره فله البيع لوليه له إن قدر الموكـل الثمن ومنع الزيادة، ولا يصح البيع بثمن المثل مع وجود راغب بزيادة لا يتغابن بمثلها إن وثق به .

قال الأذري: ولم يكن مماطلا ولا متجوها ولا ماله أو كسبه حرام: أي كله أو أكثره بل

عنه للمتهب ويوكله المتهب في القبض له من نفسه، وهذه الصورة فيها اتحاد القابض والمقبض، ومع ذلك كلام أبي حامد وغيره صريح في جوازها وأنها مستثناة من منع الاتحاد، وكلام الرافعي مستشكل له لا غير وعلى صحة الوكالتين.

فالأولى يكتفى في قبولها بعدم الرد لأنه ليس فيها استدامة لليد حتى يحتاج لصارف قوي عنها، وإنما الإذن في الإقباض رافع لها حكماً فاكتمى معه بعدم الرد.

والثانية لا بد في قبولها من اللفظ لأن فيها استدامة، وهي بالنسبة للأمانة أو الضمان قوية لأنها الأصل فلا بد في النقل بها إلى كونها نائبة عن يد المتهب إلى مقتضى قوي وهو القبول لفظاً، وتارة يأذن الواهب للمتهب في القبض من ذي اليد ويوكله المتهب في أنه يقبض له من نفسه، وهذه الصورة لاتحاد فيها اتفاقاً لأن ذا اليد لم يوكله إلا المتهب لا غير، وفي هذه ينبغي أن لا يحتاج ذو اليد في صحة وكالته إلى لفظ لأن إذن الواهب للمتهب في القبض منه يقتضي رفع يده عن أصلها فضعفت استدامة حكمها الأصلي، واكتفى في قبول وكالته عن المتهب بمجرد عدم رده لما تقرر أن معه عاضداً قوياً.

وبعد أن تقرر هذا واتضح تعيين حمل قول الرافعي: يقبض ما في يده من نفسه وقيل الصريح في أنه لا بد من القبول لفظاً على الصورة الأولى وهي المذكورة في الوكالة على جهة الاستثناء من الاكتفاء بعدم الرد، وحمل قول شيخنا هنا، وقيل الوكالة بأن لم يردها على الصورة الثانية لما بينته ووضحته في كل من صورتين، وأما ما وقع لشيخنا في شرح الروض من ذكر تصوير، واحد في البابين، وقوله في الوكالة لا بد من اللفظ وفي الهبة بأن لا يردها فهو مشكل جداً إلا إن أول بنحو ما ذكرته كما هو شأن الصور التي ظاهرها التنافي لا بد في الجمع بينها من إخراج إحداها أو كل منها عن ظاهرها من وجه أو أكثر حتى يصح المدرك ويلتئم المعنى . ومن تأمل قول الشيخ في الوكالة لفظاً وهنا بأن لم يرد مع اتحاد الصورة ومع قوله والأوجه أن يقال إلخ قضى بالعجب من هذا الصنيع المشتمل على مزيد الطلاقة والإيهام الدال على أنه عند تحريره ما في الهبة لم يستحضر ما قدمه في الوكالة وإن نبه هو في الوكالة على أنه يأتي في الهبة ما يخالف ما في الوكالة مع ما فيه فكان عزمه وهو هنا على تحرير ذلك فحين وصل إليه كأنه شغل عنه بما اقتضى إعراضه عنه قبل إيضاحه . ومما

أو بعضه إن كان مال الموكل حلالاً أخذاً ما مر في بيع مال المولي (فإن زيد) من الراغب المذكور الزيادة المذكورة (قبل لزوم) العقد بأن بقي خيار مجلس أو شرط ولو للمشتري وحده ولم يرض بالزيادة (فسخ) الوكيل العقد وجوباً والأولى كونه بالبيع من الراغب بالزيادة (وإلا) يفسخه وبإذل الزيادة باق على رغبته (انفسخ) بنفسه لأن ما قبل لزوم كحالة العقد الممتنع بثمن المثل مع وجود الراغب، فإن رجع قبل التمكن من البيع منه بقي الأول بحاله وإلا وجب تجديده بإذن ثان لكن إن تخير مشتر وحده (وله) إذا وكل ببيع أو شراء مطلقاً (شرط خيار له ولو كله فقط) لأنه يفعل لنفسه ما شاء والوكيل يلزمه الأخط له.

وخرج بفقط شرطه من وكيل البائع للمشتري أو أجنبي أو من وكيل المشتري للبائع أو أجنبي فلا يجوز ويبطل به العقد إذ لا وثوق حينئذ يلزمه هذا عند الإطلاق (فإن أمر) الوكيل من الموكل (به) أي بشرطه في البيع (وجب) عليه أن يشترطه على وفق المأمور به (ولو) كان قد أمر بأن يشترطه (لأجنبي) اتباعاً لتقيد الموكل ولا يلزمه فعل الأخط لما مر في البيع إن شرطه له تملك لا توكيل (وله) أي للوكيل بالبيع مطلقاً (قبض) ثمن (حال) لم يمنعه الموكل منه لأنه من مقتضيات البيع (ثم إقباض) المبيع بيده بعد قبض الحال لما مر آنفاً فإن عكس أثم وغرم: أي الحيلولة قيمة المبيع ولو مثلياً وإن زادت على ثمن مثله للإذن في الغبن لتقصيره، ومن ثم لو ألزمه به حاكم لم يغرم شيئاً على الأوجه، ويشمل كلامه بجعل حال وصفا لعوض ما لو أمره بالشراء وأعطاه الثمن واشترى بعينه أو في الذمة فله تسليمه بعد قبض المبيع لا قبله وإذا أمره بالأجل وقدره اتبعه (فإن) أطلق بأن (قال أجل) ولم يقدر الأجل (فالعرف) في مثل المبيع بالنظر له يلزم الوكيل اعتماده إذ هو المعهود فإن لم يكن فالأنفع للموكل ثم يتخير ويلزمه الإشهاد بذلك، ولا يقبض الثمن هنا إلا بإذن جديد ويسلم مبيعاً بيده إذ لا حبس بالمؤجل (و) إذا اشترى وكيل في شراء معين أو

يؤكد ذلك أنه لم يجعل في الهبة محط نظره إلا في تبين ما هو من محل الاتحاد أولاً تبعاً لكلام الرافعي فيه، وجواب ابن الرفعة عنه واعتراض الزركشي له باقتضائه خلاف المنقول ثم ختم هذا بما رآه هو بقوله والأوجه أن يقال إلخ ولم يتكلم بل ولا أشار إلى ما رمز إليه في الوكالة في المسألة المستثناة مع ما علمه فيها من التناقض ظاهراً، ومن أمعن نظره في تصانيفه يقع له مثل ذلك كثيراً ثم قد ينبه على ذلك وقد لا كما سبق به قضاء القدير وهو حسبنا ونعم الوكيل.

(قوله فإن زيد قبل لزوم ولو للمشتري وحده ولم يرض بالزيادة فسخ) قيل هذا فيه جواز العقد بعد لزومه انتهى وهو اشتباه فإن الفسخ إنما يمتنع بعد اللزوم في فسخ من جهة الخيار، وليس هذا من

موصوف معيباً (انعقد لموكل معيب) أي شراء وكيله لمعيب بضمن معين أو في الذمة إن (جهل) بالبناء للمفعول أي المعيب من حيث قيام العيب به أو عيبه المفهوم منه ولو لم يساو الثمن لعذره، ويمكن الاستدراك بالرد بخلافه بالغبن إذا لا يخير به، أما إن علم فلا يقع للموكل وإن ساوى الثمن إلا إذا عينه وعلم بعينه وإذا لم يقع له فإن كان الثمن عين ماله بطل الشراء وإلا وقع للموكل ولعامل القراض شراؤه لأن القصد ثم الربح.

وقضيته أنه لو كان القصد هنا الربح جاز وهو كذلك (ولكل) منهما صورة الجهل (رد) بالعيب ولو لمن يعتق على الموكل، أما الموكل فلأنه المالك وأما الوكيل فلأنه نائبه في العقد وتابعه (لا لراض) منهما به فلا رد له لرضاه المسقط لخياره (ولا لو وكيل إن رضي موكل) أو قصر في الرد والشراء فيهما لمعين أو موصوف بضمن في الذمة لأنه المالك فالمعتبر رضاه، بخلاف ما إذا رضي وكيل أو قصر فلا يعتبر بل للموكل الرد لبقاء حقه إن سماه الوكيل أو نواه وصدقه البائع وإلا رده على الوكيل فيقع له لأن الشراء في الذمة ولم يأذن فيه الموكل (أو) إن (اشتري) الوكيل (ما عين) به له الموكل أو ما وصفه له خلافاً لما يوهمه صنيعه كأصله (بعين ماله) لأنه لا يقع للموكل بحال فلا يتضرر به، وللمشتري رد المعيب على كل منهما ولا يحط الوكيل الأرض إلا بإذن بخلاف بعض الثمن في زمن الخيار لمصلحة، ولو اعترف بقدوم العيب وحده رده عليه ولا يردده هو على الموكل (وتعين) عليه اتباع تقييد الموكل ورعاية مفهوم كلامه ما أمكن بحسب العرف أو القرينة فيتعين في بيع هذا ثم هذا أو فهذا الترتيب، وظاهر أنه لا يعتبر المهلة في ثم ولا الفور في الفاء.

ويوجه بأن هذين أمران تابعان لا مقصودان إذ كثيراً ما يتعارضان فيه بخلاف الترتيب، فإن قدم المؤخر فسد وله بيعه بعد المقدم على الأوجه، ويتعين أيضاً (بتعيينه) أي الموكل أو السوق لتقدمه رتبة (سوق) وإن لم يظهر غرضه مراعاة لتخصيصه خلافاً لما رجحه الإسنوي وإن حكاه عن نص الأم وغيره (لا إن قدر الثمن) فلا يتعين المكان وإن احتمل وجود راغب به إلا إن نهاه عن غيره ومتى نقله لما منع من نقله إليه ضمنه كضمنه ولو بعد عوده به (و) تعين بتعيينه أيضاً (مشتري) لأنه قد يقصد إرفاقه أو طيب ماله ومن ثم لو دلت قرينة على إرادة الربح من غير نظر إلى أحد بخصوصه جاز البيع من غيره على الأوجه،

جهته إذ الفاسخ لا خيار له وإنما هو من حيثية أخرى هي وجوب رعاية الأخط على الوكيل ما دام العقد جائزاً ولو من جهة واحدة لأنه إلى الآن يتزلزل، ومن ثم لو لم يفسخ الوكيل انفسخ بنفسه،

وكذا في نحو القدر ما يأتي، ولا يقوم وكيل المعين في الحالة الأولى مقامه إلا إن تقدم قبوله وصرح بالسفارة على الأوجه إذ لا يمكنه القبول لنفسه حينئذ .

والأوجه أيضا أنه لو قال بع من وكيله لم يصح بيعه من موكله إلا إن أراد أن يكون له بشراء وكيله ولم يكن الوكيل أسهل منه أو أرفق فيقصد تعليق أحكام العقد به (وقدر) فلا ينقص عنه وله الزيادة عليه بل إن بذلها راغب لزمه البيع منه بها لأنه مأمور بالغبطة ما أمكن، فإن وجد في زمن الخيار لزمه الفسخ وإلا انفسخ كما مر (وزمان) كيوم الجمعة أو رمضان أو العيد فلا يجوز قبله ولا بعده ولو في يوم جمعة أو رمضان أو عيد آخر لانحصاره في الذي يليه على الأوجه .

وفارق إذا جاء رأس الشهر فأمر زوجتي بيدك ولم يرد التقييد برأسه فله إيقاعه بعده باقتضاء هذه الصيغة حينئذ أن رأسه أول أوقات الفعل الذي فوضه إليه من غير حصر فيه، بخلاف طلقها يوم الجمعة فإنه يقتضي حصر الفعل فيه دون غيره وليلة اليوم مثله إن استوى الراغبون فيهما (وجنس) فلو عين له الدراهم لم يبع بالدنانير وإن زادت على المعتمد إذ لم يأت بالمأمور به ولا بما اشتمل عليه، بخلاف بعه بمائة فباعه بمائة وثوب، ويؤيد ذلك أن من نذر التصدق بدرهم لا يجزئه بدينار (ويبدل) الوكيل جوازا ما عين له بغيره إن دلت قرينة قوية على أنه لا غرض في التعيين وهذا عام في جميع ما مر أو (لمصلحة إن لم ينع) أي لم ينع الموكل عن الإبدال، وهذا خاص بالإبدال (بقدر) كأن عين له البيع بمائة فيزيد أو الشراء بها فينقص (إلا إن عين) له في الوكالة بالبيع (مشتري) مع تعيين القدر بأن قال بعه لزيد بمائة فتمتنع الزيادة عليها وإن كانت أكثر من ثمن المثل على الأوجه كما لو نهاه عنها وإن لم يعين مشتريا وجازت قرينة في الخلع وإن عين لأنه يقع غالبا عن شقاق فكان قرينه على أن لا محاباة، والنقص في اشتر عبد فلان بمائة لتعذر شراء العبد المعين مثلا من غيره فكان التعيين فيه لأجل ذلك أظهر منه لأجل الإرفاق وفي البيع لا ينحصر الشراء في أحد فكان التعيين فيه لأجل الإرفاق أظهر (و) يبدل جواز المصلحة ما لم ينع (بأجل وحلول) فيصح بيع من قدر له أجل لفظا أو عرفا بحال وبأنقص منه إن كان بقدر قيمة المؤجل بالأجل المقدر، ولا غرض في الأجل لنحو نهب ولا عين له المشتري كما بحثه

ولو رجع الراغب وقد تمكن الوكيل من البيع له بان بطلان البيع، نعم لو قال المعترض فيه فسخ ممن لم يخير هو ولا موكله لكان أحسن وإن كان جواب هذا ما قبله أيضا، وقوله جواز صوابه حل أو فسخ

الإسنوي كابن النقيب لظهور قصد المحاباة نظير ما مر في تقدير الثمن وشراء من أمر بشراء حال مؤجلا بقيمته حالا ولا غرض لموكله لأنه زاد في كل من الصورتين خيرا فإن انتفى شرط ما ذكر لم يصح .

[تنبيه] قد يؤخذ من المتن أنه لو أمره بالبيع بحال جاز له البيع بمؤجل لنحو نهب وهو محتمل بل هو ظاهر نظرا للمصلحة ويحتمل الفرق، وظاهر تقرير شراح الأصل وفروعه بل وغيرهم حيث أعرضوا عن ذكر هذه الصورة في هذا المبحث يؤيده، وقد يؤيده أيضا أمره له بالبيع بمكسرة فباعه بصحاح أزيد قيمة إلا أن يفرق بأن الحلول والأجل من الصفات التابعة ولذا جاز الإبدال فيهما كما تقرر بخلاف غيرهما، ثم رأيت المصنف ذكر في شرح قوله الآتي أو سلم بحق ما يصرح بالأول وعبارته: نعم إن كان قد أذن له في تسليم المبيع قبل القبض للثمن أو في البيع بمؤجل أو لم يأذن وكان في التأجيل مصلحة لم يكن خائنا انتهى المقصود منها، فقوله أو لم يأذن إلخ صريح في الجزم بالأول وحيث باع ومؤجلا لزمه بيان الغريم والإشهاد ولا يطالبه بعد الأجل إلا بإذن (و) يبدل جوازاً للمصلحة ما لم يینه فيما إذا وكل في شراء شاة موصوفة بدينار (شاة) موصوفة وكل في شرائها (بدينار شاتين إحداهما تساويه) وإن لم تساوه الأخرى، ولا توجد الصفة التي ذكرها فيها على الأوجه كما لو عين له مائة فزاد عليها ثوبا لأنه حصل غرضه وزاد خيرا فإن لم تساوه إحداهما لم يصح شراؤهما وإن ساوى مجموعهما أكثر منه (ووكيل خصومة) بأن وكل في إثبات حق عين أو دين يفعل سائر طرق الإثبات و (لا يستوفي) إذا أثبتته ولا يوفي غريم موكله ما أثبتته عليه (كعكسه) بأن وكل في استيفاء حق فلا يثبت لأن أحدهما لا يقتضي الآخر إذ ليس من لوزامه بخلاف القبض والإقباض في البيع (و) وظيفة وكيل الخصومة عن المدعي ما مر في الإثبات وطرقه فلا يعدل بينة مدعى عليه بل ينعزل به قياسا على ما يأتي، وعن المدعى عليه السعي في الدفع ما أمكنه فحينئذ (لا يقر) على موكله بما يبطل حقه ولا يصلح لأن الخصومة لا تتناولها ولأنه مأمور برعاية حظ موكله (وانعزل به) أي بإقراره على موكله لأنه ظالم في الخصومة بزعمه وكذا بشهادته على موكله بقبض المدعي مثلا وتعديله لبينة المدعي، وغير ذلك من كل ما يقتضي الاعتراف منه بأن موكله ظالم كما هو ظاهر (فإن

لأن قضية الجواز أن العقد يعود مع جوازه من جانب أو جانبيين، وليس الأمر كذلك وإنما يرفع بالكلية بالفسخ الواجب كما تقرر.

أبرأ) الخصم عن الحق المدعى (أو صالح) به عنه بشيء ولو بغبطة (لغا) كل من الإبراء والصلح لأنه لا يملكهما ولم ينعزل بهما إذ لا إشعار فيهما باعترافه بأنه ظالم.

ويؤخذ من قولهم إنه لا يملك الصلح أي لأن التوكيل في الخصومة لا يقتضي الصلح لأنه أجنبي عنها أنه لا فرق بين وكيل المدعي ووكيل المدعى عليه فحل المتن بالثاني من غير تعرض للأول موهم، بل قد يقال لا حاجة للثاني لأنه إن سبق بإقرار الوكيل فقد مر أنه ينعزل به فيلغأؤه لذلك وإلا فهو على إنكاره وهو لغو مطلقا اللهم إلا أن يقال مر أن البيئة تقوم مقام الإقرار على أنه لا مانع من اجتماع سببي إبطال على شيء واحد (كشهادته) أي إلى وكيل (له) أي لموكله (فيها) أي في الخصومة التي هو وكيل فيها فإنها لغو لاتهامه بإثبات ولاية التصرف لنفسه (إلا إن عزل قبل خوضه) في الخصومة لأنه ما انتصب خصما ولا يثبت لنفسه حقا، بخلاف عزله بعد الخوض فيها وإن لم تكن بين يدي حاكم فيما

(قوله فإن أبرأ أو صالح لغا) اعترض بما فيه من تفخيم العبارات وتزويقها وانطوائها على أبلغ اعتراض وأقبحه مع كونه في غاية السقوط والفسفاس، ومع بيانه على عدم فهم صورة المسألة على وجهها مما حملني على سوق عبارته بلفظها لا عذر في بعض التغليط الصادر مني لا لانتقاصه معاذ الله بل لحمله على الإمعان فيما يريد أن يورده لتسفل الكلام من الجانبين، ولأن النفوس ربما وقر فيها ما لم تقصد فنتقاعد همتها، ولفظ عبارته.

(قوله اللهم إلا أن يقال إلخ) فيه ثلاثة أي وحذف موصوف ثلاثة ليصلح لما يريده أي غلطات أو نحوها.

الأول: استعمال اللهم وهو إنما يستعمل في المستبعد والصلح المرتب على البيئة ليس ببعيد.
الثاني: أن بطلان الوكالة إنما هو مسبب عن الإقرار لا الصلح لصحتها معه لا الصلح، فليس هنا إلا سبب واحد وإن أريد أن السبب إنما هو بطلان الصلح فكذا ذلك ليس هنا إلا سبب واحد هو جريانه بلا مصلحة، فالخاصل ليس هنا اجتماع سببين على مسبب واحد.

الثالث: أن اجتماع سببين تامين على مسبب واحد بالذات غير جائز لأن أحدهما مستقل بإيجاد المسبب لاستلزام وجوده، بخلاف الأسباب الناقصة كالفاعل والمادة فاجتماعهما على مسبب واحد جائز لعدم استلزام كل واحد منها وجوده هذا إن كان هنا سببان انتهى.

وأنت من وراء التأمل في هذا بعد تأمل ما أوضحه وأقرره على أيسر وجه وأظهره فأقول قوله فيها استعمال اللهم إلخ فيه ادعاء ما لا برهان عليه وما لا يصح، فالأول قوله إنما إلخ وهذا مجرد تسويد إلا أن يتبين من صرح به وبمعنى البعد الذي لا يستعمل إلا فيه، والثاني قوله والصلح إلخ واللهم ليست مستعملة في ذلك وإنما هي مستعملة في إلا أن يقال إلخ، ثم قال بطلان الوكالة إلى

يظهر لأنه متهم بإظهار صدقه، أما شهادته على موكله مطلقاً أو له فيما ليس موكلاً فيه فمقبولة وله تحليف منكر وكالته في الخصومة دون الاستيفاء لأنه وإن أقر له لا يلزمه الدفع إليه فإن صدقه فله مخاصمته، لكن لا يحكم الحاكم بالوكالة وله إثباتها في غيبة الخصم ولو في البلد من غير مسخر (فإن قال) مستحق قود لو كي له (اعف عن القود) المستحق لي على فلان (بخمر) أو خنزير أو نحوهما (فعفا به لا بغيره صح) العفو وفسد العوض حتى يستحق الموكل بدل الدم فيقضي له (بالدية) كما لو فعله الموكل بنفسه وإن فسد نظراً للعوض صحيح نظراً لسقوط القود ومع ذلك الأولى تعبير أصل الروضة بحصل بدل صح.

وخرج بقوله لا بغيره عفو بغيره كخنزير ومال ولو بأكثر من الدية بدل خمر فيبقى القود بحاله ويجري ذلك في الخلع والنكاح (ولغا توكيل في تصرف فاسد) كعب أو اشترى إلى أجل مجهول كقدوم زيد فلا يملك العقد الصحيح لعدم الإذن فيه ولا الفاسد لمنع الشرع منه وإنما لم يمتنع التصرف عند الفساد فيما مر لأنه ثم لم ينهه عن الصحيح وهنا نهاه عنه ضمناً، ويشترط في صحة الشراء للتوكيل خطاب البائع له بنحو بعثك أو بعثك لموكلك فيقول قبيلت لموكلي (و) لغا (بيع) خلا عن ذلك بأن (جرد لموكله) بأن انتفى الخطاب كبعت موكلك أو زيدا ويريد به الموكل أو بع موكلي فيقول بعثك إذ لا خطاب، ويوجه ما ذكر في الأخيرة بأنه لا انتظام فيها وإنما وجب ترك الخطاب في النكاح لأن الوكالة

قوله فالخصل ليس هنا اجتماع سببين على مسبب واحد انتهى، وكله تسويد غير مرضي لأنه مبني على عدم الإمعان في صورة المسألة لو لم يكن إلا قوله وهو جريانه بلا مصلحة مع رؤيته قول الشرح قبل هذا بسطر ولو بغبطة، وإنما وجه بطلانه أن التوكيل بالخصومة لا يقتضيه كما ذكرته قبل ذلك بسطرين فتأمل التساهل يؤدي لماذا.

ووجه بيان جواب ذلك الحاصل الدال على عدم إتقان تبيانه أن هذه المسألة لها صور: منها أن يوكل دائن آخر في مخاصمة غريمه فيدعي عليه بدین له عليه فيقر به لموكله، أو ينكر فيقيم عليه بينة به ثم تبرئه، أو يصالحه عن مساوي ألف بمساوي ألفين، أو يوكل مدين آخر في خصومة دائنه بادعاء دفع أو نحوه لتسمع دعواه على موكله بألف مثلاً فيجيب الوكيل بدفعها مثلاً لدائن موكله ويقيم بينة بذلك ثم يبرئه عن المدفوع أو بعضه أو يطلب منه الدائن الصلح عن هذا المدفوع فيجيبه فيلغو ما فعله هذا الوكيل أيضاً من الإبراء أو الصلح. وإذا قد علمت تصور المتن بكل من هذين ظهر لك أن من اقتصر في حمله على أحدهما فقد استروح، ومن ثم رددت عليه بقولي: ويؤخذ من قولهم إنه لا يملك الصلح إلخ، ثم بعد تمهيد هذا قلت: قد يقال لا حاجة لذكر المتن للصلح لأنه معلوم من كلامه لأن الصلح إما أن يسبق بإقرار أو إنكار فإن سبق بإقرار من الوكيل فقد قدم المتن أنه

فيه سفارة محضة بخلافها في البيع إذ له أحكام تتعلق بالمجلس وإنما يمكن اعتبارها بالمتعاقدين فاعتبر جريان الخطاب بينهما (و) لغا (بمخالفته) للموكل فيما أمره به أو للعرف أو للقرينة عند الإطلاق (بيع) بثمن معين أو في الذمة لأنه بيع فضولي حينئذ (وكذا اشتراء بعين) كاشتر لي هذا بعين هذه المائة فاشتره بمائة أخرى من مال الموكل أو في الذمة فاشترى بالعين لأنه شراء فضولي أيضا ولأنه في الأخيرة قد يقصد شراء ما وكل فيه على وجه يسلم له وإن تلف المعين (لا) إن كان الاشتراء (في ذمة) للوكيل كاشتره بخمسة في الذمة فاشتره بستة فيها، أو أمره بالشراء بعين هذا الدينار فاشترى في الذمة فلا يلغو هنا (بل يقع له) أي للوكيل (وإن سمى موكله) ولغت التسمية للمخالفة في الإذن ولأنه في الثانية أمره بعقد يفسخ بتلف المعين فأتى بما لا يفسخ به ويطلب غيره ولو خالف وأضاف الثمن لذمة الموكل لم يقع لواحد منهما لفساده كما مر في الشراء بالعين فكان ينبغي أن يقول لا في ذمة وكيل، ولو قال اشتر بهذا الدينار كذا لم يتعين الشراء بعينه على الأوجه بل يتخير بين الشراء بعينه وفي الذمة إلا أن يكون أحدهما أغبط فيتعين على الأوجه، وكذا لو أطلق له الشراء بأن لم يشتر ولا تعرض لعين ولا ذمة ومتى دفع موكله إليه مالا للشراء وأمره بتسليمه في الثمن فسلم من عنده فمتبرع، حتى لو تعذر مال الموكل لنحو غيبة مفتاح إذ كان يمكنه الإشهاد على أنه أدى عنه ليرجع أو إخبار الحاكم بذلك فإن لم يدفع له شيئاً أو لم يأمره بالتسليم رجع للقرينة الدالة على إذنه له في التسليم عنه.

الحكم الثاني: في العهدة الملك يقع ابتداء للموكل (و) لكن (تعلق حكم عقد)

كبيع من نحو خيار وتقابض ورؤية وتفرق (بوكيله) دونه لأن الوكيل هو العاقد حقيقة فله

ينعزل به وحينئذ يتعذر الصلح منه أو بإنكار فهو باطل في نفسه كما قدمه في بابه، ثم أوجب بأن لنا صورة يقع الصلح بعدها وهذه لا تعلم من كلامه وهي أن ينكر فتقام عليه البينة ثم يصلح فالصلح هنا يصح من غير الوكيل ويبطل منه فإبطاله منه هنا لا يعرف من كلامه فساغ ذكره ولم يكن فيه تكرار بوجه، وحينئذ اتضح قلبي تعليلاً لأدعاء أنه لا حاجة بالمتن إلى ذكر الصلح لأنه إن سبق بإقرار الوكيل إلخ، ثم أوجب بقولي مر أن البينة تقوم مقام الإقرار أي وهذه لم تعلم من المتن فلم يعلم بطلان الصلح فيها إلا من كلامه هنا كما تقرر، ثم أتيت بعلاوة هي أنا نسلم أنه قدم ما يقتضي بطلان صلح الوكيل ومع ذلك لا محذور في ذكره بطلانه هنا ولا نظر لما يلزم على ذلك أنه ذكر لبطلانه سببين لأنه لا مانع من اجتماع سببين على مسبب واحد.

واعلم أن ذلك المعترض هذا بأن السببين التامين لا يجوز اجتماعهما بخلاف الناقضين وهذا في

الفسخ بخيار المجلس أو الشرط وإن أجاز الموكل لإناطته باسم العاقدين، وبه فارق عدم رده بعيب رضي به موكله على ما مر (وطولبا) أي الوكيل وإن انعزل الموكل أي للبائع مثلا مطالبة من شاء منهما (بالدين) أي الثمن أو الأجرة مثلا فيما إذا قبضه من الموكل سواء اشترى أو آجر بعينه أم في الذمة فإن لم يقبضه منه لم يطالبه إن كان معيناً لأنه ليس بيده وفيما إذا اشترى لموكله في الذمة وصدقه البائع في وكالته وإن لم يكن بيده ولا صرح بالسفارة حال العقد لأنه نائب مباشر فهو كضامن بالإذن والموكل كأصيل، ففي رجوعه قبل غرمه للبائع وبعده ما مر ومنه أنه لا يطالبه بتخليصه قبل الطلب فإن لم يقصده بأن كذبه أو قال لا أدري طالبه فقط لأن الظاهر شراؤه لنفسه، والولي يضمن وحده الثمن إن لم يذكر المولي في العقد وإلا ضمنه المولي قاله الماوردي أي لأنه غير نائب بخلاف الوكيل، ولو استحق ما اشتراه وكيل بعد تلفه ولو بيده طوبى كبائع وموكل والقرار عليه إذ التلف تحت يد أمينة كهو بيده أو ما باعه وقد تلف ثمن قبضه طالبه المشتري ببذله وإن اعترف بوكالته لكن ما غرمه له يرجع به على موكله لأنه غره، ومطالبته كموكله فيما ذكر (ك) مطالبة (عامل ورب مال) بثمن ما اشتراه العالم في القراض لأنه في الحقيقة وكيل ورب المال موكل.

الحكم الثالث: جوازها من الجانبين وإن كانت بجعل ما لم تعقد بلفظ الإجارة وذلك لأنها إنابة فلا تلزم بالإضرار (و) حينئذ (ينعزل) الوكيل (بعزل واحد) منهما، وصريحه عزل وفسخ وخروج وإبطال ورد وإزالة ورفع ونحوها وإن لم يعلم المعزول وإنما توقف انعزال القاضي على العلم لتعلق المصالح الكلية به وكذا المستعير لأنه مأذون له في استيفاء المنفعة فلا تضمن عليه قبله لأن المقصر هو المعير، وينبغي الإشهاد على العزل إذ لا يصدق بعد التصرف في قوله كنت عزلته إلا ببينة ولا أثر بالنسبة للمشتري إلى مصادقة الوكيل له على ذلك ويضمن ما باعه وسلمه للمشتري جاهلاً بعزله كما لو قتل بعد العفو جاهلاً به تلزمه

غير محله بكل وجه، وذكر الأشياء في غير محلها كذلك فيه خلط للمباحث وتسويد للورق بما يحمله الناس على التطرق إلى ذلك المسود، وذلك أنهم أجمعوا من غير أن يمتري في ذلك عاقل على أن الأسباب الشرعية يجوز اجتماعها على مسبب واحد من جهة واحدة وكلامنا لا في الأسباب العقلية، وكان المعترض ظن أن العلة وهي السبب مؤثرة بالذات في بعض المسائل الفقهية، ومعاذ الله أن يظن ذلك أدنى المحصلين وإنما العلل بأسرها في الفقهيات بمعنى المعرف فقط، ومن عبر من الأصوليين عنها بالبائع قال بإذن الله ومع ذلك اعترضوه بأنه يوهم المذهب المستلزم للكفر أنها

الدية والكفارة، وقياس ما يأتي في الوصي أنه لو خيف من العزل ضياع المال حرم ولم ينفذ عزله لنفسه وإن كان المالك حاضرا فيما يظهر (و) ينعزل أيضا بسبب (جحدته) أي أحدهما الوكالة عامدا (بلا عذر) له في الجحد من نحو خوف ظالم لأنه حينئذ رد لها بخلافه لنسيان أو مع التعمد لعذر آخر، وهذا محتمل تناقض الروضة في جحد الموكل وإن اعتمد الإسنوي وغيره أنه عزل مطلقا لأنه أقوى إذ معظم الحظ فيها له .

ومن ثم قال ابن الرفعة: ترتفع بردته دون ردة الوكيل لكن الأوجه أنها توقف كملكه (و) تنتهي الوكالة بالموت وينعزل (بزوال أهليته) أي أهلية واحد منهما (كإغمائه) بقيده السابق في الشركة إلا في رمي الجمار كما قدمه في الحج، ولا انعزال بالنوم وإن زالت به أهلية التصرف وكالحجر فيما لا ينفذ منه بسفه أو فلس أو رق كأن وكل حربيا فاسترق أو جنون وإن قل زمنه، وكفسق فيما العدالة شرط فيه لا بإحرام وإن زالت أهليته (و) نحو (زوال ملكه) عما وكل فيه حتى لو باعه الوكيل ثم عاد إليه بنحو عيب وكذا فسخ والخيار للمشتري كما مر لا يبيعه ثانيا إلا بإذن جديد (أو) زوال (منفعته) التي يملكها عنه كتزويج الأمة لا العبد والإجارة والرهن مع القبض لقوة إشعارها بالندم على التصرف وبطحن بر وكل في بيعه لبطلان الاسم .

وقياسه أن كل ما كان فيه إبطال للاسم يكون عزلا كما أنه يكون رجوعا عن الوصية وإنه لو قال في بع هذا مشيرا الخنطة لم ينعزل بطحنها لأنه ليس هنا اسم أبطله، وقياس الوصية أنه عزل والذي يتجه الأول لأنهم توسعوا ثم بما لم يتوسعوا به هنا كالعرض على البيع، ويؤيده قول شيخنا في شرح البهجة: إن قضية التوجيه ببطلان الاسم أي الذي اقتصر عليه في الروضة خلافا لما توهمه عبارة شرح البهجة أنه لو لم يصرح باسم الخنطة لم يكن عزلا قطعا فترجيحه في شرح الروض أنه عزل فيه نظر (لابتعد) باستعمال مثلا صدر منه فيما وكل فيه وإن فسق به حيث لم تشترط العدالة لأنها إنابة والأمانة مترتبة عليها فلم يلزم من ارتفاعها ارتفاع العقد بخلاف الوديعة فإنها محض ائتمان فارتفعت بالتعدي .

مؤثرة بذواتها، وحينئذ ظهر أنه كان يتعين على هذا المعارض تنزيه قلمه عن هذا وعن الذي قبله جميعه لأنك إذا تأملت ما ذكرته علمت أن صورة المسألة بينها وبين ما ذكره مفاوز ومثله لا يقع في مثل هذا السفساف، والله المستول أن يوفقنا جميعاً لمرضاته وأن يجزل لنا خوارق هباته .

(قوله وبطحن بر) أي إن كان بفعل الموكل لكن لم يبق زوال الاسم حينئذ علة مستقلة بل

الحكم الرابع: الأمانة، فالوكيل ولو يجعل أمين لأنها عقد إرفاق والضمان منفر عنه (و) محله إن لم يتعد في العين وإلا (ضمن)ها (به) أي بالتعدي بخلاف تلفها بلا تعد كسائر الأماناء فيهما ومن ثم جرى فيه جميع ما يأتي في الوديع، وإذا تعدى فيما وكل ببيعه استمر ضمانه إلى إقباضه (لا بعد بيع وإقباض له) لانقطاع ضمانه عنه بهما لأنه أخرج من يده بإذن مالكة (ولا) يضمن (الثلث) مطلقاً لأنه لم يتعد فيه، نعم إن تعدى بسفره بما وكل فيه وباعه فيه ضمن ثمنه إن تسلمه وإن عاد من سفره (وعاد) ضمان المبيع المذكور (إن عاد) إلى الوكيل (بفسخ) بعيب أو نحوه لعود اليد والفسخ وإن رفع العقد من حينه لا يقطع النظر عن أصله بالكلية (و) لو ادعى وكيل أنه أذن له في بيع كذا أو في نسيئة أو بعشرة أو بيع كله فأنكر المالك ولايته (حلف نافي إذن) في الأولى وتأتي هذه في الدعاوى فهي مكررة (وصفته) في البقية وهو المالك لأن الأصل عدمه من أصله أو فيما يدعيه الوكيل (و) لو ادعى وكيل ولو قبل العزل أنه أتى بالتصرف المأذون له فيه ونفاه المالك ولا بينة حلف نافي (تصرف وكيل) لأن الأصل عدمه وإنما صدق في دعوى رد وتلف لأنه يقصد دفع الضمان عن نفسه لا إلزام الموكل شيئاً نعم لو قال قضيت الدين مثلاً وصدقه المستحق صدق الوكيل بيمينه (و) لو اتفقا على البيع بالوكالة ثم ادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف بيده بلا تعد أو دفعه لموكله وأنكر قبضه له حلف على نفي العلم نافي (قبض ثمن مبيع ما سلم) أي لم يسلم لمشتريه لبقائه بيد الموكل أو الوكيل لأن الأصل حينئذ أنه لم يقبض الثمن وأن حق الموكل باق (أو سلم) لكن (بحق) باتفاقهما بأن كان الموكل قد أذن له في تسليم المبيع قبل قبض الثمن أو في البيع بمؤجل إذ لا خيانة بالتسليم حينئذ يدفعها الموكل، بخلاف ما إذا اختلفا كذلك بعد تسليم المبيع بغير حق فإن الوكيل يصدق بيمينه لأنه أمين والموكل يدعي خيانتته وتقصيره بالتسليم بلا قبض والأصل بقاء أمانته، وإذا حلف الموكل فيما صدق فيه طالب المشتري ولا يرجع على الوكيل لاعترافه بأنه مظلوم ويحلف موكل على نفي العلم إذا ادعى وكيله بقبض دين أنه قبضه وتلف عنده أو دفعه له ويطالب الغريم ولا يرجع على الوكيل، وإن حلف الوكيل فيما صدق فيه لم يبرأ المشتري عن الثمن كما في الشرح الصغير وصححه البغوي لأن الأصل عدم القبض وقبول قول الوكيل إنما هو في حقه.

يقال لزوال الاسم بما يشعر بالندم فيهما وإن كانا علتين، والأصل عدم تركيب العلة لكن فعل

وقال آخرون: يبرأ لقبول قول الوكيل في قبضه (وإن اشترى له) وكيله (جارية) بعشرين وهي تساويها وزعم أن موكله أمره بذلك فقال إنما أذنت في شرائها بعشرة صدق بيمينه لما مر، وخصت بالذكر لامتناع الوطاء على بعض التقادير قبل التلطف الآتي فإذا أقام بينة ثبت الشراء للموكل ولم تسمع بينته لأنها تشهد على نفي وتكون له مع حلف الوكيل كإقامة البينة وإن لم يكن للوكيل بينة و (حلف لقد خالفه) وكيله فيما أذن له فيه (والبائع) أي والحال أن بائعها (مقر) بالوكالة و (بالمال) الذي اشترى بعينه الوكيل (لموكله) بأن لم يسمه في العقد وقال بعده اشتريتها لفلان والمال له أو اشترى في الذمة وسماه في العقد أو بعده أو لم يسمه كما يعلم ما يأتي وصدقه البائع فيهما، أو اشتراها بعين مال الموكل وسماه في العقد بأن قال اشتريتها لفلان والمال له وإن لم يصدقه البائع (فلا شراء) لواحد منهما لاتفاقهما ولو ضمنا كما في الأخيرة على أن الشراء للمسمى وقد ثبت بيمينه أنه لم يأذن فيه بالعشرين فتبقى بملك البائع ويرد الثمن إن أخذه نعم إن وافق المشتري على وكالته بالعشرين كانت باعترافه ملكا للموكل فيأتي فيه التلطف الآتي، وظاهر كلامهم بل صريحه أنه لا تلطف في الأولى مع احتمال كذب الموكل فيقع له فلم لم يتلطف بالموكل ليملكها البائع يقينا؟

وقد يجاب بأنهم نظروا هنا لأصل بقائها بملك البائع فلم تقو القرينة المخرجة له عن الأصل بخلافه في غير هذه الصورة فتأمله (أو) والبائع (منكر) للوكالة أي غير مصدق بها سواء أنكر أم سكت كما يأتي وحلف على نفي العلم بالوكالة كما قاله الشيخان لا على البت ولا على نفي العلم بأن المال لغيره خلافا للإسنوي كما بينته في الأصل فإن نكل حلف الموكل لا الوكيل وبطل البيع وإن حلف حكما بصحة شرائها وأنها (وقعت للوكيل) ظاهرا فيسلم للبائع الثمن المعين ويرد للموكل بدله.

هذا إن لم يسمه فيما ذكر بل نواه مطلقا أو سماه فيه والشراء في الذمة أو بعد العقد والشراء بعين مال الموكل وكذبه البائع أو سكت في الكل فإن صدقه بطل الشراء: أي ظاهرا لاتفاقهما على أنه للغير الثابت بيمينه إنه لم يأذن فيه بالعشرين، وإذا وقع الشراء للوكيل ظاهرا (إن كذب) الوكيل في دعواه (و) الحال أنه قد كان (عقد) بيعها بثمن (في الذمة) فالملك له باطنا أيضا فيحل له وطؤها، بخلاف ما إذا كان بعين مال الموكل بطلانه باطنا (وإلا) يكذب بأن صدق في قوله أن موكله أمره بالشراء بعشرين والشراء في الذمة أو بالعين (وقعت له

الأجنبي الذي زال به الاسم يبعد تأثيره فلذا أعرضوا وإن اقتضى قولهم إن كلا علة مستقلة خلافه.

ظاهرا) لا باطنا بل هي للموكل باطنا فلا يحل للوكيل نحو وطئها (وله) فيما إذا حكم بأنها له ظاهرا لا باطنا (بيعها) بنفسه أو بالحاكم (ليستوفي) حقه الذي زعم أنه الموكل ظلمه به بأن يأخذ ثمنها إن ساواه حقه أو زاد وإلا فيقدره لأنه ظفر بها وهي غير جنس حقه إذ هي ملك الموكل باطنا والوكيل هو الذي غرم الثمن والزائد على حقه مقر به لمن ينكره وسيأتي حكمه في الإقرار، وله ذلك أيضا فيما إذا كذب والشراء بعين مال الموكل كما يأتي.

هذا (إن لم) يرفق به الحاكم بالطريق الآتي ولم (يبعه الموكل) الصادق في دعواه لأنه ملكه حينئذ ومن ثم سن للحاكم حيث حكم بالشراء للوكيل ظاهرا أن يتلطف بالموكل مطلقا لبيعها من الوكيل بالعشرين ليملكها باطنا ويحل له وطؤها وكذا بالبائع في مسألة حلفه السابقة كما يعلم ما سيذكره فلا بد في حلها له باطنا من التلطف بهما.

أما الموكل فظاهر وأما البائع فلأنه قد يكون هو المالك بتقدير كذب الوكيل ويكفي بيع الموكل للوكيل (ولو) بقوله له (إن كنت أذنت) لك في اشترائها بعشرين (فقد بعتهكها) بها وكذا البائع بأن يقول له إن لم يكن موكلك أمرك بشراء الأمة بعشرين فقد بعتهكها بها فيقبل هو لتحل له باطنا، ويحتمل هذا التعليق في البيع بتقدير كذب الوكيل أو صدقه للضرورة وبيع أحدهما له ليس إقرارا بما قاله ولا يثبت فيه خيار تروء ولا نقص (أو) لم يبعه (البائع إن كذب) فيما ادعاه (و) الحال أن (الشراء بالعين) أي عين مال الموكل إذ لا يملك الوكيل يقينا في هذه أيضا إلا إن باعه البائع لبقاء ملكه لكنه أخذ مال الموكل الذي غرمه الوكيل وتعذر عليه بيمين البائع أخذه منه فممكن من أخذ حقه من الجارية التي هي مال البائع ولو اختلفا في عين الجارية حلف الموكل أيضا وبقيت بيد الوكيل، ويرفق القاضي بالموكل كما مر ويقبل رجوع الموكل عن إنكاره لاحتمال نسيانه ولو قال هذه المرأة غير التي أذنت لك في نكاحها بطل النكاح وغرم لها الوكيل قيل كل المهر وقيل نصفه ويتجه ترجيحه، ومن تحت يده مال لغيره إما أن يصدق في أدائه بيمينه كوديع ووكيل وإما أن لا كوصي ومستأجر وغاصب ومستعير ومدين فليس للأول المصدق في الأداء إذا طالبه وكيل المالك في القبض حبس لطلب الإشهاد لأنه حبس بقبول قوله بيمينه (ولغير مصدق في أداء حبس) للمال (لإشهاد) أي إلى أو لأجل إشهاد القابض على نفسه بالقبض وإن لم تكن عليه بينة بأن المال عنده لعدم قبوله فلو كلف عدم الحبس لتضرر ولأجل هذا سُمح

الغاصب في التأخير لذلك مع وجوب التوبة عليه فوراً المتوقفة على الرد (و) لغير مصدق في الأداء لكون مطالبه غير من ائتمنه حبس المال (لإثبات وكيل) وكالته وإن صدقه لاحتمال إنكار المستحق لها إذا صدقه له دفع الدين إليه لأنه ملكه لا العين لتصرفه في ملك الغير بغير إذنه (لا) إثبات (وارث) ما ادعاه من أن مال المستحق صار له بالإرث ولا وارث له غيره (و) لا لإثبات (محتال) ما ادعاه من أن رب الدين أحاله على الدين ولا لإثبات وصي أو موصي له ما ادعاه من أن المستحق أوصى لهما (إن صدق) المطالب واحداً من ذكر في دعواه ولم يتعلق بالعين في صورتها حق لازم وكان الوارث أو الموصى له مطلق التصرف فليس له حينئذ أن يطلب منه بينة لاعترافه بانتقال الحق إليه من غير مانع فلا يمنعه حقه، نعم له الحبس على الإشهاد بالقبض كما مر، أما إن لم يصدقه ولو بان سكت فلا يلزمه الدفع له إلا ببينة وفي هذه والتي قبلها فوائد مهمة في الأصل (وضمن مؤتمن) كوديع ووكيل (ومديون أديا) ما تحت يدهما من عين بالنسبة للأول ودين بالنسبة للثاني إلى وكيل (بإذن مالك) لهما في الأداء إليه (غائب) عن مكان الأداء (بلا إشهاد) منهما على الوكيل الذي أديا إليه بما أدياه إليه لتقصيرهما بترك الإشهاد مع عدم قبولها في الدفع إليه .

أما المدين فواضح وأما المؤتمن فلأن الوكيل لم يأتتمه فصدق بيمينه في عدم القبض منهما وضمن كل منهما للمالك إن كذبهما في دعوى الدفع لوكيله (لا إن صدق)هما في ذلك وإن استمر وكيله على الإنكار لإقراره بأنه لا حق له عليهما، وفيما إذا أنكر الوكيل القبض يصدق على موكله وإن صدق مدعي الدفع إليه وحينئذ لا يرجع على واحد منهما .

وخرج بغائب ما لو أديا بحضرة المالك فلا ضمان عليهما لأنه المقصر بترك الإشهاد هذا ما أخذه من المسألة الآتية وبينهما فرق واضح كما ستعلمه، فالذي يتجه أنه يرجع عليهما مطلقاً حيث لم يصدقهما كما اقتضاه إطلاق الشيوخين وغيرهما، ولو دفع لوكليه مالا لقضاء دينه فقال قضيته فأنكر الدائن حلف وأخذ حقه من الموكل ثم هو يرجع على وكيله وإن صدقه في الدفع لأنه وكيل في الدفع إلى من لم يأتتمه فكان من حقه الإشهاد عليه فإذا تركه كان مقصراً إذ لم ينتفع بأدائه، وبه فارق التصديق المذكور في المتن هذا إن أدى في غيبة الموكل لأنه المقصر إذ يلزمه الاحتياط لموكله ويصدق بيمينه أنه ما حضر، فإن

(قوله ولا وارث له غيره) أفاد أنه لا بد أن يقول أنا وارثه لا وارث له غيري، أو أنا وارثه المستغرق، فإن لم يقل ذلك فالذي يتجه أنه يجوز الإعراض عنه وسؤاله عن جهة إرثه فإن بين ما

أدى بحضرة الموكل فهو المقصر لأنه المحتاج للإشهاد حتى تبرأ ذمته فحيث تركه لم ينسب التقصير لغيره، وبه فارق المدين المؤدي ثم لأنه ليس نائبا عن أحد حتى يفترق الحال بين حضوره وعدمه، فحيث تركه لم يفده أداؤه شيئاً ولو بحضرة المالك الآذن فيغرم له وإن كان حاضراً. فالصواب ما في الحاوي من التصدير بما إذا وكله في قضاء دين إذ هي التي يفرق فيها بين حضور المالك وغيبته وإن أخل به الحاوي بخلاف ما صوره المصنف كالمحرر فإنه لا يأتي فيه ذلك كما تقرر.

ومن ثم قال النووي في الدقائق إنه تحريف فكان ينبغي للمصنف أن يأتي بتصوير الحاوي ويزيد فيه التفصيل المذكور وكذا في الوديع ونحوه، فإن قضية عبارة الحاوي نفي الضمان عنه مطلقاً إذا لم يشهد ومحلّه إن صدقه المالك وإن أنكر وكيه الرد لأن حقها الإخفاء، بخلاف أداء الحق في صورة الدفع لو كيّله لقضاء دينه السابقة فإن أنكر الموكل الرد أو الوكالة ضمن الوديع سواء أدى في غيبته أم حضوره خلافاً لما ذكره المصنف فيه أيضاً لما قدمته وحكم موت الشاهد وجنونه وغيبته ووحدته وتبين فسقه كما مر في الضمان (وإن جحد وكيل) في بيع دعوى موكله قبضه للثمن (قبض ثمن) بأن قال ما قبضته أو لم توكلني (وثبت) أنه قبضه (ضمنه) للموكل لخيانته ولا يصدق في دعوى تلف أو رد لمناقضة كل منهما دعواه، ومن ثم لو كانت صيغة جرده: لا تستحق على شيئاً أو نحوه صدق إذ لا مناقضة، ومحل ضمانه في الأول حيث لم تقم بينة بالتلف أو الرد (لا إن أثبت) أي أقام بينة (بتلف قبل جحد أو) أثبت (برد) ولو بعد الجحد فتسمع بينته خلافاً للحاوي لأن المدعي لو صدقه لم يضمن فكذا إذا قامت الحجة عليه ولأنه ربما كان ناسياً فتذكر فصار كما لو قال لا بينة لي ثم أتى بها (وصدق) الوكيل بيمينه (في) دعوى (تلف بعده) أي بعد الجحد لا لنفي الضمان لما تقرر بل (ليضمن) البديل للموكل لخيانته ففائدة تصديقه انقطاع المطالبة بالعين كما يصدق الغاصب في دعوى التلف وتنقطع عنه المطالبة بالعين وأولى.

يقتضي الاستغراق دفع له وإلا فلا، ولو بين له أن إرثه منحصر في ثلاثة مثلاً هو أحدهم وصدقه فواضح أنه يدفع له ثلث ما في الذمة لا شيئاً من العين لأن القسمة لا تجوز بغير إذن الشريك.

[باب في الإقرار]

وهو لغة الإثبات، وشرعاً إخبار خاص عن حق سابق لغيره عليه وعكسه الدعوى ولغيره على غيره الشهادة، أما العام عن محسوس فهو الرواية وعن حكم شرعي فهو الفتوى.

وأركانه أربعة: مقر، وصيغة، ومقر له، وبه.

الأول: المقر، وشرطه تكليف واختيار وعدم الحجر كما مر فحينئذ (يؤاخذ) بإقراره (مكلف) رشيد ولو كان كافراً أو فاسقاً وإن أقر بجناية وقعت منه قبل رشده، وكذا سكران متعد بسكره وإن كان غير مكلف لا صبي ومجنون ومغمى عليه وسكران لم يتعد فإن ادعى صبي أمكن أو نحو جنون عهد أو إكراهها ثم أمانة كحبس أو ترسيم وثبت بينة أو بإقرار المقر له أو بيمين مردودة صدق بيمينه ما لم تقم بينة بخلافه، ومر حكم الإقرار بالبلوغ وإقرار السفیه مفصلاً في باب الحجر والمفلس في بابه وإنما يؤاخذ مكلف رشيد مختار بأن (أقر عن رضا) فلا يصح إقرار مكره بما أكره عليه للنص في الكفر فغيره أولى، ويحصل الإكراه هنا بما يأتي في الطلاق كأن ضرب ليقر بخلافه ليصدق فأقر ولو في حال الضرب لأن المكره من أكره على شيء واحد وهنا إنما ضرب ليصدق ولا ينحصر الصدق في الإقرار وفيه بسط في الأصل، ولا تقبل بينة الإكراه إلا إن فصلت لاختلاف العلماء فيما يحصل به ولا يؤثر نحو الحبس في صحة الإقرار لغير من حبس لأجله، وتقدم بينة الإكراه على بينة الاختيار لم تقل كان مكرها وزال إكراهه ثم أقر.

الركن الثاني: الصيغة، وشرط فيها لفظ يشعر بالالتزام وفي معناه الكتابة مع النية وإشارة الأخرس ثم هي إما بدين أو عين فللاقرار بالدين ظاهراً صيغ (ك) قوله عليّ (لزيد) كذا أو (في ذمتي) كذا لأنه المتبادر منهما عرفاً لكنهم قبلوا التفسير في عليّ بالوديعة كما يأتي، فإن أراد بهما العين صدق في عليّ فقط، وللإقرار بالعين صيغ كقوله (عندي) أو لدي وقيل هذه للحاضر وعندي له وللغائب أو (معي) لزيد ألف، فلو ادعى وديعة وأنها تلفت أو ردها صدق بيمينه لأنها أدنى المراتب فحمل عليها عند الإطلاق وإن قبل تفسيره

[باب الإقرار]

بالمغصوبة ونحوها، وكذا بالدين لأنه أغلظ ولزید كذا في قبلي بكسر ففتح صالح للعين والدين على المعتمد، ولزید كذا إقرار لكن الأوجه أن محله في المعين وإلا فلا بد أن يضيف إليه نحو عليّ (و) يؤاخذ المكلف (بقوله لشريكه) في عبد أو أمة (الغني) في الوقت الذي نسب إليه الإعتاق فيه لإحالة الإقرار كما هو ظاهر بقدر قيمة نصيب القائل أو جزء منه (أعتقت) أو حررت مثلا أيها الشريك نصيبك أو شركك مثلا أو بعضه لأن هذه الألفاظ وإن لم تكن من الصيغ الموضوعية للإقرار كما أفاده بذكر الباء عطفًا على مقدر لكنها متضمنة للإقرار لعتق حصته أو ما أيسر به منها سراية وإن أنكر الشريك، ومن ثم لم يؤاخذ قائل ذلك المعسر بشيء إذ لا سراية، نعم إن اشترى نصيبه حكم بحريته لإقراره بها على كل تقدير (و) يؤاخذ المكلف أيضا بقوله (نعم) أو مرادفها ما يأتي (لجواب) من قال له (اشتر) أو استأجر أو تزوج أو أعتق أو استعر أو ارتهن أو استودع (عبدي) أو عبد فلان مثلا (هذا) فلا يقبل دعواه ملكه بعد ذلك لتضمن جوابه الإقرار له بملكه المستفاد من الإضافة أصالة، ومن ثم لو حذفها كهذا العبد لم يكن إقرارا بالملك بل باستحقاقه البيع فقط (و) بقوله لمدع شيئا ولو بلا حضرة قاض فيما يظهر (بعني) أو نحوه (ما تدعيه) لتضمنه الإقرار له بملكه المستفاد من استدعائه منه مع قوله ذلك (لا) بقوله لآخر (صالحني) عن دعواك أو عما تدعيه فلا يؤاخذ لعدم تضمنه الإقرار له بالملك لأنه ربما أراد قطع المنازعة والصلح يغلب وقوعه على الإنكار وملكتها منك أو من وكيلك إقرار لتضمنه ملك المخاطب عرفا لا على يدك لأن معناه كنت وكيلا في تملكها، وهذا وإن احتمله الأول أيضا لكنه بعيد (و) يؤاخذ أيضا بقوله (لجواب) من قال له (أليس لي) عليك ألف مثلا (أو) قال له (لي عليك) من غير استفهام (بلى) وكذا (نعم) لأن المفهوم منها عرفا هو الإقرار وإن أفهم وضع نعم عدمه ويظهر أنه لا يقبل إرادة هذا، وقول الدائن استوفيت من فلان ليس صريحا في استيفاء الكل فله الدعوى ببعضه (و) كذا (صدقت) بفتح التاء (وأجل) وجير وإي بمعنى نعم لأنها موضوعة للتصديق (و) كذا قوله لجواب ما مر (أبرأتني) منه أو أبرئتني منه كما بأصله فحذفه وإبداله بما قبله موهم أن بينهما فرقا وهو ممنوع وإن وقع فيه شارح.

وخرج بمنه ما لو قال من دعواك فهو لغو (و) قوله (قضيته) أو أديته لأنه قد اعترف بالشغل وادعى الإسقاط فليبينه (و) قوله (أمهلني) يوما أو أفضيك غدا أو حتى أجد كذا كالمفتاح أو ابعث من يأخذه أو لا أجد اليوم أو لأقضيك ونحو ذلك كنعم لجواب أخبرت أن لي عليك ألفا لأن المفهوم من هذه كلها عرفا هو الإقرار (و) قوله لجواب ما مر ونحوه (أنا مقربه) وإن لم يقل لك واحتمال لغيرك بعيد سيما وضمير به عائد للألف التي له والجواب منزل على السؤال، أو لست منكرا له أو لا أنكر دعواك أو ما تدعيه لأنه المفهوم من ذلك، بخلاف لا أنكر أن تكون محقا لاحتمال أن يريد بشيء آخر وإنما يتضمن كل من هذه الألفاظ الإقرار إن صدر (بلا) قرينة (استهزاء) وإلا كتحريرك الرأس تعجبا وإنكارا لم يكن إقرارا، لكن على أحد احتمالين ذكرهما الرافي وميله إليه، لكن الأوجه كما قاله الإسنوي وغيره مقابله لضعف القرينة (لا) إن ترك الصلة كأنا (مقر) أو لست منكرا والمفعول كلا أنكر فليس بإقرار كلا أقربه ولا أنكر إذ لا دلالة لواحد منها على شيء معين (ولا) إن قال أنا (أقر) لك (به) لاحتماله الوعد احتمالا قريبا، بخلاف لا أنكر ما تدعيه فإن احتماله له بعيد والاحتمال البعيد لا يعمل به حيث اعتضد مقابله بعرف أو لغة كما مر في مسائل على أن العموم للنفي أسرع منه للإثبات، ومن ثم عمت النكرة في حيز النفي فقط وللإسنوي في ذلك كلام مردود بسطته في الأصل (ولا) إن قال (زنه وخذه) أو استوفه أو اختم عليه أو اجعله في كيسك لأنه استهزاء أو أقررت لي ببراءتي أو بالاستيفاء مني لأنه لم يعترف بشيء أو أظن أو عسى لأنه لا جزم فيه، أو ليس لك علي أكثر من ألف لأن نفي الزائد عليه لا يوجب إثباته ولا إثبات ما دونه أو لزيد علي أكثر ما لك بفتح اللام لاحتماله الاستهزاء فليس إقرارا لواحد منهما فإن كسرهما كان إقرارا لزيد ولا إن قال نتحاسب أو لي مخرج من دعواك أو علي ألف إن جاء كذا وقصد التعليق أو أطلق لا التأجيل أو كتب لزيد علي ألف وقال: أشهدوا علي بما فيه لأن الكتابة بلا لفظ ليست إقرارا ومحله إن لم ينوه بها أو لا جوابا لا لك زوجة خلافا للحاوي، نعم هو كناية وأسكنتك هذه أو داري ثم أخرجتك منها إقرار له بيد صحيحة بخلاف كانت بيدك أمس وكان لك عندي أو علي ألف لغوا لا إن وقع جوابا لمن قال له: لي عليك ألف على الوجه، وقوله لمن شهد عليه هو عدل فيما شهد به إقرار كإذا شهد فلان علي بألف أو قال ذلك فهو صادق

(قوله وأمهلني) يتردد النظر في أنه هل هو كأبرأتني لا بد فيه من منه فكذا هنا لا بد من به

فإنه إقرار وإن لم يشهد، ويوجه بأن فهو صادق كالصريح في أن الألف لازمة له فلذا لم ينظر للتعليق في قوله إذا أو إن شهد .

الركن الثالث: المقر له فلا يؤخذ المكلف بإقراره إلا إن أقر (لأهل) لاستحقاق المقر به فلو قال لمن أعتقه عقب عتقه له علي ألف لم يصح لاستحالاته أو بعد ثبوته كما يأتي في رد كلام البلقيني، وكذا لو قال لدابة فلان علي كذا إلا إن أضاف للملكها أو لنحو وصية لها أو كانت مسبلة وإنما يصح للأهل إن (لم يكذب) هو أو وارثه المقر في إقراره بأن صدقه أو سكت وإلا بطل في حقه دون غيره كمن أقر بجناية على مرهون وكذبه المالك يصح في حق المرتهن حتى يتوثق بأرشها، وإن كان لا تخصم وترك المقر به بيد المقر فله حيث لم يظن أنه للمقر له التصرف فيه حتى بالوطاء، وليس لقاض نزعه منه إلا إن قال بيدي مال لا أعرف مالكة ولا يضر التكذيب في الجهة كله علي ألف من ثمن عبد فقال لا بل من ثمن جارية ولو صدقه المقر له بعد تكذبه أو أقام به بينة لم ينزع من يد المقر إلا بإقرار جديد، ولو أقام بينة أن دائنه أقر بالاستيفاء منه فأقام الدائن بينة بإقراره بعد إقامة البينة بعدم الاستيفاء تعارضتا وبقي الحق بحاله، وإنما يصح لأهل لم يكذب (معين) نوع تعيين بحيث يكون (تعيينا يتوقع معه طلب) لما أقر به كالأحد هؤلاء الثلاثة مثلا علي كذا، بخلاف لأحد أهل هذه البلد أي غير المحصورين فيما يظهر من كلامهم إذ لا طالب له فيبقى بيده، فإن قال رجل أنا المراد صدق المقر بيمينه ولا ينافي هذا ما مر في بيد مال لا أعرف مالكة لأن ذاك في العين وهذا في الدين فقولهم فيبقى بيده مرادهم بذمته فإن كان بعين انتزعه القاضي على الأوجه والمقر له الذي وجدت فيه الشروط المذكورة (كحمل) ولو قنا كما بينته في الأصل قال له علي ألف بإمكان كما سيذكره بأن أسنده إلى ما يمكن في حقه كإرث أو وصية أو لم يسنده إلى شيء حملا له على الممكن فإن أسنده إلى ما لا يمكن كباعني به شيئا لم يلزمه للقطع بكذبه، هذا ما في المنهاج والروضة واعترضه جمع بما رددته عليهم ثم مع الفرق بين هذا وتعقيب الإقرار بما يرفعه، وإنما يستحقه الحمل إن انفصل حيا لدون ستة أشهر من الإقرار مطلقا أو لما فوّه إلى أربع سنين وأمه خلية نظير ما يأتي أوائل الوصية، ويأتي هذا التفصيل فيما لو أقر بحمل (و) نحو (مسجد) ورباط ومقبرة (بإمكان) أي معه بأن أسنده إلى نحو وصية أو أطلق بخلاف ما لو أسنده لنحو بيع لما مر، ولو قال لهذا

أو يفرق والأقرب لكلامهم الثاني، ويوجه بأن أبرأني يحتمل أن يريد به من غير ذلك، كالدعوى

الميت عليّ كذا صح بتقدير كان له عليّ (وعبد) أي رقيق كقوله لعبد فلان أو لهذا عليّ كذا فهو إقرار لسيدة حملا على أنه جنى عليه مثلا (و) من ثم (يقع) الملك في المقر به (لمالكه) إذ لا ملك له ولا نظر خلافا للبلقيني لاحتمال أنه ثبت له في حال حرّيته وكفره ثم استرق أو كونه بمعاملة أو جناية عليه في حال رق غيره، لأن الأول نادر مع أن الأصل خلافه كالثاني فعملنا بالظاهر من أنه لا ملك له بل لسيدة الآن: أي ما لم يؤرخه كقوله من شهر مثلا فهو لسيدة في ذلك الزمن كما هو ظاهر فلا أثر لرده إلا إن كان مأذونا له، والكلام في غير مكاتب فالإقرار له وموصي بمنفعته فهو للموصى له وموقوف فهو للموقوف عليه ومبعض فهو بينه وبين سيده إلا في مهاياة فلذي النوبة ما لم يتحقق خلافه ومر أن الإقرار للدابة باطل ما لم يذكر جهة صحيحة (ك) أن يقول فلان (له) عليّ (بسبب دابته) ألف فيصح ويحمل على أنه جنى عليها مثلا فيملك فلان المقر به وإن باعها فإن قال لمالكها بسببها استحقه مالکها حال الإقرار.

وشرط الحكم بملك المقر له كون المقر به بيد المقر وتصرفه حسا أو شرعا. وإلا لم يؤثر إقراره الآن بل إذا حصل بيده بعد، فلو قال على ميت دين ثم ملك تركته قضى منهما، أو هذا رهن زيد ثم حصل بيده قضى منه أو حر ثم اشتراه صح نظرا للبائع لأنه ذو اليد واستنقاذا للعبد من الرق (و) حينئذ (اشتراه عبد) أو أمة ممن (قال) له المشتري إنك (أعتقته) ولم يصدقه (فداء) له منه لاعترافه بحرّيته فلا تثبت له أحكام البيع وبيع من البائع عملا باعتقاده، ومن ثم كان فداء (في حقه) أي المشتري فقط (فلا يخير) مجلسا ولا غيره ويخير بائع الكل حتى لو رد الثمن المعين بعيب جاز له استرداد العبد، بخلاف رده بعد عتق المشتري في غير ذلك لاتفاقهما على عتقه ثم، والشراء مثال فيصح استنجاره وتلزمه الأجرة ويكون فداء من جهته في المنفعة مدة الإجارة فلا يحل له الانتفاع به إلا برضاه (ووقف) في صورة الشراء (ولأوه) لأن البائع لم يعترف بعتقه والمشتري لم يعتقه (و) إذا مات وخلف تركة (أخذ المشتري) إذا لم يصدقه البائع في أنه أعتقه (ثمنه) أي قدره (من تركته حيث) مات وهو (لا وارث) بغير الولاء أو لا يرثه سوى البائع لأنه لا يرث منه شيئا أو له وارث غير مستغرق ويوقف الباقي إن كان لأنه إما كاذب في حرّيته فكل الكسب له وإما صادق فالكل للبائع إرثا بالولاء وقد ظلمه بأخذ الثمن منه وتعذر استرداده وقد ظفر بماله. أما إذا صدقه البائع على أنه

وأمهلني في هذا المقام لا يراد به إلا منها فلم يحتج إليها.

أعتقه فبرثه ويرد الثمن للمشتري، وأما إذا كان وارث مستغرقا كأخ فجميع ميراثه له وليس للمشتري أخذ شيء منه لأنه بزعمه ليس للبائع.

وخرج بأعتقه ما لو قال هو حر الأصل أو عتيق قبل شراء ذي اليد له فهو افتداء أيضا فيأتي فيه ما مر لكن لا ولاء عليه فإن مات فماله لوارثه ثم لبيت المال، نعم يأخذ المشتري منه قدر ثمنه في قوله عتيق إذا لم يكن له وارث غير المعتق الأول ولو قال حر استفسر فإن تعذر حمل على أنه حر الأصل كما هو ظاهر.

الركن الرابع: المقر به، وشرطه أن لا يكون ملكا للمقر حقيقة وأن يقدر على إنشاء التصرف فيه (و) من ثم (نفذ) الإقرار حالا (من مالك) للتصرف في المقر به ملكا لا يقبل العزل كما يعلم ما يأتي (بماله) شرعا (إنشأؤه) استقلالاً من التصرفات المتعلقة به كإقراره بعق قنه، بخلاف ما لا يمكنه إنشأؤه كإقراره بعق قن غيره أو يمكنه إنشأؤه لا استقلالاً كإقرار ولي الثيب بنكاحها، فعلم أن نفوذ الإقرار حالا مختص بما يمكنه إنشأؤه استقلالاً وأن نفوذه في الجملة لا يختص بذلك لما مر أن من أقر بحريته مثلا إذا صار في يده يؤخذ به وأن من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار ومن لا فلا، واستثنى من الأول والثاني مسائل بينها في الأصل وسنذكر كثيرا منها مع فوائد تتعلق بقوله مالك.

قال ابن عبد السلام: وهذا ظاهر أما باطنا فبالعكس أي أن من ملك شيئاً باطنا يلغو إقراره به لأن الإقرار ليس إزالة ملك بل إخبار عن ملك أو حق سابق للغير (و) نفذ الإقرار من (مريض) مرض الموت بمال وغيره ولو لوارث لأن الظاهر أنه محق مع أنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذب ويتوب فيها الفاجر، وصرح جمع بتأنيمه إن قصد الحرمان وليس بقيد إلا لمزيد الإثم لإثمه بالكذب وإن لم يقصد حرمانا (و) نفذ إقراره أيضا (بهبة) أو هدية أو صدقه (بإقباض) أي معه حال كونه نحو الهبة المصحوبة بالقبض من المقر وبإبراء (في) حال (صحة لوارث) خلافا للحاوي كالوجيز وإن لم يملك إنشأؤه وإلا لعجز عن إيصال الحق لمستحقه، فإن قيد بالمرض توقف على إجازة بقية الورثة وإن أطلق أو قال في عين عرف أنها ملكه هذه ملك لوارثي نزل على حالة المرض قاله القاضي، فيتوقف على إجازة بقية الورثة كما لو قال وهبته في مرضي، والعبارة في كونه وارثا بيوم الموت فيصح من عليه دين مستغرق الإقرار بعق قنه في

الصحة إذ لا تبرع، وللورثة أو بقيتهم تحليف المقر له إن باطن الأمر في الإقرار كظاهره، ولو أقر لولده بعين ثم قال كنت وهبتها له قبل فله الرجوع فيها (و) نفذ أيضا من مجبر وقت الإقرار، و(امراة) حرة كما بحثه الزركشي ولو سفيهة (بنكاح) لم تقيده بوقت لا يقبله كعدة أو إحرام كما بحثه الأذرعى إن صدقها الزوج وإن لم تملك إنشاء لأنه حقهما يثبت بتقاربهما وإن لم تفصل إن وقع في جواب دعوى وإلا اشترط تفصيلها كزوجني ولي بعدلين ورضائي، وهذا محمل تناقض وقع للشيخين، ولو كذبها الولي والشهود لاحتمال نسيانهم أو الزوج غير كفاء كما قاله البغوي لأنه ليس بإنشاء عقد.

وقوله ما رضيت لا يؤثر كما لو أقررت بنكاح وأنكر، لكن أفتى الغزالي بالمنع عند تكذيبه واعتمده الأذرعى وغيره، ولو أقررت لواحد والمجبر لآخر قدم السابق فإن أقرأ معا قدم إقرارها فإن جهل اتجاهه أنه يوقف إن رجع انكشافه وإلا بطل (و) من (مفلس) أي محجور عليه بالفلس كما مر في بابه بتفصيله (و) من (أعمى ببيع) أو نحوه (و) من (مجهول) حريته أو نسبه (برق) أو نسب (و) من (وارث) لمشاركه في الإرث وغيره (بدين) على مورثه وإن لم يملك كل من هؤلاء الأربعة إنشاء ما أقر به ما ذكر (و) نفذ أيضا من مكاتب مطلقا ومن (عبد) على نفسه مطلقا (لا على سيده) إذا لم يصدقه (بموجب) بكسر الجيم (مال) كجناية خطأ أو معاملة فيتعلق نفسه إن لم يكن عينا وبدله إن كان عينا ولو باقية بذمته يتبع به إذا عتق لا برقبته لأنه متهم، ويتعلق ما ذكر بذمته فقط (إلا) إن كان مأذونا له في تجارة وأقر بدين وصرح أنه لزمه (لتجارة) أي لأجلها (وقتها) أي قبل الحجر عليه فلا يختص بذمته بل يؤديه من كسبه وما في يده لأنه يملك إنشاءه فيشمل المستثنى منه إقرار غير المأذون مطلقا والمأذون بما لا يتعلق بالتجارة كالقرض أو بما لم يعين جهته أي وتعذرت مراجعته وإلا عمل بتفسيره وقراره بعد الحجر بدين معاملة أضافه لما قبله، فكل ذلك مختص بذمته وإن صدقه السيد في الأولتين لتقصير معاملة فإن صدقه في الأخيرة

(قوله ولو أقرت لواحد والمجبر لآخر قدم السابق فإن أقرأ معا قدم إقرارها إلخ) قيل هل يأتي

تفصيل الرجعة أي الممكن منها هنا أو يفرق؟ قلت: الفرق واضح من وجوه:

الأول: من حيث وضع المسألة فإن المقر هنا تقرر لغيرها عليها بحقوق ووليها المجبر يقر لآخر عليها بحقوق أخرى، وكل من المقر لهما مصدق بالزوجية المقتضية لتعلق حقوقها بذات المرأة أمر متفق عليه بينها وبين الولي، وإنما الخلاف فيمن انتقلت تلك الحقوق إليه وكان القياس تقديم إقرار المجبر كما قالوه فيما لو عينت كفوًا وهو كفوًا أنه مقدم عليها وذلك لأنه أعرف منها بالرجال

تعلق بكسبه كما هو ظاهر أو في نحو الإلتلاف تعلق برقبته فيباع فيه إلا أن يفديه السيد بالأقل من قيمته وقدر الدين وإذا بيع لم يتبع بعد عتقه بما بقي من الدين .

أما موجب حد أو قود فيقبل إذ لا تهمة فإن عفا مستحق القود بمال تعلق برقبته وإن كذبه السيد لأنه إنما ثبت بالعفو تبعاً، ويقبل في سرقة للقطع لا للمال إلا إن صدقه سيده فيتعلق برقبته فقط وله فداؤه (وإقرار) شخص حال (مرضه) بدين كهو في صحته بدين آخر فيستويان (و) إقرار (وارثه) بعد موته (كصحته) أي كإقراره فيها بدين فيشارك المقر لهما، ولو صدق الوارث مدعيًا الثلث وصية ومدعيًا دينًا مستغرقًا معاً أو مرتباً قدم الدين لأنه أقوى (وقدم) من أقر له الميت في مرضه أو صحته أو الوارث بعد موته مورثه (بعين) على من أقر له أحدهما بدين ولو مستغرقًا وإن تخلف الإقرار بها ولم يخلف غيرها، ولا نظر إلى تعلق الدين بها بالموت لأنها أقوى منه في الجملة، ألا ترى أن من أثبت على تركه ديناً كان للوارث إمساكها وقضاؤه من ماله، بخلاف من أثبت عيناً منها ليس للوارث إمساكها وإعطائه بدلها، ويصح الإقرار بمبهم كشيء ويجب تفسيره (و) من ثم (حبس لتفسير مبهم) لم تمكن معرفته بغير مراجعته كالممتنع من أداء الدين ثم إن فسره ببعض المدعى به فإن وافقه المقر له على إرادته حلف له على نفي الزيادة وإلا حلف على نفيها ونفي الإرادة يمينا واحدة فإن نكل حلف المدعي على استحقاقها لا على إرادته لها إذ لا اطلاع له على ذلك أي مع عدم الاضطرار إليه لأنه يكفيه الحلف على الاستحقاق كما تقرر .

وبه يفرق بين هذا وما يأتي أنه لو طلقها بالكناية فادعت نيته حلف فإن نكل حلفت أنه نوى وطلقت أو بغير المدعى به كأن بين بدرهم فادعى بدينار، فإن صدقه في إرادة الدرهم أو كذبه فيها وقال إنما أردت الدينار ووافقه على أن الدرهم عليه ثبت لاتفاقهما

والأكفاء وبال عقود الواقعة وكيفياتها، ولأنه يخبر عما باشره وهي تخبر عن إخبار الغير لها كالمستأذنين لها، ولا شك أن الأول أقوى لكن لما عارض هذا أن الإنسان يحتاط لنفسه ما لا يحتاطه غيره له لم يقدم واحد منهما بل ينظر إلى الإقرار السابق فيقدم لأنه لم يزاحمه غيره ابتداءً وإنما طرأ مزاحمه فلم يقدر على رفعه وليس هنا أصل يرجع إليه ثم فهناك أصل هو بقاء العدة المقوي لقوله ومانع مخالف للأصل وهو الولادة مثلاً والمضعف لقولها فلاجل هذا نظروا إلى زمن الانقضاء وزمن الرجعة وما المتفق عليه منهما ليحصل الأصل المقوي له تارة ولها أخرى .

وبعد أن تقرر اختلاف الوضعين وأنه لا أصل هنا يرجع إليه وثم أصل يرجع إليه وجب تباينهما في الأحكام المتفرعة عليهما، غاية الأمر أنهما قد يتفقان في بعض الأحكام صورة لا مدركاً فلا ينظر

عليه وإن لم يوافق عليه فيهما بطل الإقرار به وهو في الصور الأربع مدع للدینار فيحلف المقر على نفيه في الكل وعلى نفي إرادته أيضا في صورتی التکذیب، فإن مات ولم يفسر طولب وارثه فإن امتنع والمقر به عين أو دين وقفت التركة كلها حتى يفسر وإن جاز له التفسير بنحو سرجين احتياطا، ويتجه في المجنون أنه كالعائيب فيعين مقدارا ويحلف عليه أما إذا أمكنت معرفته بغير مراجعته كله عليّ زنة هذه من الدراهم وكان أتى بطريق يمكن معرفتها بالحساب فيرجع إلى ما أحال عليه من غير حبس، ومن ثم (لا) حبس، عليه في (نحو) قوله يخاطب اثنين (لكل منكما) عليّ (ألف ونصف ما للآخر) عليّ (إذ لكل) منهما (ألفان) إذ لا يصدق أن لكل ألفا ونصف ما للآخر إلا إذا كان لكل ألفان (أو) قال لكل منكما عليّ ألف (وثالث ما للآخر) عليّ (فلكل) منهما (ألف ونصفه) أي ونصف الألف وهو خمسمائة وحينئذ صدق أن لكل ألفا وثالث ما للآخر (و) هذا في العطف ففي الاستثناء بأن قال لكل منكما عليّ ألف (إلا نصف ما للآخر) عليّ (فلكل) عليه (ألف إلا ثلثه) أي وهو ستمائة وستة وستون وثلثان لأن كلا إذا كان له ستمائة وستة وستون وثلثان صدق أن لكل ألفا إلا نصف ما للآخر إذ نصفه ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث (أو) قال لكل منكما عليّ ألف (إلا ثلث ما للآخر) عليّ (فلكل) منهما عليه (ألف إلا ربه) وهو سبعمائة وخمسون ويصدق حينئذ أن لكل ألفا إلا ثلث ما للآخر وهو مائتان وخمسون (أو) قال لكل منكما عليّ ألف (وثلثا ما للآخر) عليّ (فلكل) منهما (ثلاثة آلاف) إذ يصدق حينئذ أن لكل ألفا وثلثي ما للآخر (أو) أتى بمقدارين متفقين مع كسرين مختلفين كل منهما مستثنى غير متعدد كأن (قال لزيد) عليّ (ألف إلا نصف ما لعمرو) عليّ (ولعمرو) عليّ ألف (إلا ثلث ما لزيد) عليّ (فلزيد ثلاثة أخماس الألف) وهو ستمائة (ولعمرو أربعة أخماسه) وهو ثمانمائة ويصدق على الستمائة أنها ألف إلا نصف ثمانمائة وعلى الثمانمائة أنها ألف إلا ثلث ستمائة (أو) أتى بمقدارين متفقين مع

إلى ذلك، مثاله ما لو اختلفا في السابق ثم ولم يتفقا على وقت فهنا يصدق السابق كما في مسألة الإقرار، لكن المراد هنا السابق في الوجود لأن العلم يحيط به وأما ثم فالمراد السابق بالدعوى لأنهما حيث لم يتفقا على وقت لم يمكن علمه حقيقة بل بقريئة ترجع إلى الأصل، وقد بينوها بأنه إن كان السابق هي فالمدرک اعتضاد دعواها بالأصل، أو هو فالمدرک اعتضاد دعواه بالاتفاق والأصل عدم الانقضاء كما يعلم ذلك بتأمل ما بسطوه ثم، فهما وإن اتحدا في تصديق السابق لكن اختلفا فيه تصويراً ومدركاً فاتحاد البابين في تقديم السابق إنما هو في الصورة دون المدرک كما علمت فلا يكون

كسرين مختلفين وكل منها معطوف غير متعدد كأن قال (لزيد) عليّ (ألف ونصف ما لعمرو) عليّ (ولعمرو) عليّ (ألف وثلث ما لزيد) عليّ (فلزيد ألف وأربعة أخماسه) وهي ثمانمائة (ولعمرو ألف وثلاثة أخماسه) وهي ستمائة، ويصدق على ألف وثمانمائة أنها ألف ونصف ألف وستمائة وعلى ألف وستمائة، أنها ألف وثلث ألف وثمانمائة (أو) أتى بمقدارين مختلفين وكسرين كذلك وكل منهما مستثنى غير متعدد كأن قال (لزيد) عليّ (ألف إلا ثمن ما لعمرو) عليّ (ولعمرو ألفان إلا نصف ما لزيد) عليّ (فلزيد ثمانمائة ولعمرو ألف وستمائة) لأنه يصدق على ثمانمائة أنها ألف إلا ثمن ألف وستمائة وعلى ألف وستمائة أنها ألفان إلا نصف ثمانمائة، وإذا قال له عليّ شيء أو له عليّ كذا رجع في التفسير إليه (وقبل) منه (في) قوله له عليّ (شيء و) قوله له عليّ (كذا تفسير) ولو (بحبة) من نحو بر وقمع باذنجانة ما لا يتمول لكنه من جنسه وحد قذف وحق شفعة (ونجس يقتنى) ككلب قابل للتعليم وخمر محترمة وكذا بميتة لمضطر على الأوجه أي قبيل الإقرار، بخلاف محرم الاقتناء كخنزير وخمر غير محترمة وكلب لا ينفع إذ ليس فيه اختصاص إذ لا يلزم رده ومن ثم يقبل به لدمي على الأوجه لوجوب رده عليه، وقبل تفسير شيء كذا (بنجس) وإن لم يقتن كخنزير لا نحو حد قذف (في) قوله (غصبتة) كذا أو شيئاً لأن الغصب لا يقتضي التزاماً لأنه الأخذ قهراً أي لغة وعرفاً عاماً فلا ينافي ما يأتي في حده ومثله له عندي كذا أو شيء، بخلاف عليّ (لا رد سلام وعبادة) لمريض في له عليّ شيء أو كذا ولا في غصبتة لبعده فهمها في معرض الإقرار إذ لا مطالبة بهما، نعم يقبل بهما في عليّ حق لأنه يطلق عرفاً عليهما، بخلاف الشيء (و) قبل (في) له عليّ (مال)

التفريع ثم موافقاً للتفريع هنا، وكذلك إذا وقعا معاً تصدق هي في البابين لكن المدرك مختلف لأنه ثم لا يعلم إلا منها غالباً وأن الانقضاء محقق فهو أصل وهنا كون الذي يثبت متعلق بيدها ثم ما قالوه ثم من أن الاعتبار السابق بالدعوى وأن محل تصديقه إن تراخى كلامها عن كلامه وإلا فهي لا تتأتى هنا لما علمت من اختلاف الموضوعين المقتضى لاختلاف المدارك، ومن ثم عللوا كلا من هذين الحكمين ثم بعلّة لا تتأتى هنا، ومن ثم لو أشكل السابق هنا وقف الأمر أخذاً مما قالوه في نكاح الوليين وهنا لا يتأتى وقف بل يصدق هو لأن الأصل بقاء العدة وولاية الرجعة وهنا لا أصل كما تقرر.

[تنبيه] لم تزل الطلبة تستشكل ما وقع لهم في مسألة الرجعة المذكورة أن العبرة بالسابق بالدعوى ولو عند غير الحاكم ولا يعلم أن الأصحاب ذكروا نظير ذلك في مسألة قط انتهى .

وقد علمت مما قررتّه الآن سر اختصاص تلك المسألة بذلك وهو أن الزوجين لما لم يتفقا على

وإن صدقه بنحو حقارة (و) له عليّ (مال عظيم أو كثير) أو كبير أو خطير أو جليل أو نفيس، وكذا لو جمع بين هذه كلها (أو أكثر من مال زيد) أو ما بيده أو حكم عليه به تفسير كل منها (بتمول) وإن قل وكثر مال فلان لصدق اسم المال عليه ووصفه بنحو العظم لا ثم غاصبه وكفر مستحله وبنحو الأكثرية على غيره لأنه أحل منه وقليل الحلال خير من كثير غيره، ولو قال بمال لكان أولى إذ يقبل بمال غير متمول كثمرة وحبّة بر فالمتمول أخص مطلقاً إذ هو ما يسد مسداً ويقع موقعا من جلب نفع أو دفع ضرر ما له قيمة كفلس وعد نحو حبة البر غير مال في البيع إنما هو لعدم تمولها (و) بنحو مكاتب و (أم ولد) لأنها مال ينتفع بها وتؤجر على أنه يصح بيعها في صور تأتي إن شاء الله تعالى (لا) بموقوف عليه مطلقاً لأنه ملك لله تعالى ولا (نجس) وإن اقتني لأنه لا يسمى مالاً؛ ولو قال له عليّ مثل ما في يد زيد (أو مثل مال زيد) عليّ (ف) يقبل تفسيره (بمثله) لا بأقل منه قدراً بخلافه جنساً ونوعاً، نعم إن قال جنساً حمل عليه دون القدر وفارق الأكثر بأنه محتمل لما مر فيه احتمالاً قريباً ولفظ مثل لا يحتمله كذلك والإبهام في أكثر من مال فلان في الجنس والنوع والقدر وفي أكثر منه عدداً في الأولين ثم الدرهم المقر به إذا أطلق يحمل على إسلامي زاد عليه درهم البلد أو نقص فإن فسر بغيره فسيأتي، فقوله الآتي بإسلامي الموهوم أنه لا يحمل عليه إلا إن فسر به غير صحيح وحمل البيع على الغالب لأنه إنشاء معاملة والغالب وقوعها في كل بلد بما يروج فيها.

والإقرار إخبار عن حق سابق يحتمل ثبوته بمعاملة في غير ذلك فيرجع إلى الدرهم الشرعي (و) قبل (في درهم ودرهمهم) بالتصغير (ودرهم صغير) أو كبير أو جليل مثلاً (ودينار) أو دنينير ودينار حقير أو جليل مثلاً تفسير (بإسلامي) وهو من الدراهم ستة دنانق والدانق ثمان حبات أي شعيرات معتدلات لم تقشر وقطع من طرفيها ما دق وطال وخمسا حبة، ومن الدنانير مثقال وهو ثنتان وسبعون حبة (وكذا) يقبل تفسيره لذلك (بناقص

وقت لم يمكن الاطلاع على حقيقة السابق في الوجود المقتضية لتقدمه، ولما تعذرت عليهم تلك الحقيقة رجعوا لما يدل عليها وهو السبق بالدعوى لأنها إن سبقت وجد لها حينئذ عاضد قوي فقدم قولها وإن سبق وجد له عاضد قوي فيقدم قوله وقد أشرت إلى ذلك بقولي آنفاً إن كان السابق هي فالمدرك إلخ وإن كان السابق هو فالمدرك إلخ.

وأما المسائل فالسابق فيها في الوجود يمكن الاطلاع عليه بالبينة أو ما في حكمها كاليمين ولا يتصور في السبق بالدعوى فقط عاضد بعينه فلم ينظروا إليه، وهذا الذي قررت هو السبب في أن

ومغشوش إن وصل) التفسير بإقراره وإن لم يكن دراهم البلد كذلك فإن فصل ذلك لم يقبل نظير ما يأتي في الاستثناء (أو) إن (غلب) الناقص والمغشوش في التعامل ببلد الإقرار وإن فصل حملا على المعهود ولو لم يفسرها وتعذرت مراجعته حمل على دراهم البلد الغالبة كما بينته في الأصل مع الرد على من زعم أن كلام المصنف كأصله يخالف كلام الشيخين (لا) التفسير (بفلس) لأن الدراهم عند الإطلاق إنما تنصرف إلى النقرة، لكن بحث جمع قبول التفسير بها وإن فصل إذا غلبت وهجر غيرها بحيث لا يؤخذ إلا عوضا عنها ويقبل تفسيره بجنس رديء من النقرة وبغير معتاد السكة كتفسير الثوب بما لا يعتاد لبسه، وفارق الناقص لرفع بعض ما أقر به بخلافه هنا (و) قبل في قوله لفلان (ألف في) ولم يرد بها معنى مع أو من هذا (العبد) أو ثمنه تفسيره لأنه لفظ مجمل (بأرش) وجب بجناية هذا العبد على المقر له أو ما له وتعلق برقبته فللمقر له الألف إن وفي به وإلا فقدر قيمته ولا يتعين بيعه (و) بنحو (رهن) عنده به فيلزمه الألف (ووصية بالألف) من ثمنه فيباع لأجله ويتعين الصرف له من ثمنه امتثالا لشرط الموصي ما لم يرض المقر له على الأوجه.

وفارق ما مر في الجاني بأن حق الموصي له يثبت مع حق الوارث في وقت واحد وهو وقت الموت وحق المجني عليه متأخر عن حق السيد فكان أضعف (وقرض) للألف في ثمنه لأن اللفظ يحتمل ذلك (وشراء) المقر له نحو (عشره) أي العبد (به) أي بالألف بأن قال وزنها في ثمن عشره فله عشره ولا نظر لقيمته، هذا كله إن لم يأت بعليّ وإلا لزمه الألف بكل حال ولم يقبل تفسيره بجناية أو وصية أو شراء وله عليّ ألف عبدي هذا كفى هذا العبد لكن لا يتصور معه التفسير بالمشاركة أو بالشراء للمقر له ودرهم في هذا الدينار كألف في هذا العبد.

أما إذا أراد بفي مع فيلزمه وفي ميراث أبي ألف إقرار عليه بالألف، ولا يقبل تفسيره بشيء مما مر لأنه يوجب تعلق الألف بجميع الميراث؛ فلو قبل تفسيره بشيء من ذلك لاختص به وضاع لو تلف حق المقر له في الجناية وانقطع حق تعلقه في الرهن مثلا فيصير كالرجوع عن الإقرار بما يرفع كله أو بعضه (و) قبل في قوله له (عليّ) ألف مثلا تفسيره

المعتمد في هذه المسألة بخصوصها أن العبرة بسبق الدعوى عند غير الحاكم لأن القوة المترتبة على السبق التي أشرت إليها موجودة سواء أكانت الدعوى عند الحاكم أو غيره، وما ذكر أنه لم يعلم أن الأصحاب ذكروا نظير ذلك في مسألة قط يرد عليه ما هو مسطر في دعاوى في عين ليست بيد

(بمؤجل) بأجل صحيح لا كالقرض (إن وصل) به ذكر الأجل وإلا لم يثبت وظاهر أن المراد بالوصل هنا نظير ما يأتي في الاستثناء (و) قبل في قوله له عليّ أو معي أو عندي ألف تفسير (بوديعة) وإن لم يتصل على المعتمد لاحتمال إرادة وجوب حفظها على أن عليّ قد تستعمل بمعنى عند نحو - ولهم عليّ ذنب - (والقول قوله) أي المفسر بالوديعة بيمينه إن كذبه المقر له فيحلف فيما إذا قال المقر له لي عليك ألف آخر وهو الذي أردته بإقرارك إنه ليس له عليه ألف آخر وإنه لم يرد بإقراره إلا هذه والقول قوله أيضا هنا، وكذا في جميع المسائل السابقة خلافا لما يوهمه كلامه كأصله والآتية (في تلف) لها (و) في (رد) لها على مالكها إن ادعى أحدهما (بعده) أي بعد تفسيره المذكور وإلا لم يصدق وإن ادعى نسيانا أو غلطا لتكذيبه نفسه إذ التالف والمردود لا يكونان عليه ولا عنده ولا معه (و) القول له أيضا (في) ما إذا قال لآخر (هو) أي هذا العبد أو البيت مثلا (لك عارية) برفعه أو غيره فيكون إقرارا بها فله الرجوع فيها لاحتمال أن اللام للاختصاص (و) القول (قول منكر قبض مبيع أقر بثمانه) فيما إذا قال متصلا له عليّ ألف من ثمن هذا ثم ادعى ولو منفصلا أنه لم يقبضه لأن ما ذكره آخر لا يرفع الأول، بخلاف من ثمن نحو خمر.

أما إذا فصل من ثمن نحو عبد عن له عليّ ألف فلا يقبل قوله فيه لأنه خلاف الظاهر (أو) منكر (فهم ما لقد) -ه أو قاله بلا تلقين فيما يظهر، وكأنهم إنما قيدوا به جريا على الغالب من نحو عقد أو حل بغير لغته فإن قال لم أفهمه (وأمكن) عدم فهمه له بأن لم يكن له مع أهل تلك اللغة اختلاط فيصدق بيمينه لظهور دعواه، وإنما يقبل التفسير بالوديعة إن قال عليّ كما مر (لا) إن قال له ألف (في ذمتي) أو دين عليّ فلا يقبل تفسيره (بوديعة) بل يصدق المقر له بيمينه إذ العين لا توصف بكونها ديناً أو في الذمة، والإقرار بالهبة والملك ليس إقرارا بالقبض إلا إن كان بيد المقر له، ولو قال وهبته له وقبضه بغير رضاي صدق بيمينه لأن الأصل عدم الرضى، ولو ادعى فساد عقد أقر به لم يقبل وإن قال ظننت صحته لأن الاسم عند الإطلاق يحمل على الصحيح، نعم يقبل لتحليف المقر له كما لو أقر قبض نحو قرض وثمان مبيع خلافا لما وقع في الجواهر فإن نكل حلف المقر وثبت

واحد من اثنين وقد تداعياها ولا بينة يؤمران بالعدو إليها فمن سبق منهما ووضع يده عليها يثبت له الحكم الداخل قبل مجيء الآخر فقبل قوله بيمينه فهذه نظير مسألتنا لأنه لما تعذر معرفة السابق بوضع اليد قبل الآخر أمراً بما يحصل ذلك لتحصل القوة حينئذ.

ما ادعاه (وقبل فيه) أي الإقرار (كطلاق وعتق ونذر استثناء) وهو إخراج ما لولاه لدخل فيما قبله بإلا ونحوها كغير، وإن رفع أو أجر أو سكن أو بنحو أخط أو أترك أو استثنى تقدم المستثنى كعليّ إلا خمسة عشر أم تأخر، وإنما يقبل في كل مما ذكر استثناء (متصل) بالمستثنى منه بحيث يعد معه كلاماً واحداً كأن فصل بنحو سكتة تنفس أو عى أو تذكر أو انقطاع صوت وكذا بأستغفر الله كذا فلان على ما نقله الشيخان لكن نظراً فيه، بخلاف سكوت طويل أو كلام أجنبي عما هو فيه كالحمد لله إذ لا يلايم الاستثناء، بخلاف أستغفر الله لأنه استدراك لما سبق منه فكان ملائماً له فلا يمنع الصحة على ما مر وإنما يقبل إن (قصده) المقر في حال كونه (مقراً) بأن يقصده قبل فراغ الإقرار وإن لم يقارن إلا آخر حرف منه فلا يكفي بعد تمامه وإلا لزم رفع الإقرار بعد لزومه، ويجري هذان في تعليق الطلاق بالمشيئة وغيرها، واستبعاد الزركشي اشتراط القصد في الإقرار رددته في الأصل، ويقبل الاستثناء (ولو) كان (من نفي) فإنه منه إثبات ومن الإثبات نفي، ففي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية يلزمه تسعة إذ المعنى إلا تسعة لا تلزمني إلا ثمانية تلزمني فيضم إليها الواحد الباقي من العشرة، فإن قال مع ذلك إلا سبعة وهكذا إلى الواحد يلزمه خمسة كما أوضحت ثم مع توجيه لزومها في ليس له عليّ شيء إلا خمسة، بخلاف ليس له عليّ عشرة إلا خمسة لا يلزمه شيء لأن عشرة إلا خمسة خمسة فكانه قال ليس له عليّ خمسة بجعل النفي متوجهاً إلى مجموع المستثنى والمستثنى منه، ويسمى استثناء منقطعاً لوروده في القرآن وغيره؛ ففي له عليّ ألف إلا ثوباً يفسره بما قيمته دون الألف فإن بين بثوب قيمته ألف لغا البيان وبطل الاستثناء لأنه بين ما أراد به فكانه نطق به (لا) استثناء (مستغرق) فلا يقبل كعشرة إلا عشرة لأنه رافع لجميع ما أثبتته، بخلاف عشرة إلا خمسة أو عشرة إلا خمسة إلا عشرة إذ يلزمه خمسة إلغاء لما به الاستغراق (ولو) كان الاستغراق إنما حصل (بتفسيره) أي المقر كأن فسر الثوب فيما مر بما يساوي ألفاً فيلغو ويلزمه الألف وفي ألف إلا شيئاً أو شيء إلا شيئاً مثلاًهما مجملان فيفسرهما ويجتنب الاستغراق وإلا لغا.

وإنما يلغو المستغرق إن وقع (بلا إخراج) له من الاستغراق باستثناء آخر كعشرة إلا

وبهذا يتجه أن ذلك لو فعله غير حاكم بأن تداعياها بين يديه فأمرهما بالتسابق فسبق أحدهما بوضع اليد قدم ووجب على الحاكم الحكم له بذلك، ولغير هاتين الخصوصيتين لم أبال بطول الكلام فيهما لأن ما لا يرى في غير كتاب المؤلف يحتاج إلى بسط الكلام وإيضاحه لئلا يبادر من لا علم

عشرة إلا أربعة فيلزمه أربعة لأن الكلام بآخره وهو غير مستغرق وقس عليه (ولا يجمع مفرق) بالعطف في المستثنى والمستثنى منه أو فيهما (له) أي لأجل الاستغراق حتى يحصل أو يسقط نظرا لتعدد اللفظ الذي هو من مدار الاستثناء ففي درهمان ودرهم أو درهم ودرهم ودرهم إلا درهما، وفي درهم ودرهما إلا درهمين ثلاثة لأن المستثنى منه إذا لم يجمع مفرقه كان الدرهم الواحد مستثنى من مثله فيستغرق ويلغو، وكذا يقال في الدرهمين في الأخيرة وفي ثلاثة إلا درهما ودرهمين درهمان لأن المستثنى إذا لم يجمع مفرقه لم يبلغ إلا ما به الاستغراق وهو درهمان، وفي درهم ودرهم ودرهم إلا درهما ودرهما ودرهما ثلاثة لأنه إذا لم يجمع مفرق الطرفين كان المستثنى درهما من درهم فيلغو.

وخرج به الجمع الذي لا استغراق به كعشرة إلا درهما ودرهما وهكذا إلى تسعة فيجمع المفرق ولا يلزمه إلا درهم فإن ذكر العاشر لغا فقط لحصول الاستغراق به، واستغنى بذكر شروط الاستثناء السابقة هنا عن إعادتها في الطلاق والعتق والنذر، ويصح الاستثناء ولو بالقوة كهذه الدار له وهذا البيت منها لي ولو قال هؤلاء العبيد له أو أعتقتهم إلا واحدا رجع لتعيينه لأنه أعرف بمزاده (وصدق) بيمينه (مستثنى عبد) فيما إذا ماتوا أو قتلوا إلا واحدا لو ادعى (أنه الحي) لاحتمال دعواه، ولو أقر لورثة أبيه بما لم يدخل لأن المتكلم لا يدخل في عموم كلامه إلا إن نص على نفسه على الأوجه (ولزم) المقر ما أقرب به في قوله لآخر مخاطبا له مثلا (لك ألف في) أو من (ميراث) أي تركة (أبي) لأنه إقرار على أبيه فيدفع منها إن بقيت ووفت به وإلا لم يلزمه شيء إن تلفت ولا تكميل إن نقصت.

وخرج بلك عليّ لك فيلزم الألف ذمته لا تركة أبيه ما لم يقدم ميراث أبي كعليّ لك في ميراث أبي ألف فيلزم التركة لأنه ليس فيه تعقيب للإقرار بما يرفعه، بخلاف ما لو أخره فإن أول كلامه صريح في لزومه لذمته وأخره يرفع ذلك فبطل وبقي الأول بحاله وبميراث أبي ميراثي من أبي أو في مالي فإنه لغو كما يأتي لاحتمال التبرع هنا بوعده أو غيره بقريئة إضافتها إلى نفسه بخلافه في الأول (و) لزم المقر ما أقرب به في قوله (هذا) الثوب أو العبد (لك وكان ملكي إلى الآن) إلغاء لآخر كلامه لأنه رفع للإقرار قبله فهو كله وليس له، ولو

عنده إلى إنكاره من أول وهلة كما طبع عليه الآن أكثر الطلبة ممن حرموا بذلك شم رائحة العلم النافع، وفقنا الله لشهود الحق وسلوك طرقه وألحقنا بأهله في الدنيا والآخرة بمنه وكرمه.

عكس كهو لي وكان ملك زيد إلى الآن صح أيضا وهو إقرار بعد إنكار، بخلاف داري التي أملاكها لزيد لعدم انتظامه (خلاف الشهادة) بأن زيدا أقر بأن هذا ملك عمرو وكان ملك زيد إلى أن أقر به فإنها لا تسمع لتناقضها فلم يقبل في حق الغير، والمقر يشهد على نفسه فيؤاخذ بما يصح من كلامه (و) لزمه ما أقر به إذا عقبه بما يرفعه كأن قال لك (عليّ ألف قضيته) وليس هذا مكررا مع نظيره السابق كما بينته في الأصل (أو) ألف (لا يلزم أو) ألف (بعقد فاسد) كبيع نحو خمر ولو ذميا على الأوجه لأنه كقوله عليّ ألف لا يلزمني، ومن ثم لو قدم الرافع كعليّ من ثمن خمر ألف لم يلزمه شيء ولو ادعى أنه ظن أن ثمن الخمر يلزمه أي وأمكن ذلك كما هو ظاهر حلف المقر له على نفيه فإن نكل حلف ولم يلزمه شيء، ولو قال لزيد عليّ ألف في هذا الصندوق (أو في الكيس) أو في هذا الكيس لزمه الألف (وإن لم يكن) فيه شيء لأن عليّ للزوم فلا نظر لما عقبها به، نعم إن وصف الألف بالذي كالألف الذي في هذا الصندوق (أو الألف الذي في الكيس فما وجد منه) أي الألف بالصندوق أو الكيس يلزمه لا أزيد منه لو نقص ولا شيء لو لم يكن فيه شيء لأنه لم يلتزم إلا ما فيه لجمعه بين الإضافة والتعريف: أي وتعريف الموصول أقوى من تعريف آل لدلالته على العلم بالصلة واستقرارها في ذهن السامع فلا يكفي تعريف آل وحدها على الأوجه، ومن أقر بشيء وذكر معه ظرفه أو مظروفه لزمه ما أقر به (لا ما جعل ظرفا) له (و) لا ما جعل (مظروفا) له لأن الإقرار يعتمد اليقين أي الظن القوي وهو متخلف هنا فيجب في له عندي غمد فيه سيف، ونحوه (كخاتم فيه) أو عليه (فص) أو عبد عليه ثوب الظرف وحده (و) في (عكسه) كفص في أو على خاتم وزيت في جرة الظروف وحده، وفي فرس عليه سرج وأمة ببطنها حمل الفرس والأمة فقط، وفي سرج على فرس وحمل في بطن أمة السرج والحمل فقط، وفي فرس يسرجه يلزمه لأن الباء هنا بمعنى مع، وكذا ثوب مطرز أي بتشديد الراء وإن ركب الطراز بعد نسج الثوب لأنه كالجزم منه وبه فارق نحو فرس مسرج (و) لو أطلق كخاتم أو أمة (تبع خاتما فيه فص) لأنه يتناولوه فلم يقبل قوله لم أرد، بخلاف خاتم فيه فص لقريظة الوصف الموقع في الشك (لا أنثى حمل) فلا يتبعها لأن الإقرار إخبار وربما كانت له دونه كأن كان موصى به بخلاف البيع، ومن ثم صح له هذه إلا حملها بخلاف بعثها إلا حملها ومثله الثمرة ولو غير مؤبرة.

(قوله خلاف الشهادة إلخ) قد يقال تبعض الإقرار والشهادة جائز فيأتي تفريق الصفة في كل

(و) لغا قول الإنسان لغيره (مالي) أو داري (لك) ومالي لزيد (أو لك) أو لزيد (فيه) أي في مالي ألف أو ثوب لأن الإضافة تقتضي الملك له بل ظاهرة فيه فنافت الإقرار به لغيره، نعم إن أراد به الإقرار صح لحمل الإضافة حينئذ على السكنى أو الملابس، وكذا لو أتى بعليّ أو نحوها ومحلّه في غير نحو داري التي هي ملكي للتناقض الصريح ويصح مسكني له إذ لا تنافي، وما كتبتّه على زيد لعمره فإن قال الدين الذي لي على زيد لعمره واشترط أن يقول واسمي في الكتاب عارية وقيد في التهذيب صحة الإقرار بما إذا لم يعلم أنه للمقر وإلا فلا يصح ولا يزول ملكه بالكذب (أو) لك (في ميراثي من أبي ألف) لعدم انتظام الإقرار معه عرفاً إذ أهله لا يضيفون لأنفسهم التركة لا حيث لا دين، نعم إن أراد به الإقرار صح وكذا لو أتى بعليّ كله في مالي أو داري نصفها بحق لزمني فيلزمه الألف وإن نقص عنه ما جعله ظرفاً له .

(و) لغا الإقرار في عليّ ألف أو لا بسكون الواو وفي عليّ ألف لك أو لزيد للشك (و) (بتعليق) له (وإن تأخر) كإن شاء الله أو إن لم أو إلا أن يشاء الله أو فلان أو إذا قدم زيد له عليّ ألف أو عكسه إذ لم يجزم فيها بالتزام، نعم إن قصد التأجيل ولو بأجل فاسد لزمه، ما أقر به، وفي اشتراط القصد هنا كلام مهم في الأصل (و) لزم ألف لا غير من قال (عليّ) أو عندي لزيد (ألف ألف) وإن بلغ التكرير إلى ألوف من المرات واختلف مجلسه ولغاته وكان بين يدي حاكم لاحتماله التأكيد وإن لم يقصده فيما يظهر فإن قصد الاستغناء تعدد بحسب المرات (أو) من قال له عليّ ألف (فألف) أو فقفيز ولم يرد العطف لأن الغاء قد تأتي لغيره وقد يريد فألف أجود منه فيؤخذ باليقين، بخلاف أنت طالق فطالق لأن الإنشاء أقوى وأسرع نفوذاً ومن ثم تعدد بالتلفظ به في وقتين، بخلاف الإقرار ومن ثم كان بعتك بدرهم فدرهم كالطلاق (أو) من قال له عليّ أو عندي ألف (بل) أو لا بل أو لكن (ألف) لأنه ربما قصد الاستدراك فتذكر أنه لا حاجة إليه فيعيد الأول (أو) من قال له عليّ ألف (مع) ألف (أو) له عليّ ألف (معه) ألف (أو) له عليّ ألف فوق ألف أو (فوقه) ألف (أو) له عليّ ألف تحت ألف أو (تحتة ألف) وإنما لزمه في جميع ما ذكر (ألف) أما في المسائل السابقة فلما مر فيها وأما في هذه فلائنه ربما أراد ألف لي أو فوقه جودة وتحتة رداءة .

وقضيته أنه لو قال له عليّ ألف مع ألف له لزمه ألفان وهو محتمل ويحتمل خلافه لاحتمال تعلق له بما قبل مع فقط وإن كان بعيداً لأنهم هنا راعوا الاحتمال البعيد كما في ألف فألف أو بل ألف (و) لزم الألفان من قال له عليّ ألف وألف وإن نوى التأكيد لاقتضاء العطف التغاير أو له عليّ ألف (ثم ألف) لأن ثم كالواو فيما ذكر (أو) له عليّ ألف قبل ألف أو (وقبله) ألف (أو) له عليّ ألف بعد ألف أو (بعده ألف) لاقتضاء القبليّة والبعديّة المغايرة، ولكونهما صريحين أو ظاهرين في الزمان لم يحملا على غيره كالرتبة وحينئذ اضطررنا لأمر يرجع إليه التقدم والتأخر إلا الوجوب عليه، بخلاف تحت وفوق لرجوعهما للمكان فيتصف بهما نفس الدراهم (أو) له عليّ ألف (بل) أو لا بل أو لكن (ألفان) أو عكسه، وإنما لزم في هذه الصور (ألفان) أما في غير الأخيرة فلما مر فيه وأما فيها فلتعذر نفي ما قبل بل أو لكن لا شتمال ما بعدها عليه، وإنما المقصود نفي الاقتصار على ما قبلها وإثبات الزيادة عليه وفي العكس أراد الرجوع عما التزمه فلم يقبل منه، وفي طالق طلقة بل طلقتين تقع الثلاث لما بينته في الأصل (و) يلزمه بقوله له عليّ (دراهم) وإن قال كثيرة (و) بقوله له عليّ (ألف وكذا) بقوله له عليّ (ألف وألف وألف) أو عطف الكل بثم وكذا بالفاء، وأراد العطف (ثلاثة) من الدراهم في الأولى والألوف في الأخيرتين لأنها أقل الجمع فهي المحققة وإنما يلزمه الثلاثة فيما بعد كذا (إن لم يؤكد) الألف (الثاني) بالثالث بأن قصد الاستئناف أو أطلق أو أراد بالثاني أو الثالث تأكيد الأول لانتفاء التأكيد أو شرطه من اتحاد اللفظين وعدم الفاصل بينهما ومن ثم صح تأكيد الثاني بالثالث ولم يصح عند تغاير العطف أما إذا أكد الثاني بالثالث فيلزمه ألفان، ولزمه بقوله له عليّ هذا بل هذان أو (درهم بل ديناران الكل) لاختلاف العين أو الجنس ومثله اختلاف النوع والصفة (و) لزمه بقوله له عليّ (درهم في ألف درهم) واحد (إن لم يردهما) أي المقر الألف والدرهم (و) لم يرد (الحساب) بأن أطلق أو أراد الظرفية (أو) أراد الحساب ولكن (لم يفهمه) لأن المتيقن حينئذ هو الدرهم وإرادة ما لم يفهم لغو، بخلاف ما إذا أرادهما بأن أراد بفي معنى مع كما في ادخلوا في أم فيلزمانه أو الحساب وفهمه فيلزمه الألف لأنه موجب، وهذا (كطلاق) فيقع بأنت طالق طلقة في طلقتين ثلاث إن أراد مع وثنان إن أراد الحساب وفهمه وواحدة إن أطلق أو أراد الظرفية أو الحساب ولم يفهمه (و) لزم بقوله لزيد عليّ

(كذا درهم) برفعه أو غيره (درهم) لأنه إن رفع كان مفسرا عطف بيان أو بدلا أو خبر مبتدأ محذوف أو إن نصب كان تمييزا والمتيقن منه واحد وإلزام عشرين به لأنه أول عقد مفرد ينصب الدرهم عقبه يرده الإنفاق على عدم لزوم مائة في كذا درهم بالخفض وإن جر فقد لحن واللحن لا يؤثر هنا كالطلاق .

وزعم أنه لا لحن في الجر لأنه بدل من ذا أو صفة له غلط منشؤه الالتباس كذا في هذا التركيب بها في أصلها إذ هي في الأصل مركبة من كاف التشبيه واسم الإشارة ثم نقلت فصار يكتفى بها عن عدد مبهم وغيره وحينئذ فذا الآن وحده لا معنى له فكيف يبدل منه، لا يقال لعل قائله نظر لما قبل النقل لأن ذلك خروج عما نحن فيه من أن الجر في هذا التركيب هل هو لحن أو لا وإذا كان الغرض ذلك فسد النظر لأصلها على أن زعم كونه صفة لا يصح مطلقا (فإن كرر) المقر (كذا بواو أو بضم) أو بفاء وأراد بها العطف (ونصب درهما) كعلي كذا وكذا درهما (تكرر) بعدد كذا وإن جهل النحو وبلغ التكرير ألوفاً لأن الظاهر أنه تفسير لكل ما قبله بمقتضى العطف وإن قدره المعربون لواحد ونظيره للبقية (وإلا) يكن كذلك بأن رفعه أو جره أو سكنه أو لم يعطف بما ذكر (فلا) يتكرر من نحوي وغيره لأن غيره الرفع لا يصلح لتمييز ما قبله واحتمال التأكيد مع عدم العاطف (والألف مبهم في ألف ودرهم) أو ثوب مثلا فله تفسيره بغير ما عطف عليه وكذا عكسه، نعم لو قال ألف ودرهم فضة لزمه الألف فضة للعادة قاله القاضي، بخلاف ألف وقفيز حنطة إذ لا يقال ألف حنطة ويتجه أن محله حيث لم ينون ألف ويضيف درهم لفضة وإلا اتجه بقاء الألف على إبهامها .

ويفرق بينه وبين ما يأتي في ألف ومائة درهم بأن كلا من الألف والمائة عدد مبهم فالظاهر رجوع التمييز إليهما لاتحادهما من حيث العدد الموجب لعدم تخصيص أحدهما به وأما هنا فالدرهم ليس بينه وبين الألف اتحاد فإضافته إلى الفضة لا تقتضي إضافة الألف فيها لمغايرتها للدرهم، ولو قال له علي الألف درهم، برفعهما وتنوينهما أو تنوين الأول فقط على الأوجه فله تفسير الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم، وكأنه قال ألف ما قيمة الألف منه درهم (لا) الألف (ألف واحد عشر) درهما (أو) ألف و (أحد وعشرين درهما) أو ألف ومائة وخمسة وعشرين درهما أو ألف ومائة درهم فلا يكون الألف مبهما بل يكون

دراهم فيلزمه الكل دراهم لأن الظاهر أن التمييز للكل بمقتضى العطف (ولا النصف) فليس مبهما (في درهم ونصف) وعشرة دراهم ونصف فيحمل على نصف درهم لأنه الذي يسبق إليه الذهن، بخلاف نصف ودرهم فيبقى النصف على إبهامه (وإن أقر) بدار مثلا بيده (لزيد ثم) أقر بها فوراً أو متراخياً (لعمرو) كأن قال هذا لزيد بل أو ثم فلعمرو سلم المقر به لزيد لسبق الإقرار له (وغرم) المقر وإن لم يعتمد ذلك كأن فعله نسيانا أو خطأ قيمته ولو مثلها فيما يظهر كما بينته ثم (لعمرو) للحيلولة بإقراره الأول وهي توجب الضمان، وإن قال مشيراً للمال في يده هو ملك عمرو وغصبته من زيد (أو قال غصبته من زيد وهو عمرو) سلم المال لزيد لأنه اعترف له باليد والظاهر أنه محق فيها ومن ثم (برئ) المقر (بقبض زيد) له فلا غرم عليه لعمرو إذ لا منافاة هنا بين الإقرارين لاحتمال أن زيدا مستأجر أو مرتهن مثلا فيكون الآخذ غاصبا منه ثم تكون الخصومة في المقر به بين زيد وعمرو وتقبل شهادة المقر لعمرو به إن تاب، وكلامهم مصرح بأن الغاصب من نحو مستأجر ومرتهن يبرأ بالرد إليه وإن قلنا إنه لا يخاصم ولا ينافي ما في المتن قولهم لو قال غصبته من زيد بل من عمرو غرم القيمة المقتضى أن الإقرار بالغصب يتضمن الإقرار بالملك لأن هذا فيما إذا أطلق الإقرار به، وما في المتن فيما إذا ضم إليه الإقرار بالملك لغيره وحينئذ فمحلله أن يذكره متصلاً بكلامه قاله السبكي ويبرأ المقر بقبض زيد كما تقرر (لا وهو) أي والحال أن زيدا (ملتقط) للمقر به بأن قامت بذلك بينته أو اعترف به المقر كما هو ظاهر فلا يبرأ حينئذ بقبض زيد بل يغرم لعمرو لأن غاصب اللقطة من يد الملتقط للملك أو للحفظ يضمنها ولا يبرأ بإعادتها إليه إلا إن كان تملكها (واتحد) المقر به وإن كرر الإقرار (بتاريخين ولغتين وقدرين) كأن أقر أمس بألف واليوم بألف أو بألف بالعربية ثم بالعجمية أو بألف ثم بخمسائة أو عكسه فيجب ألف فقط في الكل لأن الإقرار إخبار وتعدده لا يقتضي تعدد المخبر عنه (لا) مع ذكر (سببين) مختلفين بأن أسند كلا إلى سبب كألف من ثمن عبد وألف من ثمن أمة ولا مع ذكر (وصفين) مختلفين بأن ذكر لكل وصفا كألف صحاح أو حالة وألف مكسرة أو مؤجلة فلا يتحد المقر به بل يتعدد لتعدد الجمع بخلاف ما إذا ذكر لأحدهما فقط سبباً أو وصفا كما بأصله وسيشير إليه في الدعاوى لإمكان حمل المطلق على المقيد حتى في الإنشاء كشهادة عدل أنه باعه يوم الجمعة عبداً بألف أو أنه طلق يوم

كذا طلقة، وآخر بأنه باعه عبدا بألف أو بأنه طلقها لم يجب إلا ألف ولم تقع إلا طلقة (ولا إنشاء) كبيع وطلاق فلا يتحد لأنه يمكن أن يعقب بعضه بعضا فيتعدد في طلقها أمس وطلقها اليوم وقبضت منك أمس ألفا واليوم ألفا واتحد المقر به فيما قبل لا فيما بعدها (ولو) كان (بكل) من الإقرارين (شاهد) أو صك مكتوب كأن شهد واحد أنه أقر بألف أو بغضبه أمس وآخر أنه أقر به أو بغضبه اليوم فتلحق الشهادة ويثبت الألف والغضب، بخلاف ما إذا اختلفا في وصف أو سبب لا تلحق شهادتهما لتعذر الجمع لاستحالة اتحاد المقر به حينئذ لكن للمدعي أن يدعيهما أو أحدهما ويحلف مع كل من الشاهدين أو أحدهما، ولا يلفقان أيضا في إنشاء كأن شهد واحد أنه باعه أمس وآخر أنه باعه اليوم، ولا فيما يتوقف على شاهدين كأن شهد واحد أنه قتل زيدا يوم السبت وآخر أنه قتله يوم الأحد ولا في إبراء وإيفاء إلا أن يقول شاهد الإبراء أردت به الإيفاء أي أبرأه بفعل الإيفاء فيلفقان كشهادتي إيفاء وبراءة أو إبراء وبراءة.

[فصل في الإقرار بالنسب]

المقر به إما أن يلحقه بنفسه كهذا ابني وهو أولى من أنا أبوه إذ الإضافة فيه للمقر وله شروط:

الأول: الذكورة والتكليف فلا (يثبت) النسب إلا (بإقرار ذكر) لا امرأة خلية أو مزوجة لإمكان إثبات الولادة (مكلف) مختار ولو كافرا سفيها قنا وكذا السكران.

الثاني: أن لا يعلم نسبه لغير المقر فلا يثبت بالاستلحاق إلا (نسب مجهول) لا معلوم وإن صدقه المقر به لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل لغيره ولا يصح استلحاق ولد الزنا ولا لغير ناف استلحاق منفي عن فراش نكاح صحيح فخرج الفاسد ووطء الشبهة ويظهر أنه يأتي هنا ما مر في الكفالة من أنه إن استلحق ما لا حياة بدونه صح وإلا فلا، ثم رأيت الرافعي قال في يد فلان ابني أو مستولدي إن جعلنا نظيره من الطلاق عبارة عن الجملة كان إقرارا بالنسب والاستيلاد وإلا فلا انتهى وما ذكرته من التفصيل أوجه كما هو ظاهر.

الثالث: أن يكون المقر به حرا لا ولاء عليه فلا يستلحق إلا من (لم يرق) دون قن الغير

[فصل في الإقرار بالنسب]

أو عتيقه الصغير أو المجنون مطلقا والمكلف إن كذبه أو سكت محافظة على حق الولاء للسيد، بخلاف المصدق كما رجحه الشيخان لكن العبد باق على رقه إذ لا تنافي بين النسب والرق، ومن استلحق قن نفسه ولم يمكن لغا وإلا عتق مطلقا ولحقه مجهول النسب المصدق وغير المكلف، ومن استلحق مكلفا وصدقه ثم رجعا لم يسقط النسب خلافا لابن أبي هريرة.

الرابع: إمكان اللحق فلا يثبت بالاستلحاق إلا نسب مجهول (ممكن) كونه ولد المقر بأن يكون غير مسموح وفي سن يتصور كونه منه وإلا لم يلحقه لأن الحس يكذبه.

الخامس: تصديق المقر به إن تأهل فلا يثبت النسب بالإقرار إلا (بشرط تصديق أهل) للتصديق بأن كان بالغا عاقلا حيا (لا غير) من صبي ومجنون وميت فلا بد عند استلحاق الأول من تصديقه أو البينة، بخلاف ما لو كذبه أو سكت لأن له حقا في نسبه وهو أعرف به من غيره ولخطر أمر النسب لم يكتف فيه بالسكوت بخلاف المال، نعم له تحليفه فإن نكل حلف المقر وثبت النسب، ويصح استلحاق صغير أو مجنون (وإن جحد يعد كماله) ببلوغ أو عقل لأن النسب يحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته بالإقرار وليس له تحليف المقر لأنه لو رجع لم يقبل ولو قال مجنون هذا أبي لم يثبت نسبه حتى يفيق ويصدق له لأن أمر الأب أقوى فاحتيط له باشتراط تصديقه.

(و) يختص الاستلحاق بعد الموت بشرط سادس وهو وجود (عدم) سبق (إنكار ميت) فحينئذ يصح استلحاقه ولو بالغا وإن كان له مال ولو من قاتله فلا يقتل به ولا نظر للتهمة لبناء أمر النسب على التغليب لعسر إقامة البينة عليه، ولهذا يثبت بمجرد الإمكان فإن سبق منه إنكاره قبل موته وهو أهل لم يثبت النسب لتعذر تصديقه الراجع لحكم إنكاره وولد أمته الفراش له أو لغيره لاحق لذي الفراش وإن لم يستلحقه أو استلحقه غيره، وإلا فإن قال هذا ولدي من هذه لحقه بشرطه ولا تصير مستولدة وإن قال ولدته في ملكي لاحتمال أنه أحبلها بنكاح أو شبهة ثم ملكها، ومن ثم لم يثبت النسب (بإيلاد) أي معه إلا (إن قال) غير المكاتب مع ذلك ولو في المرض (علقت به في ملكي) أو استولدتها به في ملكي أو نحو ذلك لانتفاء الاحتمال حينئذ، واحتمال إيلادها وهي مرهونة وهو معسر فبيعت في الدين ثم ملكها بعد لا يؤثر لنفوذ الإيلاد حينئذ وعلى التنزل فهو بعيد ومر أن الاحتمال

(قوله فإن نكل حلف المقر وثبت النسب) أي ولا يرث كما هو ظاهر لإنكاره ولا يلزم من

ثبوت النسب الإرث في مسائل تأتي وغيرها.

البعيد لا التفات إليه، ولو قال هذا ولدي من أمتي من زنا لم ينتف عنه (و) في إقراره (بأحد ولدي أمته) وإحدهما ليست فراشا لأحد (عين) أحدهما وجوبا كما لو أقر بطلاق إحدى زوجتيه (ثم) إن مات قبل التعيين عين (وارث) لأنه خليفته فتعيينه كتحيينه في ثبوت الاستيلاء والنسب والإرث (ثم) إن لم يسكن له وارث أو قال لا أعلم أو نفى النسب عين (قائف) ويستدل بالعصبة إن لم يكن رأي المستلحق (ثم) إن فقد أو أشكل عليه الأمر أو ألحقهما به أو نفاهما عنه وجبت (قرعة) بينهما لكن إنما يرجع إليها (لمجرد حرية له ولأمه) ولا ينتظر بلوغهما لينتسبا لأنهما ربما انتسبا جميعا إليه فيدوم الإشكال (لا) لأجل (نسب) وما يترتب عليه كالإرث لأن القرعة على خلاف القياس ووردت في العتق فقصرت عليه، وإنما يثبت الاستيلاء بها إن اعترف به في ملكه وحينئذ الولد حر الأصل وإلا لم يثبت الاستيلاء بل الولاء تبعاً للحرية لأنه فرعها، ولا يوقف نصيب ابن بين القارح والآخراً لأنه إشكال وقع اليأس من زواله كما بينته في الأصل (و) في إقراره (بأحد أولاد أمته) الثلاثة مثلاً وليست فراشا له ولا مزوجة قبل ولادتهم يعين وجوبا أيضاً و (لحقه من عينه) منهم فيكون حراً نسيباً وارثاً ثم إن عين أوسطهم فإن لم يقتض إقراره استيلاء

(قوله هذا ولدي من أمتي من زنا إلخ) إن قلت ينافيه قوله ثم قال منفصلاً أردت إخوة رضاع أو إسلام لم يؤثر إذ مفهومه أنه يؤثر إذا اتصل؟ قلت: لا ينافيه لأن قوله من زنا من باب تعقيب الإقرار بما يرفعه لأن الولد به لا يجامع قوله من زنا أصلاً، بخلاف أخي من رضاع لأن الأخوة موجودة مع الرضاع فلم يأت بمناف أصلاً.

(قوله وإحدهما ليست فراشاً لأحد) دخل فيه ما لو كانت إحدهما غير مزوجة أو مستفرشة له دون الأخرى أو كانتا غير مزوجتين ولا مستفرشتين له لأنه يصدق على كل من هاتين الصورتين أن إحدهما ليست فراشاً لأحدهما كما هو واضح وحينئذ يصح الاستلحاق فيهما ويلزمه التعيين. وخرج به ما لو كانتا مزوجتين أو مستفرشتين له إذ كل من الصورتين يصدق عليها أن إحدهما فراش لأحد الزوج أو هو، وحكمهما أن الاستلحاق حينئذ لغو. أما الأولى فللحقوق ولد كل بزوجه، وأما في الثانية فلأن كلاً من الولدين لاحق به بالفراش لا بالإقرار، وكذا لو كانت إحدهما مزوجة والأخرى مستفرشة له فإنه إن استلحق ولد الزوج لم يصح أو ولد الأمة لم يؤثر لأنه ثابت نسبه منه بالفراش، وكل هذه الصور منطوقاً ومفهوماً مأخوذ من أصل الروضة وجرى عليه فروعها.

(قوله وليست فراشاً له ولا مزوجة قبل ولادتهم إلخ) هي عبارة الروضة وأصلها وفروعها. وخرج بذلك ما لو كانت فراشاً له أو لغيره كان كانت مزوجة ففي هاتين لا يصح استلحاقه لما تقرر، أو لأنه إن كان الفراش له لم يصح استلحاقه لأن الولد لاحق به بالفراش قبل الإقرار أو لغيره كالزوج لم يصح استلحاقه أيضاً لأن الولد ثابت نسبه بالفراش من الغير فلم يملك استلحاقه، وعجيب في هذه والتي قبلها زعم توقف في بعض تلك الصور أو تنافى يحتاج إلى الجمع في بعض

رق الآخرا (و) إلا بأن أقربه في ملكه لحقه (من بعده) أيضا وهو الأصغر دون من قبله وهو الأكبر لثبوت الفراش في حق الأصغر (إن لم يدع استبراء) بعد ولادة الأوسط وإلا حلف عليه ولم يلحقه الأصغر ويكون كأمه في العتق بموته بناء على أن فراش السيد بالمستولدة يزول بالاستبراء بعد الولادة والأصح خلافه كما بينته في الأصل فحذف أصله لهذا الشرط أصوب، ولو مات قبل التعيين عين وارث فإن تعذر فالقائف فإن تعذر أقرع بينهم لمعرفة الحرية، ثم إن لم يقتض إقراره استيلادا عتق القارع وحده ولم يثبت نسبه ولا يوقف نصيب ابن لما مر (و) إن اقتضاه فالولد (الأصغر) حر (نسيب) بكل تقدير لأنه إما المقر له أو ولد مستولدته (ويقارع معهم) وإن كان حرا بكل تقدير ليرق غيره ويعتق وحده إن قرع وإلا عتق معه وإما أن يلحقه بغيره من يتعدى النسب منه إليه كأبيه وجده وأخيه وهو جائز بالنص في البعض وبالقياس في الباقي ولأن الوارث يحلف مورثه في حقوقه والنسب من جملتها.

ويشترط هنا جميع ما مر وزيادة شروط آخر تضمنها قوله (ويلحق بميت) لا بحي ولو مجنونا وإنما يلحق بالميت وحده (بإقرار وارث) ولو عاما بخلاف غيره كقاتل أو قن (حائز) لتركة الملحق به كبنت معتقة لابنها وإن كانت الحيازة بواسطة كأن أقر بعم وهو حائز تركة أبيه الحائز تركة جده الملحق به فإن كان قد مات أبوه قبل جده فلا واسطة صرح به الشيخان.

وقضيته أنه يشترط كون المقر حائز الميراث الملحق به لو قدر موته حين الإلحاق،

آخر مع وضوح ما قررته في تلك الصور، المعلوم منه أن تعبير الشرح أولا بقوله وإحداهما ليست فراشا لأحد يكاد أن يكون من العبارات الجامعة المانعة فإنه يخرج بفراش لأحد وجود فراش له أو لغيره، وكل من هاتين لا يصح الاستلحاق فيه كما تقرر موضحاً.

ووقع في شرح البهجة لشيخنا أنه قال ولا مستفرشتين أي لغيره وليس بقيد كما يعلم من كلامه بعد فتأمل.

(قوله عتق القارع إلخ) قيل التعبير بالعتق مع أنه حر الأصل فيه تجوز وقد عبر به أيضاً فيما يأتي وسبق، وعبر في شرح قوله لا نسب بقوله وحينئذ الولد حر الأصل وهذا أظهر اهـ. وهو عجيب أي عجيب إذ لو تأمل سياق ما فيه التعبير بحر الأصل وسياق ما فيه التعبير بعتق لفهم أن بينهما بوناً بائناً، وذلك لأنه عبر أولاً بقوله إنما يثبت الاستيلاد بها أي القرعة إن اعترف به في ملكه وحينئذ الولد حر الأصل، وثانياً بقوله ثم إن لم يقتض إقراره استيلاداً عتق القارع وحده. فتأمل هذين التصورين المختلفين والحكمين المختلفين تعلم أن من عبر في هذا الثاني بأنه حر الأصل حتى ترتب عليه التجوز والوقوع في التناقض حيث عبر أولاً بحر الأصل وثانياً بعتق، وقد سها سهواً بينا كيف

واعترضه ابن الرفعة بما أوجب عنه في الأصل، ولو تعددت الورثة اشترطت موافقة جميعهم حتى الزوجة أو وارثها والإمام عن بيت المال، وينتظر كما ناقص وحضور الغائب فإن مات فوارثه، ويشترط أيضا كون المقر لا ولاء عليه فلو أقر من عليه ولاء بأخ أو أب لم يقبل لتضرر من له الولاء بذلك، بخلاف ما لو ألقى النسب بنفسه كأن أقر بابن لأنه لا يمكن ثبوت نسبه منه لو يقر إلا ببينة، ونحو الإقرار بالآخ يمكن ثبوت نسبه من جهة أبيه وأن يكون الملحق به رجلا لأن استلحاقها لا يقبل فأولى استلحاق غيرها، ولا يصح الإقرار بالأم لإمكان البينة على الولادة، وقياسه أنه يصح استلحاق الأخ للأُم وفيه بسط ذكرته ثم، ويصح الإلحاق بالغير بالشروط المذكورة (وإن) كان قد (سبق) من الميت الملحق به أو من وارثه الحائز (جحد) لنسب القرية كما لو استلحقه قبل موته بعدما نفاه ولو أقر حائز بنسب مجهول فأنكر المجهول لم يؤثر للدور الآتي (فإن أقر) الحائز (بمجهول وأقرأ معا بثالث فأنكر) الثالث (الثاني سقط) نسب الثاني لأنه ثبت نسب الثالث فاعتبر موافقته في ثبوت نسب الثاني (أو) أقر الحائز (بمن يحجبه) حرمان كآخ أقر بابن للميت ثبت نسبه لأن الحائز في الظاهر قد استلحقه (لم يرث) للدور الحكمي وهو أن يلزم من إثبات الشيء نفيه وهنا يلزم من إرث الابن عدم إرثه إذ لو ورث حجب الأخ فيخرج عن كونه وارثا فلم يصح إقراره (وإن أقر بعض) من الورثة بنسب مجهول وأنكر بعض لم يثبت نسبه ولا إرثه ظاهرا كما مر، لكن يؤخذ المقر فتحرم عليه بنت المقر به ويعتق حصته منه على الأوجه إن كان قنا من التركة ثم إن صدق المقر (لزمه باطنا) أن يدفع له من التركة (بحصته) من نصيبه ففيما إذا كان المقر أحد ابنين يشارك المقر به بثلاث ما بيده فإن حقه بزعم المقر شائع فيما بيده ويد المنكر فله الثلث من كل منها ولو مات الذي لم يقر ولم يرثه إلا المقر ثبت النسب لأن جميع المال صار له، ويصح إقرار الورثة بأحد الزوجين فإن أنكر بعضهم لزم المقر باطنا ما مر، ومن أقر بأخ ثم قال منفصلا أردت إخوة رضاع أو إسلام لم يؤثر، وقول الحائز أباي عتيق فلان يثبت عليه الولاء إلا إن عرف له أم حرة الأصل لتكذيب الشرع له حينئذ.

وقد شرط لحرية الأصل الاعتراف به في ملكه الموجب لثبوت الاستيلاء وللعق من غير حكم عليه بحرية الأصل إلا أن يقتضي إقراره استيلاءً بأن لا يعترف به في ملكه والفرق واضح، فإن هنا يحتمل رقه لأن الغرض أن الاستيلاء لم يثبت ومن احتمل رقه تكون القرعة إذا خرجت له مقتضية لمجرد عتقه لا لحرية أصله، وأما ثم فالفرض أن الاستيلاء قد ثبت ويلزم من ثبوته وجود حرية الأصل لأن رقه لا يحتمل بوجه، فتأمل ذلك وباعد الاستعجال ما أمكن فإنه بئس المظنة الموقعة في خراط القتاد وخبط الانتقاد.

[باب في العارية]

بتشديد الياء وقد تخفف وهي اسم لما يعار ولعقدتها من عار إذا ذهب وجاء أو من التعاور وهو التناوب لا من العار على كلام فيه في الأصل .

وحقيقتها شرعا إباحة الانتفاع مجانا بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه، ومع كونها إباحة ترد بالرد كما يأتي، بخلاف مطلق الإباحة وهي مستحبة أصالة إجماعا لشدة الحاجة إليها، وقد تجب كإعارة ثوب لحر أو برد وما ينقذ غريقا أو يذبح به حيوان محترم يخشى موته، وتحرم كصيد من محرم وأمة من أجنبي، وتكره كعبد مسلم من كافر وسيأتي بعض ذلك .

وأركانها أربعة : معير، وشرطه صحة تبرعه واختياره ومن ثم (صح من) شخص (ذي تبرع) مختار إعارة ما يأتي لأنها تبرع بالمنفعة فلا تصح من لا يصح تبرعه كصبي وسفيه ولو لنفسه، لكن جوزها الماوردي فيما لا يقصد من عمله لاستغنائه عنه بماله وفيه نظر، ومفلس ولو لنحو داره يوما فيما يظهر من إطلاقهم خلافا للإسنوي لأنه ممنوع من التبرع مطلقا، ومكاتب بغير إذن سيده ومستعير وولي كما يأتي فلا يعير مال موليه كنفسه ولو مجنوننا وسفيها بالغا كما بحثه الزركشي لخدمة تضره أو لها أجرة .

الثاني : المستعير، وشرطه تعيينه فلا يصح أعرت أحدكما، وصحة التبرع عليه بعقد

[باب العارية]

(قوله وقد يجب إلخ) ظاهر كلامهم أنه لا يتصور فيها المباح المستوي الطرفين ولا خلاف الأولى، ولو قيل بإباحتها حيث تعارض مدرك الكراهة والسنية مع الاستواء وبكونها خلاف الأولى إذا كان مدرك المنع أقوى لم يبعد .

(قوله كإعارة ثوب لحر إلخ) إن قلت : ليست هذه عارية لأنه لا يلزمه بذل ماله ولا منفعته مجانا بل بالأجرة ولوفي الواجب العيني . قلت : قد يتصور حقيقة العارية بأن يقل الزمن جدا بحيث لا يقابل بأجرة فهذه عارية إذ لا عوض فيها، وكذا لو طال الزمن وكان لو صير لتقدير أجرة لخشي عليه مبيع تيمم فيلزمه بذله بلا مقابل ابتداء وإن وجب له أجرة مثل، نعم الموجود صورة العارية لا حقيقتها .

(قوله ومكاتب بغير إذن سيده) ينبغي فيما لا يقابل بأجرة أنه يجوز بلا إذن كما هو قياس

نظائره .

فيصح من ذي تبرع (إعارة أهل لقبوله) أي التبرع (غير سفيه) فلا تصح لغير أهل لقبوله كغير مكلف ولا لسفيه على الأوجه الذي جرى عليه الماوردي وغيره واعتمده الإسنوي والقمولي وغيرهما فتبعهم المصنف، وفارق صحة قبوله نحو الهبة بأنه لا يضمنها بخلاف العارية وهو غير أهل لقبول المضمنات .

وقضيته صحتها له إذا لم يضمن كأن أعاره نحو مؤجر ومثله فيما ذكر الولي فتصح استعارته من نحو مستأجر لمجوره أو غير مكلف ولا يضمن محجوره وإن أتلف إن أقبضه المالك أو قبض بإذنه لأنه المسلط له، وعبر أصله كالوجيز بأهل التبرع عليه أي بعقد معه فعدل عنه لما قاله لأنه لا إبهام فيه وذلك يوهم صحتها لنحو صبي وبهيمة لأنه أهل التبرع عليه والإحسان إليه .

الثالث: المعار، وشرطه حل الانتفاع به مع ملك منفعته وبقاء عينه وإن لم يعين حتى لو قال أعرنني دابة فقال أدخل الإصطبل وخذ ما أردت صحت، بخلاف الإجارة لأن الغر لا يحتمل في المعاوضات فلا يجوز أن يعير ذو التبرع من ذكر إلا (عين الانتفاع المملوك) ولو بوصية أو بإجارة أو وقف وإن لم يملك العين لأنها ترد على المنفعة فقط . وقيد ابن الرفعة صحتها من الموقوف عليه بما إذا كان ناظرا ويأتي على الأثر ما ينازع فيه، والمراد بملك المنفعة هنا ما يعم الاختصاص بها لتصحیحهم إعارة كلب الصيد ومنذور هدي أو أضحية وإعارة الإمام مال بيت المال، وقد تطابق الناس على أن نحو الفقيه والصوفي يعيران مسكنهما بالرباط والمدرسة وفعله النووي، وعليه فالمراد بملكه المنفعة ما يعم ملك أن ينتفع به وإن لم يملك المنفعة أو يجاب بأن ملكها شرط للعارية الحقيقية وهذه ليست كذلك وإن جازت مسامحة لجلب الثواب للواقف، ويشترط في الانتفاع المملوك أن يكون قد (حل) استيفأؤه للمستعير فلا يعار نحو حمار زمن وأمة للتمتع وآلات الملاهي (و) أن يكون قد (قصد) في العرف فلا يعار النقدان لغير تزيين كما يأتي، وإلا لا يستلزم الانتفاع هلاك العين فلا تعار له إلا (إن بقيت) العين (معه) بخلاف نحو مطعموم إذ بالاستهلاك ينتفي المعنى المقصود من الإعارة .

وأورد الإسنوي على الضابط ما أجبت عنه في الأصل، ولو قال أبحث لك در هذه

الشاة ونسلها فالشاة عارية صحيحة والدر والنسل إباحة صحيحة، وكذا لو استعارها منه لأخذهما أو الشجرة لأخذ ثمرتها وكان إباحة لهما وللثمرة وإعارة للشاة والشجرة، فعلم أن الشرط في العارية أن لا يكون فيها استهلاك الماعار لا أن لا يكون المقصود فيها استيفاء عين ولو إعارة شاة أو دفعها له وملكه درها ونسلها لم تصح الإعارة ولا التملك ويضمنها الآخذ بحكم العارية الفاسدة لا هما لأنه أخذهما بهبة فاسدة، ولو شرط علفها في مسألة التملك أو الإباحة كان العقد بيعاً وإجارة فاسدين فيضمنهما بحكم البيع الفاسد دونها لأنه أخذها بإجارة فاسدة كمن أعطى سقاء شيئاً ليشرَب فانكسر الكوز من يده فإنه يضمن الماء أي قدر ما يشربه لأنه أخذها بشراء فاسد دون ما زاد عليه والكوز لأنه أمانة فإن سقاه مجاناً ضمن الكوز بحكم العارية الفاسدة لا الماء لأنه أخذه بهبة فاسدة (و) أن يعلم ذلك الانتفاع إما لكونه قد (اتخذ) في الماعار بأن يكون ما لا ينتفع به عادة إلا بجهة واحدة كبساط لا يصلح إلا للفرش فلا يجب حينئذ التصريح بجهة الانتفاع للعلم بها (أو) قد (عين) فيما إذا تعددت جهة الانتفاع كأرض تصلح لزرع وبناء وغراس (جنسه) كازرع ويزرع حينئذ ما شاء أي بما اعتيد زرعه ثم وإن ندر على الأوجه.

ويبحث الشيخين أنه لا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً رده البلقيني بأن المطلقات إنما تنزل على الأقل إذا كان بحيث لو صرح به لصح، وهنا ليس كذلك لأنه لا يوقف على حد أقل الأنواع ضرراً فيؤدي إلى النزاع والعقود تصان عن ذلك ومثله بل أولى أزرع ما شئت (أو عم) أنواعه (كانتفع) به (ما شئت) أو كيف شئت أو افعل به ما بدا لك فهي مع التعميم صحيحة ومع الإطلاق لما له منافع باطللة على المعتمد وفي التعميم ينتفع به كيف شاء كما في الإجارة، وقال الروياني ينتفع بما هو العادة، قال الشيخان: وهذا أحسن.

وعلم من قوله مملوك أنه يجوز للشخص أن يعير عينا مستأجرة له أو نحوها (لا) عينا (مستعارة) له لأنه غير مالك لها وإنما أبيع له الانتفاع والمستبيع لا يملك نقل الإباحة كالضيف لا يبيع لغيره وله ذلك بالإذن، ثم إن لم يعين له أحدا فهو على عاريتة فالضمان عليه أي أنه طريق فيه وله الرجوع ويبرأ الثاني بالرد إليه وإن عين انعكس ذلك قاله الماوردي، وللمستعير إنابة من يستوفى له المنفعة لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشر وقضية ما يأتي

في الإجارة أنه لا يركب إلا مثله نحافة وضخامة وفيه كلام في الأصل (و) من قوله قصد أن مالك نحو نقد لا يصح له أن يعير (نقد الغير تزيين) به أو ضرب على طبعه إذ معظم منفعته في الإنفاق والإخراج. أما إذا صرح بإعارته لأحد هذين فتصح لاتخاذ هذه المنفعة مقصدا وإن ضعفت ولو اطرده عرف بلد بأن عارية النقد بمعنى قرضه صح قرضا (و) من قوله حل أنه لا يجوز أن يعير أمة للاستمتاع ولا (صيد المحرم) كما مرفي بابه (و) لا (أمة غير شوهاء) ومثلها الأورد الجميل كما هو ظاهر (لأجنبي) أي لخدمته حيث لم تحل له الخلوة بها فلا تصح إعارتها لذلك على المعتمد لخوف الفتنة إذ لا يمكنه استيفاء المنفعة وهي خدمته التي استعارها لها ولا بدلها بغيره، بخلاف مستأجرها والموصى له بمنفعتها.

وخرج بالأجنبي المذكور محرما وزوجها وتكون مضمونة عليه ولو ليلا إلى أن يسلمها لملكها ومالكها إن كان يستعيرها من مستأجرها أو الموصى له بمنفعتها والمرأة.

قال الأذرعى: إلا التي عرفت بسحق أو قيادة، وكذا لو كانت إحداهما مسلمة على الأوجه لحرمة نظر الكافرة إليها فهي معها كالأجنبي، ومثله لو كان أحدهما خنثى احتياطا والممسوح لحل رؤيته والخلوة به، وإعارة العبد لخدمة امرأة ممتنع لذلك أما الشوهاء أي القبيحة التي يغلب على الظن الأمن من الأجنبي عليها فيجوز إعارتها له لانتفاء خوف الفتنة، وألحق بها في الروضة الصغيرة، ورجح في الشرح الصغير المنع فيهما والأقوى مدركا ما صوبه الإسئوي من الجواز في الصغيرة لحل الخلوة بها دون الكبيرة، ومرفي الرهن حكم رهنها من أجنبي وغيره (وكره) تنزيها (إعارة) عبد (مسلم لكافر) واستعارته إياه ولو لخدمته لكن إن لم يتضمن تعظيمه أو ذل المسلم بما لا يسوغ شرعا وإلا اتجه المنع وإنما لم يحرم مطلقا لأنه ليس فيها ملك منفعة ولا حق لازم فهي أولى بالجواز من إجارة عينه وله ومن ثم لزمه فيها إزالة ملكه عن المنفعة لأن الذل فيها أبلغ، ويحرم إعارة نحو مصحف لكافر وخيل وسلاح لحربي.

قال الأذرعى: ولقاطع طريق أو باغ علم أخذه لقطعها أو قتالنا (و) كرة تنزيها أيضا إعارة (والد) وإن علا وإجارته (لخدمة ولد) صيانة له عن الذل، وكذا يكره للولد استعارته واستئجاره لذلك إلا لنحو ترفيئه بل هي حينئذ سنة.

قال الأزرعي: ولا يكره أيضاً استخدامه لو عظم ضرره عند مالكه وعلم أنه لو لم يستخدمه قليلاً بما لا أهلية فيه لرجع صيانة له عن الذل الأعظم.

قال الفارقي: ولا يكره إعاره وإجارة والد نفسه لولده أي ولا استعارة فرع إياه منه.

الركن الرابع: الصيغة، وإنما تصح الإعارة (بلفظ) صريح أو كناية بنية أو إشارة أخرس مفهمة (دل) على الإذن في الانتفاع كأعرتك أو أبحتك منفعة هذا أو استعرت هذا (ولو) كان ذلك اللفظ (معلقاً) كما لو رهنه أرضاً وأذن له في غرسها بعد شهر فهي بعده عارية وإن لم يغرس وقبله أمانة فإن غرس حينئذ قلع، وهذا من زيادته أخذه ما ذكره السابق في الرهن لكنه لا يتم له لما مر أنه عارية فاسدة إلا أن يجاب بأنه قصد بذلك بيان كونه يعطى حكم العارية لا بقيد صحة ولا فساد (و) يكفي اللفظ ولو كان (من طرف) مع فعل من الجانب الآخر وإن تراخى عنه وإنما تعين اللفظ من جانب المودع لأن أصل وضع اليد على مال الغير الضمان فلا يزال إلا بلفظ من جانبه، ولا يكفي الفعل من الطرفين إلا فيما كان عارية ضمناً وهو إما كظرف المبيع إذا تسلمه المشتري فيه (أو) كظرف الهدية ومن ثم اكتفى في كونه عارية عن اللفظ (بأكل اعتيد من إناء هدية تطوع) فحينئذ يضمنه إن تلف ولا أجره عليه لاستعماله فإن لم يأكل منه بأن نقل ما فيه لغيره لم يكن عارية وإن أكل منه ولم يعتد كان غاصباً، وإن أكل منه في غير هدية التطوع بأن كان لها عوض فإن

(قوله قال الفارقي إلخ) حاصله أن الولد لو أجز أو أعار نفسه من ولده لم يكره ذلك بالنسبة للوالد وإن كان فيها إعانة على مكروه. قال الفارقي: لأن نفس الخدمة غير مكروهة وإنما كانت الكراهة في جانب الولد لمكان الولادة فلم يتعد لغيره، بخلاف إعاره الصيد من الحرم أي فإنها تحرم على المعير أيضاً لأن العبادة يجب احترامها لحق الله تعالى وهو شامل لكل مكلف كذا في شرح الروض لشيخنا.

فإن قلت: قضيته كراهة استعارة الفرع أصله منه فينافي قول الشرح ولا استعارة فرع إياه منه.

قلت: لا ينافيه لأنه قد علم من حاصله ما ذكر أن الخدمة التي هي فعل الأب غير مكروهة منه لولده وحينئذ فلا كراهة بالنسبة لجانب الأب، وأما بالنسبة لجانب الوالد المخدم فالصادر منه شيئان سكوته على إخدام الوالد وقبوله للعقد الذي تنشأ عنه الخدمة وطلبه العارية أو الإجارة من الوالد كما أفادته السين في استعارة فرع أباه، فأما الأولى فقضية قول الشافعي رحمته لا ينسب لساكت قول أنه لا كراهة في سكوت الولد على خدمة أصله له لكن يظهر أن محله ما لم يشعر حال الأب بالترحم من الخدمة وإلا كره له لا من جهة نفس الخدمة لما تقرر أنها في ذاتها غير مكروهة بل من جهة أن السكوت حينئذ يشعر بالاستهتار بحق الأبوة، وأما بالنسبة للآخر من قبول العقد وطلبه فإن صحبه

اعتيد الأكل منه لزمه أجره مثله ولا يضمنه لأنها إجارة فاسدة وإلا ضمنه لأنه غاصب وإنما جعل ظرف مبيع تسلمه مشتر فيه عارية مطلقاً لأنه ليس من تمام تسليمه لا عادة ولا غالباً، بخلاف إناء الهدية فصار له دخل في العوضية إذ به تمامها، وحيث قلنا بضمانه توقف على استعماله وإلا كان أمانة وإنما لم يكن هبة منافع دار إجارة لها للتصريح بهبة المنافع، بخلاف الظرف لم يقع تصريح بهبة منفعه ولو فرش له ما جلس عليه أو ألبس عارياً كان عارية، بخلاف ما لو دخل فجلس على فرش مبسوط لأن شرط العارية تعيين المستعير وهذا لم يقصد به انتفاع شخص بعينه (و) قول مالك حمار مالك فرس مثلاً (أعرتك) حماري (لتعيرني) فرسك أو لتعلمه أو على أن تعلمه بعلفك أو بعشرة دراهم (إجارة فاسدة) للتعليق أو جهل العلف أو المدة فيجب لكل على الآخر أجره مثل ما له بعد القبض مدة الإمساك إن كان لها أجره ولا يضمن العين فإن قدر مع الدراهم مدة معلومة فإجارة صحيحة على الأوجه اعتباراً بالمعنى، وواضح أن محله إن لم يقل لتعلمه بها وإلا بطلت وإن بين له قدر العلف لأنه شرط عليه العلف وهو فعل يقابل بأجره وهي مجهولة، فالعوض شيئان معلوم وهو قيمة العلف ومجهول وهو فعله والمجهول إذا انضم لمعلوم يصيره مجهولاً، ولو أعطاه حانوتاً ودراهم وقال تجر بها فيه أو أرضاً وبذراً وقال ازرعها فيها لنفسك فالحانوت والأرض عارية والدراهم والبذر قرض لا هبة على الأوجه والقول قوله في القصد (ولزم من أعير) عينا (ولو) كانت إعارته إياها (لله) تعالى كأن أركب لإعيائه (لا) إن أعير لشغل (معير مؤن رد) للمعار وإلا لا امتنع المالك منها، ويستثنى المستعير من نحو مستأجر إذا رد على المالك كما يأتي أما مؤنة العين فتلزم المالك فقط خلافاً للقاضي لأنها من حقوق المالك (و) لزم المستعير المذكور أيضاً في المتقوم (قيمة يوم تلف) لها في يده ولو بأفة من غير تقصير لأنها كأجزائها مضمنة عليه لخبر أبي داود وغيره «العارية مضمونة» ولم تعتبر قيمة يوم القبض ولا أقصى القيم لثلاً يلزم تضمين الأجزاء المستحقة بالاستعمال المأذون فيه أما المثلي فيجب مثله على الأوجه ولو شرط كونها أمانة لغا الشرط فقط.

ويوجه بأن فيه زيادة رفق بالمستعير فهو كشرط فيه رفق المقترض بجامع أن كلا

قصد استخدامه فالكرهه واضحة وإن لم يصحبه ذلك لظهور مصلحة الأب فيه أو الولد وأحبها الأب فلا كراهة إذ لا استهتار حينئذ.

فعلم أن كلا من قول الفارقي أن الخدمة غير مكروهة في ذاتها وأنها مكروهة له بالنسبة للولد لمكان الأبوة وأن قول الشرح ولا استعارة فرع أباه منه محمول على حالة مما قررتة موضعاً فتأمل.

المقصود منه إرفاق الأخذ أو ضمانها عند تلفها بقدر معين .

قال المتولي : فسد الشرط دون العقد ، وتوقف فيه الأذرعى والتوقف ظاهر كما عرف ما عللت به ما قبله ، نعم إن حمل ما قاله المتولي على أن القدر المعين دون قيمتها بالنسبة لغالب أمثالها كان كالمسألة التي قبلها لأن فيه حينئذ رفقا بالمستعير ، ولا يضمن توابع العارية كثوبه وولده ، فلو ولدت عند المستعير فالولد أمانة شرعية فيرده فوراً أي ليأخذه المالك مع أمه أو يأذن له في بقاءه معها عنده أي وحينئذ هو أمانة عنده ما لم يكن فيه منفعة ويأخذه لأجلها كما هو ظاهر ، ولو سافر بها فتبعها ولدها . وعلم به المالك فسكت فهو أمانة ، وإنما يبرأ من ضمان العارية بردها لمالكها أو وكيله في ذلك أو الحاكم لغيبة أو حجر وكذا محلها الذي أخذها منه وقد علم المالك أو أخبره به ثقة لا لولده أو زوجته بل يضمنان أيضاً فإن أرسلها المرعى فتلفت فالقرار عليهما وشرط التلف المضمن أن يحصل (لا باستعمال) فإن حصل معه فإن تلفت هي أو جزؤها باستعمال مأذون فيه كركوب أو حمل أو ليس اعتيد فلا ضمان إلا في الحمل على أضحية أو هدي مندورين فيضمنان بقيمتها .

وقد يعرض للعارية ما يمنع الضمان فلا يضمن بإعارة المالك شيئاً ليرهنه بتفصيله السابق في الرهن (ولا بإعارة مالك منفعة فقط) كمستأجر إعارة صحيحة إذ لا يملك المنفعة إلا بها عينا مستأجرة بأن تلفت في يده لأنه نائب عنه وهو أمين ، بخلاف المستعير من مستأجر إجارة فاسدة لأن معيره ضامن كما جزم به البغوي وعلله بأنه فعل ما ليس له قال والقرار على المستعير ولا يقال حكم الفاسد حكم الصحيحة في كل ما تقضيه بل في سقوط الضمان بما تناوله الإذن فقط ، وفي معنى المستأجر الموصي له بالمنفعة والموقوف عليه والزوجة إذا أصدقت منفعة وسائر من يستحق المنفعة فقط استحقاقاً لازماً ، ومتى رد المستعير على مالك المنفعة لزمه مؤنة الرد أو على مالك العين لم يلزمه كما لو رد عليه معيره وإن زادت مسافة الرد من المستعير عليها من معيره كما بينته في الأصل .

وخرج بقوله لا لشغل معير ما لو أركب دابته وكيله في حاجته أو حافظ متاع له عليها

(قوله أو ضمانها عند تلفها بقدر معين إلخ) قد ينافيه قوله الآتي وإلا لزمه ذلك على ما قاله

الصيمري إذ ظاهر هذا صحة الشرط مع مخالفته لمقتضى العقد الذي هو التخيير . وقد يجاب بإمكان

أو من يروضها وقت الرياضة فإنه لا يلزمه مؤنة ردها ولا يضمنها إن تلفت في يده بغير تفريط لأنه لم يركبها إلا لغرض المالك، ومن ثم لو أشرك مع غرضه غرضاً لنفسه ضمن ولزمته مؤن الرد وإن ضعف غرضه وقوي غرض المالك كما هو ظاهر بخلاف مركب منقطع تقرباً إلى الله تعالى ولو بلا سؤاله فإنه يضمن فإن كان معه عليها ضمن الرديف نصف قيمتها، ولو وضع متاعه وقال للمالك سيرها ففعل فتلفت بغير الوضع ضمنها كلها إلا أن يكون عليها متاع لغيره فإثماً يضمن بقسط متاعه أي وزناً فيما يظهر فإن سيرها المالك بغير أمره لم يضمن بل المالك يضمن متاعه.

ولو جاوز مستعير دابة بها المحل المعين ضمن أجرة ذهاب مجاوزتها عنه وإيابها إليه لتعديه وله كما صححه البلقيني كالسبكي الإياب بها منه إلى المحل الذي استعارها منه أي إن أذن له المالك وإلا رجع بها غير راكب لها، فإن لم يجاوزه جاز له الرجوع بها منه راكباً وإن لم ينص له المالك على ذلك لأن الرد لازم له فالإذن يتناوله بالعرف بخلاف المستأجر كما يأتي فيه (و) يتسلط مستعير أرض لزراعة على الانتفاع بما أذن له في زرعه أو مثله فإذا أذن له المعير في نوع (بدل بالمأذون) فيه (مثله) أو دونه بالأولى (ضرراً من نوعه) أي المأذون فيه إن عين نوعه فيبديل بالبر نحو شعير وبقلا لأنهما أدون ضرراً منه لا نحو ذرة وقطن لأنهما فوقه ضرراً (ما لم ينه) عن غير ما عين له المالك فلا يزرع غيره اتباعاً لنهيته فإن فعل فللمعير قلعه مجاناً فإن مضت مدة لمثلها أجرة لزمه جميع أجرة المثل لأنه بعدوله عن المأذون فيه مع النهي عن غيره كالرأد لما أبيح له.

أما إذا لم يكن من نوعه ففيه تفصيل يخالف ما مر في بعض أقسامه وهو أنه إن أعاره لزرع لم يغرس ولم يبن بينهما أعظم ضرراً (و) إن أعاره لإحدهما جاز أن يبديل (بالغراس والبناء زراعة) وإن لم تكن من نوعهما لأنها أخف ما لم ينه عنها (لا أحدهما) أي الغراس أو البناء فلا يبديله (بالآخرين) أي بصاحبه وحده أو مع الزراعة لاختلاف جنس الضرر إذ ضرر البناء بظواهر الأرض أكثر وضرر الغراس بباطنها أكثر لانتشار عروقه، أما البناء وحده أو الغراس وحده فله إيداله بالزراعة ما لم ينه لأنها أخف من كل منهما.

[فرع] إذا استعار لأحدهما لم يفعله إلا مرة فلو قلعه لم يعده إلا بإذن جديد ما لم

الفرق بأن المشروط هنا ليس بأجنبي عن العقد وإنما غاية ما فيه أنه إلزام بأحد مقتضيات العقد بعينه فليس فيه كبير مخالفة بخلافه في الأول فإنه شرط منافياً لأصل العقد من حيث وضعه فلم يعتد به.

يأذن له بالتجديد مرة بعد أخرى، والعارية عقد جائز من الطرفين فينفسخ بما مر في الوكالة وحينئذ يجب ردها فوراً وقد يعرض لها اللزوم من الجانبين أو أحدهما كما يأتي (و) من ثم (رجع) أحدهما عنها إن شاء (متى شاء) وإن بقيت المدة في مؤقتة (ولو في) إعاره جدار لأجل (وضع جذع) عليه لأنها إرفاق فلا يليق بها الإلزام ولا أجره على مستعير انتفع جاهلاً بالرجوع على المعتمد لأن المالك هو المسلط له والمقصر بترك إعلامه، وإنما ضمن وكيل اقتص جاهلاً تنفيراً عن الوكالة فيما العفو مطلوب فيه (لا) في إعاره (قبر) لدفن ميت محترم (قبل بلى) بحيث لا يبقى منه شيء وبعد مواراته بالتراب فليس له كالورثة وإن أظهره سيل الرجوع حينئذ بل ولا أجره محافظة على حرمة الميت، والعرف غير قاض بالأجرة مع أن الميت لا مال له، بخلاف ما إذا بلى أو لم يوار بالتراب وإن وضع في اللحد لكن يغرم حينئذ لولي الميت مؤنة حفره ولا يلزمه الطم وعجب الذنب لا يبلى، لكن لما لم يشاهد إذ هو كخردلة في طرف العصص لم يستثنوه، والكلام فيما إذا أذن له في تكرار الدفن وإلا فبعد الاندراستنتهي العارية فلا يتصور فيها رجوع (و) لا في إعاره (كفن) أدرج فيه الميت ولو قبل الدفن بناء على بقاءه بملك مالكة وهو الأصح، وثوب أحرم فيه المستعير بمكتوبة لما فيه من هتك الحرمة فتلزم الإعاره من جهة العاقدين في المسائل الثلاث على ما في البحر في الأخيرة، لكن الذي في شرح المهذب أن للمعير الرجوع في أثناء الصلاة، ويظهر على الأول أنه يلزم المستعير في الأخيرة الأجرة أخذاً ما يأتي والاقتصار على أقل ما يجزئ من الواجبات وتلزم في مسائل آخر ذكرتها في الأصل.

وفي مسألة الإعاره لوضع الجذوع السابقة في المتن ليس للمعير قلعه بعد إثباته مجاناً (و) لكن إن شاء (قلعه بأرش) أي مع أرش يغرمه لملك الجذوع وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً (أو بقاءه بأجر) لمثله كما لو أعاره أرضاً للبناء لكن لمعير الأرض دون الجدار تملك البناء بالقيمة على ما يأتي لما مر في الصلح، ولو استعار حصه شريكه لغرس أو بناء فرجع لم يمكن من القلع مع غرامة الأرض لما فيه من إلزام المالك تفرغ ملكه عن ملكه بالصريح لا

(قوله لدفن ميت محترم) يتعين أن المراد بغير المحترم هنا الحربي والمراد لا غيرهما كزان محصن لأنه لا يليق به بقاء وصمة الإهدار في هذا ونحوه.

باللازم بخلافه في مسألة المتن^(١) (و) إذا رجع معير أرض لزراعة قبل إدراك الزرع (بقي) وجوبا (زرع لم يعتد) عرفا في مثله (قطعه) قبل إدراكه أو اعتيد كالباقلا ولم يبلغ أو ان حصاده عادة ولا يلزم أن يبقيه مجانا بل إنما يلزمه ذلك (بأجر) لمثله من يوم الرجوع إلى الحصاد لانتهاؤ الإباحة بالرجوع في أثناء طريق يلزمه نقل متاع المستأجر إلى مأمن بأجرة مثله، أما إذا اعتيد قطعه فصيلا وبلغ ذلك فيكلف المستعير القطع تحكيما للعادة، قال ابن الرفعة؛ وكذا لو لم ينقص بالقطع أي وإن لم يعتد قطعه (وقلعت مجانا زرع عينت مدته) التي تسعه مع الإدراك (فأخر) المستعير زرعه ولو لنحو سيل على الأرض حتى ضاقت المدة فإذا انقضت قبل إدراكه كلف قطعه مجانا مع تسوية الأرض لتقصيره بالتأخير، فإن انقضت ولم يقصر لكنه لم يدرك لنحو حر أو قلة الزمن المعين وجب تبقيته بالأجرة إلى الحصاد (و) قلع مجانا (بذر) بالمعجمة كنوى وحب (حمله سيل) إلى أرض غير مالكة فنبت بها لأن مالك الأرض لم يأذن فيه مع بقاءه على ملك مالكة فلزمه قلعه كما لو انتشرت أغصان شجر غيره في هواء داره ويرده للمالكة ولو نحو نواة لم يعرض عنها إن حضر وعرف وإلا فللقاضي، ويلزمه تسوية الأرض لا الأجرة لعدم الفعل منه، ومن استعار أرضا لنحو بناء أو غراس وذكر مدة كرره إلى انقضائها أو الرجوع، وحينئذ فحكمه ما يأتي في العارية المطلقة وإن لم يذكرها فعله مرة ما لم يرجع وإلا كلف وإن جهل القلع مجانا وتسوية الأرض وإن فعله قبل الرجوع فإن لم ينقصه القلع قلع وإلا لم يلزمه قلع ولا تسوية إلا بشرط أو اختيار (و) حينئذ فلا يقلع مجانا (غرس وبناء) في أرض مستعارة لهما إلا (إن) رجع المعير وقد كان (شرط) منهما أو من أحدهما ووافقه الآخر القلع عند الرجوع مجانا كما قاله الشيخان وإن اعترضوا فحينئذ يلزم المستعير قلعه عملا بالشرط فإن أبى قلعه المعير، ويصدق إذا اختلفا في وقوع الشرط كما بحثه الأذري (أو) لم يشترط ولكن (رضي) المستعير بالقلع لأنه ملكه (وإلا) يكن شرط ولا رضا تخيير المعير بين خصلتين فإن شاء (قلع) الكل لا بعضه (بأرش) أي مع غرمه وهو قدر التفاوت بين قيمته قائما ومقلوعا ومؤنة القلع على المستعير (أو تملك) الكل لا بعضه (بقيمة) له حين التملك مع النظر إلى كونه مستحق

(١) (قوله بخلافه في مسألة المتن) أي: فإن فيها الإلزام المذكور باللزوم، فإن الجذوع إذا رفعت عن طرف جدار المعير تزول عن ملك المستعير وهو الجدار المقابل له لكن باللزوم لا بالصريح فلا نظر إليه اهداماً.

الأخذ فإن قيمته قائما بهذا التقدير أقل من قيمته قائما بدونه .

ويؤخذ من كلام الرافعي كما قاله الإسنوي أنه لا بد في التملك من عقد وعليه يدل كلام البغوي وهو متجه ووجب ما ذكر لأن العارية مكرومة فلم يلق منع المعير ولا تضييع مال المستعير، وخير المعير فقط لأنه المحسن ومن ثم لو لم يوافقه الآخر كلف تفريغ الأرض كما يأتي ولا اقتضاه كلامه من امتناعه من طلب التبقية بالأجرة هو أحد موضعين تناقض فيهما كلام الشيخين، والذي اعتمده البلقيني والزرکشي التخيير بين الثلاث كنظائره من الشفعة والهبة والإجارة، وأولاً قول الشيخين الإجارة كالعارية بما ذكرته في الأصل مع بيان كيفية الأجرة هنا على القول بها ثم محل التخيير إذا نقص بالقلع وإلا تعين مجاناً، وإذا لم يكن المستعير شريكاً وإلا تعينت التبقية بالأجرة فإن لم يرض أعرض عنهما، وإذا لم يشترط تملكه بالقيمة عند الرجوع وإلا لزمه ذلك على ما قاله الصيمري وإذا لم يوقف وإلا تعين القلع بالأرض على الأوجه فإن وقفت الأرض ففيه بسط ذكرته ثم مع رد بحث هنا لصاحب الإسعاد وإذا لم يكن على الغراس ثمر لم يبد صلاحه وإلا لم يتخير إلا بعد الجداد كما في الزرع لأن له أمداً ينتظر، وقضية التشبيه وجوب الأجرة لمدة بقاءه بعد الرجوع (فإن أبا) أي امتنع المعير من التخيير (أهملاً) بأن يعرض عنهما الحاكم إلى أن يختار أحدهما ماله اختياره فليس للمعير أن يقلع مجاناً وإن لم يعطه المستعير أجرة لتقصيره بترك الاختيار.

وبحث الإمام أنه يلزمه الأجرة مدة التوقف لكن جزم في البحر بخلافه، ولو أبا المستعير عن موافقة المعير على ما اختاره ما له اختياره كلف تفريغ الأرض وعليه يحمل كلام الحاوي لأنه يلزمه موافقة المعير على ما اختاره من ذلك (ودخل) المعير حينئذ جوازا (ملكه) وانتفع به حتى بالاستظلال بالبناء والغراس لأنه جالس في ملكه، والوجه حل استناده لأحدهما إن لم يضر (و) لا يدخل (مستعير) بلا إذن لغير عرض بل (لسقي) أو إصلاح أو أخذ ثمر أو تلقيح للغراس (أو مرمة) للبناء صيانة للملكه عن الضياع ولا يمكن من الدخول وإن جاز إلا (بأجر) أي أجرة مثل (لما عطل) عليه من الانتفاع بدخوله (ومن) غرس أو بنى ثم (قلع بلا شرط) للقلع من أحدهما أي أجرة مثل (لما عطل) عليه من الانتفاع بدخوله (ومن) غرس أو بنى ثم (قلع بلا شرط) للقلع من أحدهما (سوى) لزوماً

(الحفر) الحاصلة بالقلع لا بالبناء أو الغراس لحدوثها بالاستعمال نبه عليه السبكي وغيره وذلك لأنه قلع باختياره فلزمه رد الأرض كما كانت فإن شرطه لم تجب تسويتها لأن شرطه رضا به، نعم إن يشترط عليه التسوية بعد القلع لزمته وفاء بالشرط (ولكل) منهما (بيع) لما يملكه (من شاء) من الآخر أو ثالث كسائر الأملاك، نعم يخير مشتر جهل إذ له حكم بائعه من معير ومستعير فيما مر لهما.

وأفهم كلامه أن لهما البيع بثمن واحد للضرورة وحينئذ الأوجه أنه يوزع على قيمة الأرض مشغولة وعلى قيمة ما فيها وحده (وإن) اختلف مالك عين والمتصرف فيها فله صور أربع: فإن (قال) المتصرف (أعرتني فقال) المالك بل (أجرتك) بكذا صدق المتصرف بيمينه إن بقيت العين ولم تمض مدة لها أجره لأنه لم يتلف شيئاً حتى تجعله مدعياً لسقوطه فيحلف ما أجررتني لتسقط عنه الأجرة ويرد العين وإلا حلف المالك واستحقها (و) إن كان (ثم) أي هناك (أجرة) بأن مضت مدة لها أجره صدق المالك بيمينه كما لو أكل طعام غيره وقال كنت أبحثه لي وأنكر المالك (أو عكسه) بأن قال المتصرف أجررتني بكذا وقال المالك أعرتك والعين باقية صدق المالك بيمينه في نفي الإجارة لأن الآخر يدعي استحقاق المنفعة عليه والأصل عدمه ثم يسترد العين فإن نكل حلف المتصرف واستوفى المدة ويكون مقر له بأجرة وهو ينكرها، ومر حكمه في الإقرار، ولو اختلفا بعد تلفها بغير الاستعمال ومضى مدة لها أجره فالمالك يدعي القيمة وينكر الأجرة والآخر بالعكس فيأخذ المتفق عليه بلا يمين، وما بقي من القيمة إن زادت على الأجرة يحلف عليه فإن لم تمض تلك حلف المالك وأخذ القيمة لأن الأصل عدم مسقطها (أو) قال المتصرف (أجررتني) فقال المالك بل غصبت مني حلف المالك أنه ما أجره واستردها، فإن مضت تلك فالمالك يدعي أجره المثل والآخر مقر بالمسمى فيأخذ المتفق عليه ويحلف للزائد نظير ما مر (أو) قال المتصرف (أعرتني) العين (فقال) المالك بل (غصبت)ها مني (حلف المالك) إن بقيت العين ومضت تلك لأن الأصل عدم الإذن فله الأجرة فإن لم تمض فلا معنى للنزاع فإن تلف تضمن العارية به ولم تمض تلك فله القيمة يوم التلف بلا يمين لاتفاقهما عليها، فإن زاد عليه أقصى القيم حلف للزائد وإن مضت تلك حلف مع ذلك عليها وأخذها وحيث حلف المالك في صورة الأربع حلف (نقياً وكذا) يحلف (إثباتاً إن ادعى الأجرة) وذلك في أحد شقي الأولى

والأخيرة فيقول ما أعترتك ولقد أجزرتك بكذا أو غصبتها مني فإن نكل لم يحلف المتصرف لأنه لا يدعي إلا العارية وهي لا تلزم أما حلفه على نفي استحقاق الأجرة فلا بد منه (و) إذا حلف المالك على ذلك (سقط المسمى) ووجبت أجرة المثل لأنها الواجبة عند الاختلاف في الأجرة فبالأولى أن تجب عند الاختلاف في أصل الإجارة، وإن قال غصبتني فقال بل أودعتني حلف المالك وأخذ القيمة إن تلفت العين وأجرة المثل إن مضت مدة لها أجرة وبقي صور آخر ذكرتها في الأصل مع فوائد مهمة.

[باب في الغصب]

وهو حرام بالكتاب والسنة والإجماع فيكفر مستحلته وفسق فاعله ولو لحبة إجماعاً على ما زعمه ابن عبد السلام. و (الغصب) لغة: أخذ الشيء ظلماً قاله الجوهري فشمّل أخذ غير المال ولو بنحو سرقة واختلاس، وقال غيره أخذ الشيء ظلماً جهاراً.

وشرعاً: (استيلاء على حق غير) ولو اختصاصاً ككلب صيد أو منفعة كإقامة من قعد بمسجد أو سوق أو حق نحو تحجر (ظلماً) فخرج بالاستيلاء المنبئ عن القهر والغلبة مجرد منعه من تعهد ماله حتى تلف والسرقة والاختلاس على وجه فيه خفاء، ولا يضر مشاركة السرقة للغصب في الضمان وقدره وغيرهما لتمييزها بأحكام آخر تأتي وتعبير الحاوي بالمال لبيان حد الغصب الحقيقي وهو المقتضي للضمان والإثم، فإن الاختصاص وإن شاركه في الإثم ووجوب الرد إلا أنه لا يضمن، واحترز بظلماً الذي هو لغة وضع الشيء في غير محله وإن لم يكن معه إثم عن الاستيلاء على مال حربي وغريم ظفر بشرطه ومال غيره يظنه ماله وضمّانه ضمان الغصب لوجود حكمه لا حقيقته، فساوى تعبیر الحاوي كأصل المنهاج بظلماً تعبیر الروضة بغير حق، فقول الإسنوي ما فيها ذهول هو الذهول على أن بعضهم صوب ما بها دون ظلماً، ورد قول الرافعي الثابت فيمن أخذ مال غيره يظنه ماله حكم الغصب لا حقيقته بأنه ممنوع بل ذلك غصب حقيقة وإن لم يكن فيه إثم واقتضاء الغصب الإثم مطلقاً غير مراد وإن كان غالباً (وضمن) الغاصب (به) أي بالغصب أم ولد

[باب الغصب]

و(المكاتب) لأنه مال هنا خلافا لما توهمه عبارته لا في الأيمان لبنائها على العرف (و) ضمن به (المال) يعني المتمول المحترم بجميع أنواعه من منفعة وعين مثلية أو متقومة.

أما غير المتمول كزبل وحبّة بر وغير المحترم كمرتد وصائل فلا يضمن بغصبه ولا بإتلافه، وكذا لو كان الغاصب أو المتلف غير أهل للضمان كحربي (و) ضمن غاصب قن (جناية) صدرت منه على غيره وهو بيد الغاصب إن (تعلقت برقبته) أرشاً أو قوداً أو حداً لأنه نقص في يده فلزمه في الأول الأقل من قيمته والأرش وفي الأخيرين كأن قتل أو ارتد أو سرق فقتل أو قطع ولو بعد عوده لمالكه أقصى قيمه من الغصب إلى التلف ونقص القيمة في نحو السرقة.

وخرج بقولي وهو بيد الغاصب ما لو جنى بيد مالكه واستوفى منه بيد الغاصب فلا يضمنه لأن سبب الفوات لم يحصل في يده، ويقول برقبته المتعلقة بذمته كأن اشترى شيئاً فأتلفه فلا يضمنه الغاصب لثبوته برضا مستحقه والاستيلاء المذكور (كأن ركب) دابة غيره وإن لم ينقلها من مكانها، وألحق به ابن كج استخدام العبد (أو نقل) غير ما ركبه (أو جلس) عليه فإنه إذا جلس (على فرشه) أي الغير الذي لم يظهر منه قرينة بمسامحة من جلس عليه ضمنه وإن لم ينقله ولا قصد الاستيلاء عليه لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء، نعم إن حضر المالك ولم يزعجه لكنه بحيث يمنعه التصرف فيه كان غاصبا لنصفه فقط أي وإن جلس على يسير منه لأن يدهما معا عليه نظير ما يأتي في الدار إذ لم يفرقوا فيه بين وضع يده على نصفه أو أقل منه أو أكثر (و) إنما يحصل الضمان بجهة الغصب (في عقار باستيلاء من أزعج) أي أخرج مالكه منه وإن لم يدخله فإن منعه من نقل ما فيه فغاصب له أيضاً.

أما الإكراه على الخروج منه من غير استيلاء عليه فليس غاصبا له (أو دخله) ولو وحده وليس مالكه ولو قويا به لوجود الاستيلاء، وإن سهل على القوي النزاع فإن منعه بعضه فغاصب له فقط (و) إن شارك المالك أو غيره في الاستيلاء على الكل كان غاصبا (نصفا) منه لاجتماع يدهما واستيلائهما.

أما إذا دخل لا لاستيلاء بل ليتخذ مثله مثلاً فغير غاصب له وإنما ضمن على المعتمد

منقولاً رفعه من بين يدي مالكة لذلك فتلف في يده لأنها عليه حقيقة فلم يحتج لقصد استيلاء وعلى العقار حكمية فاحتاجت له ويصدق بيمينه في قصده ولو لم يتلف برئ بوضعه بين يدي مالكة وإنما يضمن النصف إن دخله (وفيه غير) مساو له قوة أو ضعفاً أو دونه بحيث يعد مستولياً معه (لا) إن كان فيه غير (أقوى) منه فلا يكون غاصباً لشيء منه وإن قصد الاستيلاء إذ لا يعد مستولياً حينئذ (ورد) الغاصب وجوباً إلى بلد الغصب (ما نقل) وإن بعد وكانت مؤنة الرد أضعاف قيمته لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» هذا كله إن بقي وإلا ضمن بدله ويصدق بيمينه في دعواه التلف لئلا يتخلد حيسه.

ثم التالف إما مثلي أو متقوم (فما ضبط) أي أمكن ضبطه (بكيل أو وزن) وإن لم يعتد فيه (وأسلم فيه) فهو المثلي كقطن ولو بحبه ورطب وعنب كما ذكره الشيخان وإن ناقضاه في غير هذا الباب، وفواكه رطبة وبقول ودقيق ولحم طري ونخالة وخل لا ماء به وحب صاف ونقد ولو مغشوشاً، بخلاف ما يعد كالحيوان وما يذرع كالثياب وما لا يجوز السلم فيه كغالية ومعجون وجواهر كبار وما أثرت فيه نار غير منضبطة كماء حار، والردئ عيباً لأن المانع من ثبوته في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته بالتلف والإتلاف والقمح المختلط بالشعير يجب مثله^(١) فيخرج القدر المحقق منهما مع امتناع السلم فيه لكن إيجاب مثله لا يقتضي كونه ملياً كما يجب رد مثل المتقوم في القرض على أن امتناع السلم فيه لكن إيجاب مثله لا يقتضي كونه ملياً كما يجب رد مثل المتقوم في القرض على أن امتناع السلم فيه جملته لا يوجب امتناعه في جزأيه الباقيين بحالهما ورد المثل إنما هو بالنظر إليهما والسلم جائز فيهما و (إن تلف) المثلي (ضمن بمثل) له لا بقيمته لأنه أقرب إليه.

ثم التلف إما حسي كموت المغصوب وإما شرعي (كعصير) من عنب أو غيره (تخمر) لخروجه عن المالية ولا نظر لتوقع عودها بالتخلل ولو صار متقوم متقوماً كحلي صيغ من إناء غير نقد إذ النقد قد يكون مثلياً وجب^(٢) فيه أقصى القيم، أو مثلي متقوماً

(١) (قوله يجب مثله إلخ) في التحفة لكن قال الأذري إنّه عجيب، ومن ثم قال الزركشي وقد يمنع رد مثله

لأنه للاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوم للجهل بقدر كل منهما وهذا هو الأوجه إلخ ما فيها اهـ.

(٢) (قوله وجب إلخ) عبارة الأصل بعد لزومه بأن وجب بتلف العين أو إتلافها ولو بغير غصب فلم يستلمه حتى فقد بالمحل الذي يجب التسليم فيه فرما جر إليه، انتهت.

كالخبز من الدقيق والخل من التمر، أو عكسه كجعل شاة لحما، أو مثليا آخر كجعل سمسسم شيرجا ثم تلف عنده وجب المثل في الثلاثة، ويتخير المالك في الثالث بين المثليين (ما لم يغير بأغبط) أي أكثر قيمة ماليا كان أو متقوما فيؤخذ الأغبط في الثالث وقيمته في الأولين (فإن طوب) من لزمه المثل لكونه أتلف مثليا أو غصبه وتلف عنده فإن ظفر به المالك وطالبه (به) أي بالمثلي (ببلد آخر) غير بلد التلف (و) الحال أنه لم ينقله إليه وأن الطريق بين البلدين غير آمن، أو إن نقله من بلد الغصب أو التلف إلى البلد الآخر الذي ظفر به فيه (له مؤنة فقيمته حيث تلف) أي في المحل الذي تلف فيه هي الواجبة له إن تلف في بلد الغصب فإن تلف في غيره وجب أكثر قيمتي بلد الغصب والتلف كما يأتي، وفي هذه الحالة أعني إذا كان لنقله مؤنة لا يلزم الغاصب نقل المثل ولا تحصيله ولا المالك قبوله لما فيه من الضرر بل يلزمه ما ذكر لتعذر المثل ولو تراضيا عليه جاز، وإذا أخذ منه القيمة فاجتمعا ببلد التلف لم يرجعا إلى المثل كما يفيد كلام أصله فهو أحسن .

أما ما لا مؤنة لنقله كدراهم يسيرة والطريق آمن فيطالب بالمثل في محل الظفر وإن لم ينقله إليه إذ لا ضرر وحيث وجب مثل فلا أثر لغلاء أو رخص، نعم إن خرج المثل عن أن يكون له قيمة (كماء) غصبه (في مفازة) وتلف أو أتلفه هناك بلا غصب ثم اجتمعا على شاطئ نهر مثلا لزمه قيمة المثل في تلك المفازة وهي للفيصوله .

أما إذا كان له قيمة ولو تافهة فلا يجب إلا مثله كما بينته بما فيه في الأصل (وإن فقد مثل) وجب بمحل التسليم وبما حواليه (أو وجد) فيه لكن (بغين) أي زيادة على ثمن مثله أو منعه من الوصول إليه مانع (أو ضاع مغصوب) مثلي أو متقوم كقن آبق (أو نقل) ولو متقوما من محل الغصب (إلى بلد) مثلا (فأقصى قيمه) أي المغصوب هو الواجب، والمراد بأقصاها أكثر قيم الأمكنة التي حل بها المغصوب المثلي (من) وقت (الغصب إلى) وقت (الفقد) للمثل ولو شرعا لأن وجود المثل كبقاء العين في لزوم تسليمه فلزمه ذلك كما في المتقوم ولا نظر إلى ما بعد الفقد كما لا نظر إلى ما بعد تلف المتقوم وهذا راجع لصورة العقد بقسميها السابقين، ومحله إذا كان المثل موجودا عند التلف فلم يسلمه حتى فقد فإن كان مفقودا عنده وجب الأقصى من الغصب إلى التلف وللمالك الصبر لوجود المثل (أو) من وقت غصب إلى وقت (طلب) بالنسبة (للآخرين) وهما الضياع والنقل لأن

أخذ القيمة فيهما للحيلولة بين المالك وماله وفي الأولى على سبيل البدلية اللازمة فكانت للفيصولة (و) من ثم (استرد) الغاصب القيمة (لرد المغصوب) إلى المالك لمحل وجوب التسليم في الأخيرتين (لا) لرد (مثله) إذا وجده في الأولى لانفصال الأمر فيها بالبدل كاليسار بعد صوم الكفارة المرتبة، ومع كونها للحيلولة ملكها ملك قرض فينفذ تصرفه فيها ولا يملك الغاصب المغصوب ويلزمه ردها أو رد بدلها إن تلفت عند رد العين، وليس له إبدال العين مع وجودها ببديلها ولا لغاصب ظفر بآبق مثلاً حبسه حتى يردها المالك إليه بل يلزمه رده إليه لأنه عين حقه (بلا حبس) له لأجلها خلافاً للحاوي.

قال الأزرعي: إلا أن يخاف الفوت وفيه ما بينته، ثم قال الماوردي: ومحل طلب القيمة للحيلولة إن كان بمسافة بعيدة وإلا لم يطالب إلا بالرد، وقيد الأزرعي بما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه وإلا فلا فرق (وإن نقل) المغصوب المثلي بنقل الغاصب أو من ترتبت يده على يده إلى بلد آخر (فتلف) بالبلد المنقول إليه أو أتلفه طالبه المالك بالمثل حيث ظفر به أي في أي البلدين، وكذا في أي بقعة شاء من البقاع التي وصل إليها به لتوجه الطلب عليه برد العين في هذه المواضع (و) إن (عدم المثل) حساً أو شرعاً كأن وجده بغبن أو منعه منه مانع (فأقصى قيمة البلدين) وما بينهما هو الواجب لما ذكرته، والكلام فيما لنقله مؤنة كما علم من كلامه السابق هذا كله المثل (و) أما المتقوم فهو (ما لا يضبط) أي ما لا يمكن ضبطه الضبط السابق^(١) وهو ما يصح السلم فيه كما أفهمته عبارته فلا قصور فيها خلافاً لمن زعمه (كوصف) حسي كسمن وغيره كتعلم صنعة كان فيه عنده وإن حدث بيده ثم زال، فلو غصب أمة قيمتها مائة فسمنت وبلغت ألفاً ثم تعلمت صنعة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت إلى مائة ردها وألفاً وتسعمائة لأن ذلك أقصى قيم الذاهب منها (وإن عاد) السمن وتعلم الصنعة مثلاً في يد المالك (لا) إن كان عود الصنعة (بتذكر) أو تعلم وساوى قيمته الأولى أو زاد عليها فلا يضمن فوات الصنعة الأولى، بل ينجبر نقصها بذلك لأنه لا يعد في العرف شيئاً جديداً،

(قوله لا لرد مثله) أي الذي كان معقوداً حساً أو شرعاً، وقوله في الأولى أي مسألة الفقد حساً أو شرعاً اهـ.

(١) (قوله وهو) أي الضابط السابق ما يصح السلم فيه: أي مع كونه مكيبلاً أو موزوناً وحذف للعلم به اهـ عبد الرؤوف.

بخلاف السمن.

وقضية كلامه أنه لو تذكر الصنعة في يد المالك انجبرت أيضا حتى يسترد منه الغاصب الأرش وهو كذلك كما بحثه ابن الرفعة قال الإسنوي^(١): فلو تعلمها هنا فالمتجه أنه لا يسترد، أما تعلمه صنعة أخرى فلا ينتفي به الضمان والمتقوم الذي هو نحو وصف (وحلي) إنما يضمنه الغاصب (بأقصى قيمة من) حين (غصب إلى) حين (تلف) لتوجه الرد عليه حال الزيادة فيضمن بدله وتكون قيمته كمثلي ضمن بالقيمة (بنقد بلده) يعني محل التلف حيث لم ينقله لأنه محل وجوب الضمان، فإن كان التلف بمغازة اعتبر أقرب البلاد إليها، فإن نقلها اعتبر نقد المحل الذي تعتبر قيمته وهو أكثر المحال التي وصل إليها قيمة عملا بمحل وجوب الضمان الحقيقي.

وعلم من كلامه أنه لا أثر لتكرار غلاء السعر ورخصه حتى لا يضمن كل الزيادة بل الأكثر فقط ولا لزيادة السعر بعد التلف، نعم المنافع تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيها؛ ولو غصب دارا وهدمها وأتلف النقض^(٢) ضمن قيمته، وما نقص من العرصة وأجرة مثلها دارا إلى وقت الهدم على الأوجه ثم بعده أجرة مثلها عرصة إلى الرد، ثم الضمان بالأقصى يختص بالغاصب فمتلف المتقوم بلا غصب يضمنه بقيمته يوم التلف إلا إن حصل بتدريج وسراية فأقصى قيمة تلك المدة لأن الإلتلاف أبلغ من اليد العادية (وعبد) بالجر عطف على وصف غصبه أو أمة ثم (قطع) فيضمنه (بالأكثر من مقدر) لذلك المقطوع إن لو قطع من حر (ونقص قيمة) الرقيق ففي قطع اليد يضمنه بالأكثر من نصف القيمة ونقصها فإذا نقص بالقطع ثلثها لزمها النصف بالقطع والسدس باليد العادية، نعم إن قطعها المالك ضمن الغاصب الزائد على النصف فقط وفي قطع الأنثيين كمال القيمة وإن كان زادت قيمته بذلك.

وخرج بقطع تلف اليد أو الأنثيين بأفة وبمقدر نحو ذهاب البكارة فلا يجب غير نقص

(١) (قوله قال الإسنوي إلخ) عبارة الأصل: وبحث الإسنوي أن تعلمها هنا ليس كتذكرها كرهاً فلا استرداد فيه وهو متجه انتهت.

(٢) (قوله وأتلف النقض إلخ) ومعلوم أنه إذا بقي يضمن مع ذلك ما بين قيمة الجدار قائماً ومقلوعاً كما مر في الصلح اهد عبد الرؤوف.

القيمة مطلقا كما بينته في الأصل (فإن جنى) في يده جناية يتعلق أرشها برقبته (ومات) في يده قبل الفداء غرم للمالك أقصى القيم من الغصب إلى التلف وللمجني عليه الأقل من الأرش وقيمته يوم الجناية وله التعلق بما غرمه للمالك بقيمته يوم الجناية لأن حقه كان متعلقا بالرقبة يومئذ فيتعلق ببديلها (و) حينئذ فإذا (ضمن قيمته) التي هي أقصى قيمه للمالكه فقبضها (فأخذت) منه (للجنائية) الواقعة في يد الغاصب (ضمن) الغاصب ثانيا (ما أخذ) بالبناء للمفعول: أي ما أخذه المجني عليه من المالك لأنه لم يسلم له بل أخذ بجنائية مضمونة على الغاصب وللمجني عليه أن يغرم أيضا.

وأفهم كلامهم أنه لو طلب منه المالك الأرش قبل أن يأخذ منه المجني عليه القيمة لم يجب إليه وبه صرح الإمام لاحتمال الإبراء، نعم له مطالبته بالأداء كما يطالب الضامن الأصيل ذكره ابن الرفعة (وضمن) الغاصب (فرد خفّ) تلف للمالكه (بنقص كل) منهما فيجب أرش الباقي وقيمة التالف، فإذا كانت قيمتها عشرة فبقيت قيمة الباقي ثلاثة لزمه سبعة خمسة قيمة التالف واثنان أرش التفريق الحاصل بذلك كما لو حل أجزاء السرير فنقصت قيمته، وسواء فيما ذكر غصب زوجيه ثم أتلف أو أتلف أحدهما ورد الآخر أو غصب واحدا فقط أو أتلفه بلا غصب، وما في الحاوي في هذه من وجوب خمسة فقط ضعيف نقلا قوي مدركا في الروضة، ولو أتلفهما اثنان معا لزم كلا خمسة أو مرتبا لزم الأول سبعة والثاني ثلاثة، وكالخف فيما ذكر كل فردين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر، ثم الضمان هنا ينحصر في التفويت بمباشرة أو سبب أو شرط، وسيأتي تحقيقها في الجنائيات، ولم يذكر المباشرة لظهورها، نعم أشار إليها في موقد النار الآتي (و) ذكر للسبب أمثلة فيها الضمان وإن لم يوجد غصب استطرادا منها أن يأتي بما يضيع به (غير عاقل) من طائر أو بهيمة أو قن لا يميز كأن يكون قد (فتح عنه) ما هو محبوس فيه من قفص أو نحوه فيضمنه بذلك (إن خرج) منه (حالا) أي عقب فتحه وإن لم يهيجه أو صدمه جدار لأن خروجه حالا يشعر بتنفيره، ويضمنه أيضا لو أخذته هرة حاضرة بمجرد الفتح وقتلته وإن لم تدخل القفص أو لم يعهد ذلك منها على الأوجه، ويضمن أيضا ما كسره في خروجه لأنه ناشئ عن فعله.

أما إذا لم يخرج حالا فلا يضمنه لأن خروجه بعد الوقوف يشعر باختياره، وأما فتحه عن العاقل فلا ضمان فيه مطلقا وإن اعتاد الإباق لأنه صحيح الاختيار فخروجه محال عليه، ويضمن أيضا طائرا بيد غير مميز أمره بإرساله ففعل فطار حالا، وبهيمة وقتنا غير مميز حل رباطهما وفتح باب محللها فخرجا حالا وشعيرا بجراب حل رباطه فأكله حالا حمار بجنبه على المعتمد، وضمن أيضا (زقا) أي ما فيه من مال محترم، بخلاف مال الحربي إذا (فتح) وهو غير منتصب فسال ما فيه كحب بفتحته وتلف أو وهو منتصب (فسقط) بفعله كأن حرك الوكاء وجذبه أو (بتقاطر) ما فيه وابتلال أسفله بما تقاطر منه (أو) بسبب (ريح) هابة عند الفتح (لا عارضة) بعده (أو بإذابة) حر (شمس) أو ريح أو مرور الزمان لما فيه فسال وتلف لحصول الإتلاف بمباشرته أو سببه وإن حضر المالك وأمكنه التدارك كما لو حرق ثوبه أو قتل عبده وأمكنه الدفع فلم يفعل.

أما إذا سقط بعروض نحو ريح أو زلزلة أو وقوع طائر أو لم يعلم سبب سقوطه فلا ضمان لأن التلف لم يحصل بفعله وليس فعله ما يقصد به ذلك العارض ولتحقق طلوع الشمس استوى عارضها وموجودها، بخلاف الريح (و) إن فتح زقا فيه جامد فأوقد آخر عنده نارا وخرج ما فيه من ذلك (بنار) أذابته ضمن (موقدها) دون فاتحه تقديما للمباشرة كالحارز مع الجارح (إن فتح) إنسان (حرزا) فيه مال غيره فسرق آخر المال منه (أو دل) إنسان غير نحو وديع كما سيذكره في باب (سارقا) على مال فسرقه (أو حبس) إنسان (ذا مال) كماشية عن ماله ولو ظلما أو عن سوق الماء إلى زرعه أو أرضه حتى تلف بسبب حبسه (لم يضمن) الفاقح والبدال والحابس وإن قصد بحبسه منعه من ذلك لأنه لم يثبت يده عليه ولم يتلف ما تعين لحياته، بخلاف ما يأتي في ولد البهيمة فهو كمن ألقى ريح ثوبا في داره فضاع: أي قبل تمكنه من أخذه، أو إعلام المالك به وتسببه بالفتح في الأولى قد انقطع بالمباشرة، نعم لو أخذه أعجمي يرى طاعة الأمر بأمره ضمنه دون الآخذ ولو أتلف بهيمة فمات ولدها وقد تعين لبنها غذاء له ضمنه، وإن أمكن مالكة تحصيل غذائه فتركه لم يضمنه كما اقتضاه كلامهم، أو أخذ أوراق عنب فأتلفه حر الشمس ضمنه وإن أمكن المالك تداركه.

والفرق أن الحيوان يجب تدارك حياته فإذا قصر المالك في ذلك أحيل الهلاك عليه

فقط، بخلاف نحو العنب لا يلزم المالك تدارك حياته فكان أخذ الورق هو المتلف له (وضمن) الغاصب (وإن أدى) للمالك العين المغصوبة (قيمة فرقة) أي حيلولة بنقل أو ضياع كما مر (أرشا) لنقص حصل فيها مدة الغصب بغير كساد السوق كذبح شاة أو حدوث عيب كجناية قن عمدا ولو في حال الإباق بمحل بعيد وإن حصل النقص بأفة أو فعل غيره لأنه من ضمانه لبقاء يده عليه (و) ضمن وإن أدى ما ذكره أيضا (منفعة) كانت في مدة الغصب وإن لم يستوفها لفواتها تحت يده وهي في كل من أجزاء المدة بأجرة مثله فيه كما مر فلو انمحت أجزاء لم تسقط أجرته بل تجب مع الأرش لفوات العين والمنفعة فيجب لما قبل النقص أجرة مثل السليم ولما بعده أجرة مثل المعيب.

وبما تقرر علم أن المنافع المتقومة بأن تؤخذ أجرة في مقابلتها تضمن بالتفويت وكذا بالفوات تحت يد عادية حتى لو غصب مسكا أو كتابا وجبت أجرته وإن لم يشم ولا طالع، وفيهما له صنائع يمكن اجتماعها كخياطة وحراسة وتعليم قرآن بأجرة الجميع على الأوجه وإلا فأجرة أعلاها، نعم لا يضمن للحر إلا أجرة مثل ما استعمله فيه وضمن ما ذكر من الأرش والأجرة في العبد وغيره (مع) ضمان (صيد عبد) وإن لم يميز للمالكه لأنه على ملك سيده وله اختيار في الجملة، ومحلله إن وضع الغاصب يده عليه وضمن أجرته أيضا زمن صيده لأن مالكة ربما كان يستعمله في غيره ولو غصب نحو جارحة أو شبكة فاصطاد بها فالصيد له لأن ذلك آلة له وعليه أجرة مثله (لا) إن كانت كلبا إذ لا يضمن الغاصب (منفعة كلب) يصطاد أو يحرس لامتناع إجارته وإن وجب رده مع مؤنته إن كانت (و) لا يضمن أيضا منفعة (حر، و) لا منفعة (بضع بلا استيفاء) لها فيهما بخلافها بالاستيفاء فهي مضمونة بالتفويت حتى يضمن أجرة حر استعمله ومهر مثل حرة أو أمة وطئها مكرهة أو جاهلة لنحو قرب إسلام وإن أذن له المالك في الوطء، بخلاف المختارة والعالة والجاهلة المقصرة بترك التعلم فإن كانت الأولى بكرا وجب مهر ثيب وبدل البكارة، ومحل ضمان تفويت ما ذكر حيث لا ردة متصلة بالموت فلو أكره أمة مرتدة على الوطء أو مرتدا على عمل وماتا على الردة لم يجب لها مهر ولا له أجرة لا بالفوات، حتى لو حبسه أو غصب أمة فأقامت تحت يده مدة لم يضمن أجرة مثله ولا مهر مثلها لأنهما لا يدخلان تحت اليد شرعا، نعم من استأجر حرا جاز له إجارته واستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم يستعمله

(قوله بأجرة الجميع على الأوجه وإلا فأجرة أعلاها) ينبغي كما هو متجه أن العبرة في الأجرة

بناء لذلك على الحاجة والمصلحة وإلا فقضية عدم دخوله تحت اليد منع ذلك وبه قال القفال، وعلى ناقلة مؤنة رده إن احتاج إليها وكان له غرض في الرجوع لأنه بالنقل فوت عليه المنافع التي صرفها في مدة الرجوع فغرم في مقابلها، بخلاف حبسه فإنه لم يلجئه إلى صرف منافعه في شيء حتى يغرم مقابلها، ومثله فيما ذكر كل ما لا يؤجر كمسجد ورباط وشارع ومقبرة وعرفة ومزدلفة ومنى فلا يضمن منفعتها إلا بالتفويت دون الفوات فمن شغل بمتاعه بقعة من المسجد لزمه أجرتها إن لم يغلقه وإلا فأجرة الكل (و) ضمن الغاصب (بإغلاء) لدهن غصبه (نقص) ذلك المغلي من زيت أو نحوه عينا وقيمة أو أحدهما، ففي نقص العين برده ويغرم مثل الذهب لأن للدهن بدلا مقدرا وهو المثل فأوجبناه وإن زادت القيمة بالإغلاء حتى جبرت النقص كخصاء العبد، وفي نقص القيمة يرده مع أرش النقص وفي نقصهما يرده مع المثل الذهب ونقص القيمة هذا إذا كان أكثر من قيمة الذهب كصاع بدرهم رجع بالإغلاء إلى نصف صاع بأقل من نصف درهم.

أما إذا لم يكن نقص القيمة أكثر فلا أرش وأما إذا لم ينقص واحد منهما فيجب الرد فقط (لا) نقص (عين عصير) غصبه فأغلاه حتى نقصت عينه (فقط) أي دون قيمته فلا يضمن مثل الذهب خلافا للحاوي كالرافعي لأن الذهب منه مائة لا قيمة لها ومن الدهن دهن متقوم.

أما لو نقصت قيمته أيضا فيضمن القيمة على الأوجه (وضمن) الغاصب (زيادة) جعلت في المغصوب ثم نسيها إن كانت (تحل) كغناء لا يخشى منه فتنة وإن كره دون التي تحرم كضرب آلة اللهو وغناء أنثى أو أمرد يخشى منه فتنة فلا يضمنها إذا نسيت لأنها محرمة فلا يعتد بها شرعا، ويضمن زيادة تحل (ولو) كانت إنما حصلت (بفعله) أي الغاصب (كتبر صاغه) حليا وخشبة جعلها بابا فإذا رده إلى حاله الأول باختياره لا يطلب المالك أو انكسر المصوغ أو الخشبة وزالت هيئة الصياغة والباب لزمه مع رده أرش ما نقص بزوال الصنعة وإن كانت بفعله لأنها صارت تابعة للمغصوب.

وعلم من كلامه أن زيادة المغصوب إذا كانت أثرا كقصارة لا شيء له بسببها لتعديه بها بل يلزمه إزالتها إن أمكنت وطلبها المالك وإلا فلا إلا لغرضه كأن يكون ضربه دراهم

والأعلى بالحل الذي لو تلفت به كانت القيمة فيه أقصى المحال التي وصل إليها.

بغير إذن السلطان أو على غير عياره فيخاف التعزير، وأنه يلزمه مع أجرة المثل أرش نقص قيمته قبل الزيادة سواء أحصل النقص بها أو بإزالتها، وقياس ما يأتي في التراب والطم أنه لو لم يكن له في إزالته غرض سوى سقوط الأرض ومنعه المالك منها أو أبراه امتنعت وسقط، ويمتنع أيضاً إن انتفى الطلب والغرض فإن فعلها لزمه الأرش وإن وجد أحدهما^(١) والنقص لما زاد بسببها إنما هو على قيمته قبل الزيادة فلا يلزمه أرش النقص (و) نحو (سمن) حصل في المغصوب ولو في يده إن (أفاد) حصوله زيادة قيمته كسمن المأكول وإن أفرط دون ما نقصت به القيمة لإفراطه كسمن الأمة فلا يضمه إذا زال إذ لا بدل له، وبه فارق ما إذا خصاه ولم تنقص قيمته لأن للأثنين بدلا كما مر (لا نقص رخص) عرض في المغصوب بكساد السوق كأن غصب ما يساوي ألفا فرخص وصار بدرهم ثم رده فلا يضمن هذا النقص لأن الفأث حينئذ مجرد رغبات الناس، ولو غصب ثوبا قيمته عشرة فصارت بالرخص درهما ثم لبسه فصارت نصف درهم رده وأجرته مع خمسة وهي قسط التالف من أقصى قيمه وهو العشرة، ويلزم المكلف كسر نحو صنم وآلة لهو كبيراع وإناء نقد (و) لا يضمن حينئذ (نحو آلة لهو) كسرها لحرمة الانتفاع بها فلا حرمة لصنعتها وليقتصر على الإتيان (بكسر مانع) للاستعمال المحرم بأن تفصل لتعود كما قبل التأليف بحيث يتعب صانعها في إعادتها كتعبه في إحداثها فلا يكفي قطع الأوتار لأنها مجاورة لها منفصلة عنها ولا يكسرها الكسر الفاحش فإن فعل لم يضمن (إلا ما زيد) على ذلك (عبثا) كأن رضها أو أحرقها ففي الأول يجب التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وقيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به وفي الثاني يلزمه قيمتها مكسورة بالحد المشروع لأن رضاضها متمول محترم.

وخرج ب: عبثاً ما لو عجز عن رعاية الحد المشروع لمنع آخر له فيبطلها كيف تيسر ولا

(١) (قوله وإن وجد أحدهما) أي الطلب أو الغرض، وقوله والنقص أي: والحال أن النقص لما زاد بسببها أي: بسبب الإزالة وقوله: على قيمته بزداد، وقوله: قبل الزيادة ظرف لقيمته مثاله إذا صاغ التبر حلياً وقيمته قبل الصوغ عشرة وبعده اثنا عشر فإذا رده لما كان فرجعت قيمته إلى عشرة فلا يلزمه أرش النقص لأنه إنما نقص الزائد على قيمته قبل الصوغ بسبب الإزالة ولم تنقبض نفس قيمته قبل الزيادة اهـ عبد الرؤوف.

ولو أخر الشارح لفظ لما زاد وجعله بعد قوله إنما هو لكان أقرب اهـ.

ضمان.

وبحث الزركشي أن للإمام كسرها الكسر الفاحش مطلقاً زجراً وتأديباً كإناء الخمر بل أولى، ومنه يؤخذ أنه يجري هنا ما يأتي ثم من خشية إدراك الفساق وتضييع الزمان. الأوجه تصديق كاسر ادعى أنه لم يمكنه الكسر إلا بنحو الرض. وفارق تصديق المالك في أن ما أراقه لم يتخمر بأنه لم يتحقق المسوغ مع أن الأصل عدم التخمر بخلافه ثم ولكل أحد حتى غير المكلف إزالة سائر المنكرات ولا يجوز لأحد منعه، ويثاب المميز على ذلك (ورد) الغاصب المغصوب ما بقي (ولو) كان المغصوب غير مال ككلب نافع وزبل كما يعلم ما يأتي، وكذا لو صار الثوب (خرقا) يتمزق بعد أن كان قويا أو الشاة لحما أو البر دقيقا لأنه عين مال المالك، وإنما يبرأ برد ما ذكر (بأرش) للنقص أي معه ليقابل ما فات على المالك (و) رد وجوبا أيضا (خمر ذمي كتمت) بأن لم يظهرها لنحو شرب أو بيع أو هبة أو نقل وكخمرة خنزيره وآلة لهوه (أو) خمرا (محترمة) وهي ما عصر بقصد الخلية أو لا يقصد على المعتمد وإن كانت لمسلم كمائع متنجس ويلزمه مؤنة ردهما لاحترامهما، ويجب ذلك (بلا ضمان) لهما لو أراقهما لعدم المالية.

أما إذا أظهرها^(١) الذمي المختلط بنا بشيء من ذلك ولو لمثله أو كانت الخمر غير محترمة فلا يرد لها إليه بل يريقتها للأمر بإراقة الخمر وهو محمول على غير ما ذكر، ويجوز كسر إناء خمر تعذرت إراقة ما فيه بدونه أو خشية إدراك من يمنعه أو ضاع زمانه وتعطل شغله، وللولاة الكسر مطلقا زجرا وتأديبا والنبذ كالخمر فيما ذكر لكن لا يريقه إلا بأمر حاكم مجتهدا ومقلده لئلا يتوجه عليه الغرم عند بعض الأئمة، ونحوه الحشيشة فتلحق بالخمر في عدم الضمان على ما قاله الإسنوي وغيره وفيه نظر ظاهر.

والفرق بينه وبين الخمر واضح فإن نجاستها منعت تمولها، بخلاف غيرها فإنه طاهر يصح بيعه وإن قلنا إنه مسكر ومن لازم صحة بيعه ضمانه، وفي النهاية عن طوائف أن من أبرز خمرا وزعم أنه خمر خل لم يقبل منه ما لم تكن قرائن تدل على ذلك: أي ككونه معلوم الورع

(١) (قوله أما إذا أظهرها إلخ) ضابط الإظهار أن يطلع عليه في واحدة مما ذكر من الشرب وما بعده من غير تجسس وهو طلب الاطلاع على الأمور التي من شأنها أن تخفى على غالب الناس.

والتقوى فحينئذ لا يتعرض لها، وبه يعلم أن ما شك في احترامها كغير المحترمة.

[فرع] يصدق الغاصب بيمينه في تلف مغصوب ادعاه لثلا يتخلد حبسه وفي قيمته لأنه غارم وفي ثياب القن لأن اليد له وفي عيب خلقي مطلقا أو حادث ادعاه بعد رد المغصوب لأن الأصل براءته من الزيادة لا إن ادعاه بعد تلفه فيصدق المالك لأن الأصل السلامة (وحرم) على من نقل ترابا من أرض غيره تعديا (دون غرض) له في الرد (رد تراب بلا إذن) له فيه من مالكة بأن نهاه أو سكت لأنه تصرف في ملك غيره فإن فعل فللمالك إجباره على نقله ثانيا كما له إجباره حيث بقي على رده إلى محله كما كان قبل نقله من انبساط وارتفاع وإن غرم عليه إضعاف قيمته فإن تلف أجبره على رد مثله كما كان لأنه مثلي.

أما إذا كان له غرض في الرد لكونه ضيق ملكا أو شارعا ولم يتيسر نقله إلى موات في طريقه فله رده وإن منعه المالك لثلا يعود الضرر عليه كأن زال به نقص الأرض ما لم يبرئه المالك منه وله طم بئر حفرها تعديا بترابها إن بقي وإلا فيمثله ليندفع عنه ضمان التردى فيها، ومن ثم لو انحصر غرضه في ذلك ورضي المالك باستدامتها ولو ضمنا كأن منعه منه لم يرد لسقوط الضمان منه برضا المالك، وحينئذ يحرم (طم بئر) لما تقرر من أنه (بعد) صدور (رضا) من المالك ببقائها يسقط عنه الضمان للخروج عن أن يكون جنابة تعديا فلا غرض في الطم فإن طم برد التراب لزمه نقله وحفرها ثانيا ولو كان له فيه غرض كتفريغ ملكه جاز وإن منعه المالك (وكلف) الغاصب (تسوية) للحفر الحادثة بنقل التراب بحيث تعود الأرض إلى هيئتها الأولى وعليه أجره الأرض لمدة الحفر والرد وأرش نقص بقي لاختلاف سببهما (لا إعادة جدار) غصبه فانهدم أو هدمه فلا يلزمه كما مر في الصلح بل يلزمه الأرض.

وفارق الطم بأنه لا يكاد يتفاوت فأشبه المثلي بخلاف البناء، ومن ثم لو رفع لبنتين مثلا من رأس جدار وأمكن ردهما كهئتهما كان كالطم والكلام عند التنازع أما لو اتفقا على إعادته فإنه يجوز (وله) أي المالك (نزع) نحو (ساجة) أي خشبة غصبتها آخر منه وبني عليها لنفسه أو غيره أو أدرجها في سفينة كذلك (من بناء) وإن عظمت قيمته وكان

لمسجد (قبل تعفن) لها بأن بقي لها قيمة وإن قلت، ويلزم الغاصب وذا الجدار وإن جهل إخراجها وردها إليه مع أرش النقص والأجرة.

أما إذا تعفنت بأن لم تبق لها قيمة أصلا فهي كالهالكة فتجب قيمتها (أو) من (سفينة) قبل تعفنها خلافا لما يوهمه صنيعه (لا) حال كونها (بلجة) يعني في بحر وإن لم يكن بلجته فلا ينزعها حينئذ منها (ولو) كانت (فارغة) حتى يؤمن عليها وعلى ما فيها من محترم كما بأصله نفسا ومالا ولو للغاصب خلافا له كالإمام فتنزعه منها بخلافها في غير ذلك بل يأخذ قيمتها للحيلولة إن تيسر النزاع لأنها لا تدوم أي في البحر فيسهل الصبر لنحو الشط ولو اختلطت بسفن ولم يوقف على الخروج إلا بفصل الكل لم تنزع ونزع الساجة فيما ذكر (كخيطة) أو لصوف غصبه إنسان وخاط به أو عصب به جرحا فللمالك نزع ما دام له قيمة أخذًا مما مر في الساجة (من جرح) حيوان (محترم) آدمي أو غيره (إن أمن) من نزع محذور تيمم وإلا لم يجز نزع منه إبقاء لحرمة وشين غير الآدمي لا أثر له ولا يذبح لنزعه مأكولا ولو للغاصب، وقرار الضمان على الآدمي المجروح وإن جهل الغصب (أو) إن (مات) الحيوان المحترم (ولو) كان (آدميا) خلافا للحاوي إذ لا حرمة لروحه حينئذ (أو) لم يمت ولكن (ارتد) أو حارب أو زنى وهو محصن فيما يظهر ولو بعد خياطة جرحه به لعدم احترامه حينئذ، وحيث حرم نزع وجبت قيمته للحيلولة والقرار على من مر، ويجوز غصبه للخياطة به إن لم يوجد ما يقوم مقامه (و) لمن وقع له دينار في محبرة أو فصيل في بيت ولم يمكن إخراجهما إلا بكسرها أو هدمه (كسر ظرف) أو هدمه (لتخليص) ذلك الواقع لكن (بأرش) أي مع غرمه أرش النقص الحاصل بالكسر أو الهدم لأنه إنما فعله لتخليص ملكه سواء أوقع بنفسه وإن ضمن مالك الظرف الواقع على الأوجه لتعلق حق مالكه بعينه مع قدرته على الوصول إليه وضرر الآخر يندفع بالأرش إما بتفريط مالكه أو غيره، نعم إن كان مالكه الملقى فظاهر أنه ليس له الكسر (لا) إن كان بتفريط مالك البيت أو المحبرة فلا أرش حينئذ (للمالك) لهما لأنه الذي (فعل) ولو سهوا ما أوجب الكسر أو الهدم فلم يجب له أرش لتقصيره، فإن فرطا فالأوجه أن على مالك الواقع النصف لاشتراكهما في التفريط كالمتصادمين ولو ابتلعت بهيمة جوهرة لم تذبح ولو مأكولة لتخليصها بل على مالكها قيمة الجوهرة للحيلولة إن فرط ولا يفتى بالكسر فيما مر، وإنما

يحكى له الحال في التفصيل حرمة الحيوان، وظاهره أنه لا يفتى بالكسر وإن جاز له وبه صرح شيخنا في شرح البهجة، وهو مشكل لجواز الكسر فكيف لا نفتيه به، وإنما يقال لا نفتيه فيما لا يجوز فعله كمن غصب لؤلؤة ودجاجة فابتلعتهما يقال له إن لم تذبح الدجاجة غرمناك قيمة اللؤلؤة وإن ذبحتها غرمناك أرشها.

وقد يوجه ذلك بأن الكسر وإن جاز له فيه إضرار بمالك لم يتعد ففي إفتائه به تحريض له عليه فلم يسغ الإفتاء به رعاية لضرر الغير، ثم رأيت شيخنا قال آخر كلامه كما مر في اشتباه الإحرام، وبه يعلم أن عدم الإفتاء هنا مبني على ما في الروضة ثم عن الأكثرين، لكن المصحح في المجموع وغيره ثم أنا نفتيه فهنا أولى لأنه هنا جائز لا يحتمل الحرمة وهناك يحتمل فلاحتماله لها.

قال الأكثرون: لا نفتيه، وبهذا ينازع الشيخ في قياسه هذا على ذلك لوضوح الفرق على كلام الأكثرين فإنهم هناك نظروا إلى احتمال الحرمة الموجودة ثم وهنا لا يتصور ذلك فتأمل (وأخذ) المالك ممن غصب منه بذر فزرعه ونبت أو بيضا ففرخ عنده أو عصير فصار خلا (مستحيل بذر وبيض وعصير) لأنه فرع ملكه (بأرش) نقص حدث في ذلك بالاستحالة كأن نقصت قيمته بالتخلل عن قيمته عصيرا فإن لم تنقص عن قيمته فلا شيء عليه غير الرد فإن تخمر ولم يتخلل رد مثله من العصير ولزم الغاصب الإراقة.

قال الشيخان: ولو جعلت المحترمة بيد المالك محترمة بيد الغاصب لكان جائزا وما قالاه متجه (و) لو أخذ خمرا فتخللت أو جلد ميتة فدبغ أخذ صاحبهما مستحيل (خمر) ولو غير محترمة على الأوجه (و) مستحيل (جلد) إذ يلزمه رد الخل والجلد إلى صاحبهما لأنهما فرع ما هو مختص به لكن محله (إن لم يعرض) المالك عنهما وإلا لم يلزم الآخذ ردهما ولم يكن للمالك استردادهما (وإن صبغ) الغاصب (الثوب) المغموص (ولو بمغموص) أي بصبغ غصبه من مالك الثوب أو غيره فحدث نقص في قيمتها أو زيادة عليهما وكان ذلك بسبب العمل (فالنقص) محسوب (على الصبغ) دون الثوب لأن صاحبه هو الذي عمل ولأنه وإن كان عينا تابع فإن كانت قيمة كل من الثوب والصبغ عشرة وعادت قيمة المصبوغ إلى ثمانية أو عشرة فالصبغ ضائع فيغرم الغاصب فيهما قيمة

(قوله قال الشيخان ولو جعلت المحترمة إلخ) الحاصل أن المعتمد الذي يلتزم به كلام الشيخين

الصبيغ للمالكه، وفي الأولى أيضا درهمين لمالك الثوب أو إلى خمسة عشر فهو مشترك بين المالكين بنسبة ماليهما الآن فيغرم خمسة لمالك الصبيغ (والزائد بينهما) أي بين الثوب والصبيغ فيوزع عليهما بحسب القيمة فلصاحب كل منه حصة ماله كأن بلغ قيمة المصبوغ في المثال ثلاثين فذلك مشترك بينهما لا على الإشاعة بل كل منهما يملك ما كان له مع ما يخصه من الزائد ولو كان الصبيغ لمالك الثوب فلا شركة، ولو طيرت ربح ثوبا لمصبغة رجل فانصبيغ اشتركا أيضا لكن لا يكلف أحدهما هنا بيعا ولا فصلا ولا أرسا لعدم التعدي .

وخرج بقولي بسبب العمل النقص أو الزيادة بانخفاض سعر أو ارتفاعه فإنه تختص بمن انخفض أو ارتفع سعر ماله كما بينته في الأصل مع فوائد منها الرد على الشارح الجوجري فيما شنع به على المصنف، ومحل الاشتراك إن تعذر فصل الصبيغ (و) إلا (كلف قلع) صبيغ (متحصل) منه عين بعد قلعه إن طلب المالك القلع ليرجع إليه عين ماله وإن لم يكن للمقلوع قيمة، وهذا مشكل بما مر في الساجدة إلا أن يفرق بأن فيه حينئذ منفعة مقصودة بخلافها، ولو ترك الغاصب لمالك الثوب الصبيغ أو نقص قلعه الثوب كما يفيد قوله الآتي وإن بذل أو نقص فإن لم يحصل بالانصباغ عين مال أو زوق بما لا يحصل منه شيء لم يكلف المالك قلعه بل ليس له هو قلعه إن رضي المالك ببقائه وتكليفه القلع هنا بشرطه هو (كبناء) للغاصب وضعه في الأرض المصبوبة (ونبات) ما زرعه أو غرسه فيها فيكلف قلعهما مجانا لتعديه (وإن بذل) هما للمالكها إذ لا يلزمه القبول للمنة (أو نقص) بالقلع قيمة الثوب كما مر أو الأرض فيلزمه أجرتها وإن قلع مع الأرش والتسوية وللغاصب القلع وإن نقصت به الأرض لأنه عين ماله ويلزمه الأرش (ولا يتملك) كل من الصبيغ وإن لم يمكن فصله والبناء والغراس (عليه) أي الغاصب فلو أراد المالك ذلك أو الإبقاء بالأجرة لم يلزم الغاصب إجابته إليه تمكن المالك من القلع بلا غرامة، بخلاف المستعير والمستأجر فإنه لما لم يكن له معهما ذلك احتاج للتملك (وإن بقي) الصبيغ بتراضيهما أو لعدم إمكان فصله وأراد صاحب الثوب بيع ثوبه (كلف) الغاصب فيما إذا كان الصبيغ له (بيعه) أي الصبيغ (مع الثوب) لأنه متعدد فليس له أن يضر بالمالك إذ لا يمكن من بيع ثوب وحده (لا عكسه) وهو بيع الغاصب الصبيغ فلا يكلف مالك الثوب بيعه معه إذ لا يتسلط بتعديه على إزالة

والأصحاب أنه لا يلزمه إراقتها لأنها محترمة ما لم يعلم أن المالك عصرها بقصد الخمرية خلافاً لمن أطل في خلافه، وقياس ما مر في زيت نجسه أن الخمر المحترمة تردّ للمالك، وقول هذا لم يوجبوا ردها مع غرامة المثل للمالك مبني على ما اعتمده من وجوب إراقتها مطلقاً الذي هو ظاهر كلام الأصحاب .

ملك غيره وليس لأحدهما الانفراد ببيع ماله إذ لا ينتفع به (وخلط) صدر ولو من غير الغاصب لغصوب مثلي أو متقوم بما (لا يتميز) كدهن أو حب وكذا دراهم على الأوجه بجنسه أو غيره، وتعذر التمييز هلاك أي يصير كالهالك لا مشتركاً سواء خلطه بمثله أو أجود أو أردأ وإن بقي له قيمة لتعذر رده فيملكه الغاصب لكن الأوجه أنه محجور عليه في التصرف فيه حتى يعطى بدله وله إعطاؤه ما خلط بغير أردأ وكذا ما خلط به إن رضي ولا أرش.

والأوجه أن الكتابة في الورق كالصبغ فيما مر، وأنه لو غصب من اثنين شيئاً وخلطهما كذلك صاراً كالهالك فيملكهما وخلط متماثلين بغير تعدد يصيرهما مشتركين (وجناية) من الغاصب أو غيره على المصوب (تسري) إلى هلاكه (كجعله) البر المصوب (هريسة) والدقيق عصيدة وكبل البر إذا تغير فإنه يفضي للفساد قطعاً، بخلاف تغيره بطول مكثه (إهلاك) أي يصير كالهالك لإشرافه على التلف ولو ترك بحاله لفسد فكأنه تلف فيغرم البدل من مثل أو قيمة.

والمعتمد كما جزم به النووي في نكته أنه يملك نحو الهريسة إتماماً للتشبيه بالتالف وليس من ذلك مرض قن وإن أيس من علاجه لاحتمال البرء، وفارق هذا تنجيسه نحو زيت فإنه يغرم بدله والمالك أحق بزيتته بأنه صار اختصاصاً لا قيمة له فلا محذور في إعادته، بخلاف نحو الهريسة فإن لها قيمة فلو عادت له الجمع بين البدل والمبدل إما جناية لا تسري فعلى الغاصب أرش نقصها مع رد الباقي وإن ساوى القيمة أو زاد عليها (وكلف) الغاصب (تمييز) ما يمكن تمييزه وإن شق كبر خلطه بشعير هو أو غيره وهو في يده وذرة بدخن فيكلف تمييز (شعير من بر) وذرة من دخن وبر أحمر من أسمر ليمكن من الرد الواجب عليه فإن لم يمكن إلا تمييز بعضه وجب ويضمن أرش نقص حصل فإن سرى الخلط إلى التلف جاء فيه ما مر في نحو الهريسة (وضمن آخذ) بالمد (من غاصب) يبقى مع أخذه ضمان الغاصب بأن لم يكن له ولاية الأخذ بخلاف الحاكم وأمينه، وكذا من انتزعه ليرده للمالك إن كان الغاصب حربياً أو رقيقاً للمالك (لا) أخذ منه (بنكاح) فكل يد ترتبت على يده بغير نكاح فهي يد ضمان فيتخير المالك عند التلف بين تغريم الغاصب ومن أخذ منه وإن جهل ولو نحو وديع إذ الجهل إنما يسقط الإثم، نعم ليس له مطالبة الآخذ بزائد

(قوله إهلاك) قيل كان ينبغي العكس أي إن المالك هو الذي يملك الكل فيما إذا خلط الغاصب ماله بماله لأن عرقه أقوى بل لا عرق للغاصب. وجوابه أن تملك الغاصب فيه رعاية لجانب المالك

القيمة الذي كان بيد الغاصب ثم زال قبل الأخذ .

أما الأخذ منه بنكاح بأن أنكحة المغصوبة فلا يضمن لأن الزوجة من حيث هي زوجة لا تدخل تحت اليد، نعم إن تلفت بالولادة ضمنها على ما بحثه الزركشي كما لو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة فإنه يضمنها، وإذا غرم الآخذ منه استقر عليه ضمان ما تلف عنده فلا يرجع به على الغاصب هذا إن علم الغصب (ورجع) على الغاصب (إن جهل) الغصب بما لا يضمنه لو أخذه من مالكة بأن كانت يده في أصلها يد أمانة ولو يفوته كمرتهن ومستأجر ووكيل ووديع إذا القرار حينئذ على الغاصب دونه لأنه دخل على أن يد نائبه عن يده وذلك يقتضي الرجوع لكنه طريق (لا بما ضمنه لو أخذه من مالكة) بأن كانت يده في الأصل ضامنة (أو قوته) بأن أتلفه وإن كانت يده يد أمانة أو حملة الغاصب عليه لا لغرض الغاصب كأن قدم له طعاما مغصوبا فأكله، نعم إن قال هو ملكي وغرم لم يرجع على المتلف لأن ظالمه غيره .

أما لو كان لغرضه كان أمره بذبح شاة وقطع ثوب ففعل جاهلا فالقرار على الغاصب فالأول (كمشتر) ومقتضى ومستعير فلا يرجع على الغاصب بما غرمه في الحالين لأن قرار الضمان عليه . أما الثاني فظاهر، وأما الأول فلأنه دخل على الضمان بل وعلى التمليك في بعضه فلم يغره الغاصب وقرار الضمان على المتهب أيضاً وإن كانت يده ليست يد ضمان خلافا لما وهم فيه المصنف لأنه أخذ للتملك، والذي يضمنه المشتري ونحوه هو أكثر القيم من القبض إلى التلف، و(لا يرجع) المشتري حيث جهل الغصب على الغاصب إلا بالثمن الذي غرمه لا لا بمثل ولا (بقيمة) يغرمها للمالك في مقابلة المبيع وإن نقص الثمن عنها لأن الشراء عقد ضمان فلم يرجع على بائعه بها (و) لا يرجع عليه أيضاً بما ضمنه من (أرش) بسبب عيب وتلف عضو بسبب المشتري أو بآفة سواء البكارة وغيرها كما لا يرجع

حيث التزمت ذمته للمالك البدل بمجرد الخلط الذي يقتضي الحجر عليه في التصرف فيه حتى يوفى المالك البدل، ولو ملك المالك فات عليه ذلك واقتضى أنه يلزم قهراً ببدل مال الغاصب وذلك ضرر عليه فلم يمكن القول به .

فإن قلت: لم كان الاختلاط هنا مملكاً وفي المتماثلين إذا اختلطاً تحت يد غير عادية تقتضي الشركة؟

قلت: لأنهما استويا هنا فلا مرجح وذلك يقتضي الاشتراك بخلافه في الغصب فإن تعدى الغاصب اقتضى أن يشدد عليه أكثر، فعلم أن الملك ليس فيه هنا ترجيح للغاصب بل تشديد عليه فتأمله .

بالقيمة عند تلف الكل (و) يرجع عليه إذا غرم للمالك بدل منافع وفوائد لم يستوفها، بخلاف ما غرمه له بدل ما استوفاه منها نحو (مهر) في مقابلة وطئه للأمة المباعة فلا يرجع به لأن منفعته عادت إليه (بل) يرجع (بقيمة ولد حر) بتقدير رقه انفصل حيا أو ميتا بجناية وإلا لم يضمن وأرش نقص ولادة إذا غرمهما للمالك لأنه شرع في العقد على أن لا يغرمهما ولم يوجد منه تفويت .

أما قيمة الولد الرقيق إذا غرمها لتلفه في يده فلا يرجع بها كما لا يرجع بقيمة أمه .

والأوجه أن ولد الموهوبة الحر كولد المشتراة فيرجع بقيمته لأنه شرع في العقد على أن لا يغرمها وكذا نقص الولادة، وأن الولد القن المنفصل بلا جنائية يضمنه الغاصب والمشتري منه لثبوت يدهما عليه تبعا لأمه والمراد بها قيمته وقت انفصاله لو كان حيا، ويضمنه الجاني بعشر قيمة أمه كما يأتي في الجنائيات، ولو قلع المالك غراس المشتري وبناءه رجع على الغاصب بأرش غراسه (وأرش بنائه) لشروعه في العقد على ظن السلامة والضرر إنما جاءه بتغريب الغاصب، بخلاف نفقة المبيع وخراجه لأنه شرع في العقد على أن يضمنهما ويطالب مالك مغصوبة زوجها إذا وطئها بمهر مثلها وبأجرتها إن استخدمها ولا يرجع بهما على الغاصب . وضابط ذلك أن ما غرمه من أخذ من الغاصب جاهلا فإن دخل على أن يضمنه كالنفقة والمهر لم يرجع به على الغاصب أو على أن لا يضمنه كأجرة المنافع رجع إن لم يستوفها (فإن غر) الغاصب غير المالك بأن أضافه المغصوب استقر الضمان على الضيف وإن قال له هو ملكي أو (المالك) بأن قدم له طعام ضيافة (فأكلا)ه وهو لا يشعر أنه طعامه برئ الغاصب تقدما للمباشرة على السبب، نعم إن لم يقدمه له على هيئته فإن غصب عسلا ودقيقا وطبخه ثم قدمه له لم يبرأ لأنه صار كالتالف وانتقل الحق لقيمته، وهي لا تسقط ببذل غيرها إلا برضا مستحقها وهو لم يرض لعدم علمه (أو تزوج) المالك أمته المغصوبة من غاصبها جاهلا (فأولد)ها وتسلمها برئ الغاصب لأن الإيلاد إتلاف (أو قتل) المالك قنه المغصوب (قصاصا) لقتله مورثه أو قنا له وهو لا يعلم أنه برئ الغاصب أيضا تقدما للمباشرة على الغرر (لا) إن قتله المالك (دفعاً) لصياله عليه أو على غيره، وإن علم أنه له فلا يبرأ الغاصب لأن الإيتلاف بذلك كإتلاف العبد نفسه .

(قوله فإن غر المالك) خرج به من تلزم المالك نفقته فإذا أذن له المالك في أخذه من الغاصب فأضافه الغاصب فأكله فهل يبقى ضمان الغاصب والقرار على الولد لأنه باشر الإيتلاف ولا عبرة بكون

والأوجه أن المرتد والباغي والزاني المحصن وتارك الصلاة كذلك إذا قتله سيده الإمام نظير ما مر في البيع (أو اتهبه) المالك أو استعاره أو اشتراه أو اقترضه من الغاصب لظن أنه له وقبضه برئ الغاصب أيضا لعوده للملكه، ويبرأ أيضا بوضعه بين يدي مالكه إن علم أنه له وإلا فلا (أو أعتقه) أو وقفه مثلا (أحدهما) أي الغاصب أو المالك وإن جهل (بإذن) له من الآخر ولو بأن قال الغاصب للمالك أعتقه عني فأعتقه عنه جاهلا عتق لأن العتق لا يندفع بالجهل (وبرئ) الغاصب أيضا لانصرافه إلى جهة صرفه المالك إليها وعادت مصلحتها إليه إذ العتق يقع عنه (لا بإيجار) وقراض (وإيداع ورهن) صدر واحد منها من الغاصب في المغصوب للمالك جاهلا بأنه ملكه فلا يبرأ به لأن التسليط في كل منها غير تام ولذلك لا يستقر الضمان فيها على الأجنبي ويبرأ برد الدابة لإصطبل مالكها إن علم به ولو بخير ثقة.

[باب في الشفعة]

(الشفعة) لغة: ضم نصيب إلى نصيب. وشرعا: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض، ولاستثنائها من أخذ مال الغير قهرا ذكرت عقب الغصب والمعنى فيها دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه فليست تعبدية.

ولثبوتها أركان ثلاثة والصيغة شرط للملك:

(الأول) المأخوذ فلا تثبت إلا (في أرض بتابع) أي مع توابعها المثبتة فيها للدوام كما بأصله واستغنى عنه بوصفه بالتبعية على أنه منقوض بشراء بناء مع أسه الآتي، وذلك كالبناء وتوابعه الداخلة في مطلق البيع كالرفوف المسمرة ومفتاح غلق مثبت وكشجر أي رطب على الأوجه وبأخذها الشفيع بثمرة حادثة بعد البيع لم تؤبر عند الأخذ وموجودة عنده تدخل بغير شرط وإن كانت مؤبرة عند الأخذ لتعلق حقه بها، وما لا يدخل كالمؤبر المشروط دخوله يخرج بحصته من الثمن ويبقى إلى أوان الجداد.

المالك يلزمه نفقته لأنه إنما يتأتى لو ساغ هنا الظفر وشروطه لم توجد هنا، حتى لو وجدت برئ الغاصب أو يبرأ الغاصب وتكون الحصومة بين المالك ومومه الذي هو وكيله كل محتمل.

[باب في الشفعة]

وخرج بالتابع المذكور غيره فلا تثبت في منقول غير تابع لما ذكر وإن بيع مع الأرض كزرع يؤخذ دفعة و (لا) في (تابع) كبناء أو غراس بيع (دون أرض) وكبناء على سقف ولو مشتركا لأن المنقول لا يدوم فلا يدوم ضرر الشركة فيه، والتابع إن أفرد عن متبوعه يشبه المنقول، ومن ثم لو باعهما مع الأس والمغرس فقط لم تثبت أيضا لأن المبيع من الأرض هنا تابع والمتبوع وهو البناء والشجر منقول، ولا في شجر جاف شرط دخوله في بيع الأرض لانتفاء التبعية وإنما تثبت أيضا في عقار أو تابع له (منقسم قهرا) بأن يجبر الشريك فيه على القسمة إذا طلبها شريكه وهو ما ينتفع به بعدها من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها، ولا عبرة بالانتفاع به ومن وجه آخر للفتاوى العظيمة بين أجناس المنافع (كممر) من دار هي له وحدها وهو مشترك منقسم (منه بد) أي عنه غني بأن أمكن مشتري الدار تحصيل ممر آخر أو فتح باب لها إلى نحو شارع أو ملك آخر له فلشريكه حينئذ الشفعة فيه لانتفاء الضرر لا فيها لانتفاء الشركة، بخلاف ما لا غنى عنه فلا شفعة فيه لإضرار المشتري والضرر لا يندفع بالضرر. أما ما لا يجبر فيه عليها وهو ما لا تبقى منفعتها المعتادة بعد القسمة وإن بقي غيرها كحمام لا ينقسم حمامين فلا شفعة فيه لأن علة ثبوتها في المنقسم ما مر من دفع ضرر مؤنة القسمة إلخ، وهذا الضرر وإن وقع قبل البيع لو اقتسما لكن كان من حق طالبها تخليص شريكه بالبيع منه فلما لم يفعل سلطه الشرع على الأخذ منه قهرا، فعلم أنه لو كان بينهما دار صغيرة لأحدهما عشرها فبإع حصته لم تثبت للآخر شفعة لأتمته من القسمة إذ لا فائدة فيها فلا يجاب طالبها لتعنته بخلاف العكس.

(الركن الثاني) الآخذ فلا تثبت إلا (لشريك) في رقبة الأرض وتابعها ولو ذميا على مسلم ومكاتب أو غير عاقل كمسجد له شقص لم يوقف فباع شريكه يأخذ له الناظر بالشفعة فلا تثبت لغير شريك كالجار للأحاديث الصحيحة وخبر «جار الدار أحق بالدار» محمول على الشرك جمعا بين الأخبار ولا لشريك في المنفعة فقط وتثبت للشريك (ولو) كان (وارث مريض حابا) بأن كان بين مريض الموت ووارثه دار مشتركة فباع المريض حصته لأجنبي بألف وهي تساوي ألفين مثلا فيصح البيع في البعض أو الكل بشرطه وللوارث الشفعة وإن أدى إلى حصول المحابة له التي هي وصية له لأنها في الحقيقة من البائع للمشتري والشفيع يملك قهرا فلا محابة من البائع له، وتثبت للشريك أيضا (ولو) كان

(أبا) وإن علا بأن باع نصيب محجوره من عقار هو شريك فيه أو اشترى له نصيبا منه فله الأخذ بها لو فور شفقتة (لا نحو وصي) وحاكم وقيمه فلا تثبت له (فيما باع لطفل) يعني محجوره من شقص عقار له فيه شركة لاتهامه بالتسامح في البيع وترك النظر للمحجور ليأخذ لنفسه بها أما ما اشتراه له من شقص عقار هو شريكه فيه فله أخذه بها إذ لا تهمة لأنه لا يزيد في الثمن ليأخذ به.

(الركن الثالث) المأخوذ منه وله شروط منها طرو ملكه فلا تثبت إلا بعد لزوم خيارهما أو خيار البائع وحده لئلا ينقطع خيار البائع وليحصل الملك فإن تخير المشتري وحده أخذ منه حالا فثبوتها هنا للملك الطارئ، وعدمه فيما قبله لعدمه لا لعدم اللزوم فلم يغفل المصنف وأصله هذا الشرط خلافا لمن توهمه بل أشار إليه الأصل بقوله إن طراً ملكه على ملكه والمتن بقوله (إن تملك) الشريك أي جرى سبب ملكه (قبل) أي قبل جريان سبب ملك المأخوذ منه فلو اشترى معا لم تثبت لأحدهما على الآخر وعدل عن عبارة أصله المذكورة ليفيد أنه لو تقدم تملكه وتأخر ملكه عن ملك المشتري تثبت له خلافا لما توهمه عبارة أصله، فلو باع أحد شريكين نصيبه بشرط الخيار له أو لهما ففي زمنه باع الآخر نصيبه بتأفهي للمشتري الأول إن لم يشفع بائعه أي إن لم يفسخ ويأخذه بالشفعة لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الثاني لا للثاني، وإن تأخر عن ملكه ملك الأول لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الأول، وكذا لو باعا مرتبا بشرط الخيار لهما دون المشتري سواء أجازا معا أو أحدهما قبل الآخر ولو باع أحد شريكين حصته من اثنين على التعاقب وشرط الخيار للأول وعفا عنه الشريك القديم شارك الأول القديم في الشفعة بقدر ملكيهما وإن تقرر ملكه بعد ثبوتها.

وأفهم كلامه أنه لا شفعة فيما لم يملك وإن جرى سبب ملكه كالجعل قبل الفراغ من العمل ومنها أن يكون تملك المأخوذ منه لا الأخذ (بمعاوضة) أي بالشقص أي بسببها كأن جعل أجرة أو جعلاً أو رأس مال سلم أو صداقا أو متعة أو عوض نجم كتابة، وقلنا بصحة

(قوله لا نحو وصي إلخ) قد يشكل بصحة توكيل أحد الشريكين في بيع نصفه فباع فيصح ويأخذ بالشفعة. ويفرق بأن الموكل كامل يقوم على حقه ويبحث عنه فلا يتمكن الوكيل من البيع بدون ثمن مثله بشروطه بوجه، بخلاف المحجور لا يتأهل لذلك فيمكن الولي أن يبيع بدون ثمن المثل أو بما لا مصلحة فيه للمولى ليأخذ به فلم يصح.

الاعتياض عنه سواء كان من السيد أم من غيره أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال قياسا على الشراء بجامع المعاوضة في الكل لا في مملوك بلا عوض كإرث وهبة بلا ثواب لأن وضعها على أن يأخذ الشفيع بما يأخذ به الممتلك (ولا عوض نجم مكاتب رق) بأن عوض لسيد شقصا عن بعض النجوم ثم عجز ورق لخروجه آخرًا عن العوض، بخلاف ما إذا لم يرق بأن كان الاعتياض عن النجم الأخير مثلا (و) لا في (موصى به لمن خدم ولده) أو غيره بعد موته كأن قال لمستولده إن خدمت ولدي شهرا بعد موتي فلك هذا الشقص فإذا خدمته ملكته ولم تثبت فيه شفعة لأن ذلك وصية معتبرة من الثلث وذكر الخدمة شرط لا عوض.

والأوجه أنه لا فرق في ذلك بين أم الولد وغيرها، وإذا تزاخم الشركاء ثبتت لهم على قدر أملاكهم لا على رءوسهم على المعتمد كما بينته في الأصل لأنها من مرافق الملك فتتقدر بقدره كفوائد المشترك، فلو كانت دار بين ثلاثة لواحد نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها فباع الأول حصته (أخذ كل شريك) بقدر ملكه فيأخذ الثاني سهمين والثالث سهما ويأخذ كل شريك كما ذكر (ولو) كان (مشتريا) للشقص المشفوع فلو اشترى الثالث ما للأول لم يأخذ كل منهم إلا (بقدر ملكه) فيأخذ الثاني بالشفعة ثلثي النصف ويبقى للمشتري ثلثه وليس له إجباره على أخذ الكل أو تركه ولو كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه اشترك مع الشفيع في المبيع بقدر حصته لاستوائهما في الشركة فيأخذ الشفيع في المثال السدس لا جميع المبيع كما لو كان المشتري أجنبيا.

وما أفهمه كلامه كأصله من أن المشتري يأخذ بها بحسب نصيبه ليس مرادا إذا لا يأخذ من نفسه وإنما يدفع غيره من الشركاء عن أخذ ما يقابل حصته (ولا يفرق) في الأخذ بها (شقص) دار بيع كله في (عقد) واحد فلا يأخذ بعضه ويترك بعضه بل إما أن يأخذ الكل أو يترك الكل لإضرار المشتري بالتبعيض (فتسقط) الشفعة (بعفو) من الشريك (عن بعض) من الشقص المبيع كالقود إذا عفا مستحقه عن بعضه يسقط كله (فيإن) استحقتها شريكان ثم (عفا واحد) منهما عن حقه (أخذ الآخر الكل) أو ترك الكل لأن حقهما يثبت لكل في جميع الشقص لوجود مقتضيه وهو الشركة، وإنما قسم عند التزاخم لعدم الترجيح فإذا أسقط أحدهما حقه زالت الزحمة بالنسبة إليه فخيرناه بين الأمرين كالمنفرد ومنعناه من الاقتصار على أخذ نصيبه فقط لما فيه من تبعيض الصفقة على المشتري.

وخرج بشقص بيع شقصين من دارين صفقة فله أخذ أحدهما وإن اتحد الشفيع إذ لا يقضي إلى تبعيض الشيء الواحد، ولو باع بعض الشقص بدراهم وبعضه بدنانير جاز أخذ أحدهما فقط أيضا ويعقد شراء اثنين شقصا من واحد أو بيعهما له فللشفيع أخذ نصيب أحدهما فقط لتعدد الصفقة، ولو اشترياه من اثنين فله أخذ ريعه أو نصفه أو ثلاثة أرباعه أو الكل، والعبرة في التعدد وعدمه بالمعقود له على كلام فيه مبسوط حررت المعتمد منه في الأصل فراجعه فإنه مهم.

وقيل بالعاقد، فلو وكل أحد شريكه ببيع نصيبه فباع نصيبهما صفقة ولو بلا إذن لم يفرقها الثالث أو شريكه في بيع نصف نصيبه مطلقا، أو مع نصيب الوكيل صفقة فباع ذلك فللموكل أخذ نصيب الوكيل فقط لحق النصف الباقي له وامتناع التبعيض في الأخذ كما تقرر هو (كحاضر) من شركاء غاب بعضهم، و(لم يصير) الحاضر بالأخذ إلى حضور من غاب فليس له أخذ حصته فقط بل إما أن يأخذ الكل أو يصير إلى حضور باقي شركائه (ثم من حضر) من الغائبين بعد أخذ الحاضر الشقص كله (أخذ) منه (بحصته أو شارك) به بأن يأخذ منه نصف الشقص (ولو) كان هذا الذي حضر (واحدا) من غائبين فإذا كان لأربعة دار فباع أحدهم نصيبه واستحقها الباقون بالسواء فحضر أحدهم لم يأخذ حصته فقط بل يأخذ الكل أو يتركه لثلاثا تتبع الصفقة على المشتري إن لم يأخذ الغائبان، وله تأخير الأخذ لحضورهما لعذره في أن لا يأخذ ما يؤخذ منه فإن أخذ الكل وحضر الثاني ناصفه بنصف الثمن أو ثلثه، وللثالث إذا حضر أخذ ثلث ما في يد كل من الأولين وثلث ما بين أحدهما فقط وأخذ نصف ما بيد الأول في حاله أخذ الثاني الثلث ولا يتعرض للثاني وعكسه، فإن رد الأول ما أخذه بعيب ثم حضر الثاني فله أخذ الكل، ولو حدث مع الأول ريع من نحو أجرة وثمر سلم له فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث بل يأخذ كل منهما ما يخصه (بلا ريع) لحدوثه على ملك الأول وثمر سلم له فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث بل يأخذ كل منهما ما يخصه (بلا ريع) لحدوثه على ملك الأول كما لا يزاحم الشفيع المشتري، ومحلّه كما علم ما مر في غير ما بيع من نحو الثمرة قبل التأبير والثالث

(قوله وعكسه) أي أنه يأخذ من الثاني ولا يتعرض للأول لكن يقتصر على ثلث ما أخذه

الثاني.

قال في الغرر على البهجة: فإن كان الثاني أخذ من الأول الثلث فقط فللثالث أن يأخذ من

مع الثاني كالثاني والثالث مع الأول (والعهدة) فيما يأخذه كل منهم (على المأخوذ منه) فإذا استحق الشقص بعد أخذ الأول الكل والثاني النصف والثالث ثلث ما بيد كل منهما رجع الأول على المشتري بالثمن كله والثاني على الأول بالنصف والثالث عليهما بالثلث لأن التملك وتسليم الثمن جرى بينهم كذلك (و) إذا أخذ الشفيع الشقص بالشفعة (ملكه، وإن تهدم) بانهدام الدار المشتملة عليه بعد البيع وقبل الأخذ ولم يتلف شيء من أجزائه فلا يمنع ذلك من تملك العرصه مع النقص بجميع الثمن لأن صيرورة النقص منقولا أمر عرض بعد البيع وتعلق حق الشفيع به فلا اعتبار به، وكالانهدام فيما ذكر التعيب بغيره فيأخذ بكل الثمن أو يترك.

أما إذا وقع تلف لبعضها فيأخذ الباقي بحصته من الثمن وإنما حصل ملك الشفيع بعد رؤيته للشقص وليس للمشتري منعه منها وعلمه بالثمن بأن يأتي (بنحو تملك) بالشفعة أو (أخذت بالشفعة) أو اخترت الأخذ بها إذ لو لم يأت بذلك كان من باب المعاطاة، وظاهر كلامهم أن قوله بالشفعة قيد فيهما فلو حذفه لم يفد لإيهامه هنا، نعم لا يبعد أن يقال إنهما كنايةتان هنا حينئذ وكاللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهمة.

أما نحو أنا مطالب بالشفعة فلا يفيد لأن مجرد الرغبة لا دخل له لنفي الملك بخلاف ما ذكر فإنه وإن كان له دخل فيه إلا أنه لا يحصل معه إلا (إن) انضم إليه كون المشتري قد (رضي ذمته) أي الشفيع (و) الحال أنه (لا ربا) فيكفي ذلك وإن لم يسلم الشقص له لأن الملك في المعاوضة لا يتوقف على القبض.

وخرج بلا ربا بيع شقص دار عليها صفايح ذهب بفضة أو عكسه فيجب التقابض في المجلس حذرا من الربا (أو) كون الشفيع قد (قضى له) بها بأن يملك عند القاضي لم يحكم له بها أو بالملك على الأوجه لتضمن الحكم به الحكم بالأخذ بها فاندفع توجيهه مقابله لأن حكم الحاكم إنما يرد على حق سابق والسابق حق التملك بعد إثبات حقه فيها عنده ومطالبته بها وإن لم يسلم العوض وإن كان هناك ربا لأنه لا عقد هنا والربا إنما يجري في العقود بخلافه في الأولى فإن رضاه بدمته مع تملكه عقد.

الأول نصف ما بقي له ولا يتعرض للثاني، وله أن يأخذ من الثاني ثلث ما أخذه فإنه يقول ما من جزء الأولى منه ثلثه ثم له أن يضمه إلى ما مع الأول ويقتسماه نصفين فتصح قسمة الشقص من

وخرج بالقضاء تملكه عند الشهود فلا يفيدته وإن فقد القاضي كما اقتضاه إطلاقهم .
وفارق ما يأتي في هرب الجمال بأن الضرر هناك أشد منه هنا وإذا ملكه الشفيع بأحد
هذين لم يجبر المشتري على تسليم الشقص حق يقبض عوضه وإن لم يسلم هو للبائع، فإذا
لم يحضر الثمن وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فإن لم يحضره فيها فسخ القاضي تملكه وإن
كان غائبا (أو) كونه قد (سلم) إلى المشتري عوض الثمن الذي بذله للبائع تسليما
كتسليم المبيع حتى لو امتنع من تسليمه خلي بينهما، أو رفع للقاضي ليلزمه التسليم أو
يقبض عنه، ثم العوض إما مثلي أو متقوم، ففي الأول يسلمه (كالثمن) أي مثل الثمن
المثلي ففي شقص بيع أو جعل رأس مال سلم أو صالح به عن دين أو نجم كتابة يأخذه بمثل
الثمن أو المسلم فيه أو الدين أو النجم إن كانت مثلية، وقدر كل منهما بمقياس الشرع وإلا
كمائة رطل حنطة أخذ بمثلها وزنا على المعتمد فإن عدم المثل وقت الأخذ ولو بأن وجده
بزيادة على قيمته أو منعه من الوصول إليه مانع أخذا ما مر في الغصب (أو) كان العوض
متقوما سلم (قيمة) ثمن المثلي فقد أو (متقوم) ليأخذ بها، وإنما ملك بتسليم المثل أو
القيمة لزوال الإضرار بالمشتري .

والأوجه أن الشفيع لو ملك الثمن قبل الأخذ تعين الأخذ به لا سيما المتقوم لأن
العدول عنه إنما كان لتعذره، والمعتبر في مثلي فقد قيمة يوم الأخذ وفي قيمة متقوم (يوم
عقد) لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة فيعتبر .

فيما بيع به قيمة يوم البيع وفيما صالح به عن عدم قيمة الدية يوم الصلح، وقول
الشيخين يوم الجناية قيل غلط، وفيما استأجر به أجرة المثل لأنها قيمة المنفعة، وفيما أصدقه
أو خالغ زوجته عليه أو أمتعه مطلقا مهر المثل أو متعته حال النكاح والخلع والإمتاع، وفيما
جعله جعلا على عمل يأخذه بعد العمل بأجرته، وفيما أقرضه يأخذه بعد ملك المستقرض
الشقص بقيمته وإن قلنا المقترض يرد المثل الصوري فعلم أن العوض المتقوم منه ما هو
(كبضع) كما في الإصداق والخلع فيرجع لقيمته وهي مهر المثل (ودم) صلح عنه
بالشقص فيرجع لما مر (ومتعة) أعطى في مقابلها فيرجع لمتعة المثل دون مهره لأنها هي

ثمانية عشر، فإنه يأخذ ثلث الثلث وهو واحد من تسعة يضمه إلى سبعة منها فلا تصح على اثنين
فيضرب اثنين في تسعة فالثاني منها اثنان في المضروب فيها بأربعة يبقى أربعة عشر بين الأول

الواجبة بالطلاق والشقص عوضها ولو اختلفا في قدر القيمة صدق المأخوذ منه بيمينه قاله الروياني، ويلحق بها المهر ونحوه (و) لو أخذ السيد شقصا بذله مكاتبه عن (نجم) أخذه الشفيع بمثل النجم المثلي وبقيمة المتقوم (أو) كونه قد سلم (حصته) أي حصة الشقص في صورتين الآتيتين لأن الثمن ينقسم على المبيع بقدر قيمته (بلا خيار) فيهما للمشتري وإن تفرقت الصفقة عليه وإنما يتصور (إن بيع) الشقص (مع غير) لا شفعة فيه أو فيه شفعة وعفا الشفيع كسيف بيع مع شقص دار صفقة واحدة فيأخذ الشفيع بمثل حصته من الثمن، وهو مراد المنهاج بالقيمة موزعا عليها باعتبار قيمتهما يوم البيع فلو كان الثمن مائتين وقيمة الشقص ثمانين وقيمة السيف عشرين أخذ الشقص بأربعة أخماس الثمن ولا يخير وإن جهل على الأوجه لعلمه بالحال أي غالبا، وبهذا فارق ما مر في البيع من امتناع أفراد بعض المبيع بالرد (أو) إن (تلف) من الشقص المبيع بأفة أو غيرها بعد البيع وقبل أخذ الشفيع (جزء يفرد) بالعقد كالسقف أو البناء وحده أو مع بعض العرصة كأن غشيه سيل فغرق فيأخذ الباقي منه بحصته من الثمن موزعا على المأخوذ وغيره باعتبار قيمتهما يوم البيع ولا يخير لأن تلف الجزء كفوات بعض المبيع في يد البائع.

وخرج بتلف إلخ تعيبه بنحو انشقاق جدار أو ميله وانكسار جذع واضطراب سقف وإن سقط بعضه فيأخذ بكل الثمن أو يترك (ولو سلم) الشفيع إلى المشتري عوضا عن الثمن فخرج (مستحقا أو زيفا) كنجاس لم تبطل الشفعة وإن علم لأنها لا تستحق بمال معين ولم يقصر في الطلب وحينئذ (أبدل) بما أداه غيره ما يجب بذله في الأخذ بالشفعة سواء المعين كتملكت بهذا أو غيره كتملكت بمائة درهم (وإن تملك به) بأن شفع بالعين ولم يعلم بكونه نحو زيف مع علمه بأن نحو الزيف لا يحصل الملك وبأن الشفعة على الفور وإلا بطلت شفعته على تنظير فيه في الأصل (جدد) التملك بالشفعة على المنقول المعتمد كما بينته في الأصل مع رد ما وقع للشارحين وغيرهما هنا خلافا للحاوي كالغزالي لتبين فساد التملك الأول بدفعه في مقابلته ما لا يقابل به، أما إذا شفع في الذمة أو قضى القاضي له بالشفعة فلا يحتاج إلى تملك جديد إذ لا مقابل هنا يفسد التملك بفساده، ومثله ما لو خرج ما سلمه رديئا وإن شفع بالعين لأن أدائه صحيح بدليل ما لو رضي به المشتري بخلاف الزيف والمستحق.

والثالث لكل منهما سبعة، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر فجملتها اثنان وسبعون اهـ.

وخرج بتسليم الشفيع للمشتري تسليم المشتري للبائع مستحقاً أو زيفاً فإنه إن وقع الشراء بعينه يتبين بطلان البيع إذ لا ثمن والشفعة لترتيبها عليه بخلافه عما في الذمة فإنه يبدل ويبقى البيع والشفعة ولو خرج رديئاً تخير البائع بين الرضا به والاستبدال فإن رضي به لزم المشتري الرضا بمثله، وكذا لو ظهر العبد الذي باع به البائع معيباً ورضي به على الشفيع قيمته معيباً لا سليماً خلافاً للبعوي فيهما، بل غلظه الإمام وتبعه البلقيني وغيره (ويلحق) الشفيع زيادة على الثمن، (حط) لبعضه عن المشتري إذا صدر أحدهما من البائع (بزمن خيار) بنوعيه أي فيه لأن ذلك لاحق بالعقد حتى كأنه لم يعقد إلا به، وأما حط الكل فيه فمبطل للبيع وأما الحط بعده فلا يلحق الشفيع لأنه إبراء مستقل (أو) حط (بعيب) أي بسبب عيب قديم اطلع عليه المشتري وقد حدث عنده عيب فإذا حط عنه بعض الثمن بحكم الأرض لحق الشفيع إذ الثمن هو ما بقي (ولو شفيع) أي أخذ شقصاً بشفعة (والثمن) أي والحال أن الثمن (عرض) معين كأن اشترى الشقص بقن (فرد) القن أي رده البائع (بعيب) بعد الأخذ بالشفعة (فالشقص كتالف) في أنه لا يعود للملك البائع إلا بدله (فعلى المشتري) وفي نسخة الشفيع (قيمته) أي العرض على الثانية والشقص على الأولى وهي الأحسن لتعذر رده فلا ينقض تملك الشفيع كما لو باع ثم اطلع على عيب، والقيمة هنا للفيصولة، وإنما يلزمه قيمته (فقط) فلو زادت أو نقصت عن قيمة القن لم يرجع باذل الزيادة على صاحبه لأن الشفيع ملكه بالمبدول فلا يتغير حكمه (و) يصح تصرف المشتري في الشقص المشفوع إذ لا يمنع الشفيع من الأخذ لأنه إذا أراه (نقض تصرفه) بالوقف وسائر ما لا شفعة فيه لسبق حقه ولأنه لو لم ينقض لفات حقه بالكلية، بخلاف بائع مفلس تصرف ومطلق من تصرف لرجوعهما للبدل وليس في هذا القسم غير النقص وأما ما فيه شفعة فإن شاء نقض تصرف المشتري وأخذ منه (أو شفيعاً ثنائي) أو ثالث أو رابع (بيع ونحوه) ما فيه شفعة كصداق لأن الثمن قد يقل في أحدهما، والمراد بالنقض الأخذ بالشفعة وإن لم يتقدمه فسخ لأن أخذه فسخ للعقد كما في المطلب.

(قوله قيمته أي العرض على الثانية) حاصله أنه إذا باع شقصاً بعبد علم به عيباً بعد الأخذ بالشفعة لم يكن له نقض ملك الشفيع كما لو باعه المشتري بل يأخذ قيمة الشقص من المشتري لتعذر رده، فإن نقصت عن قيمة العبد لم يلحق الشفيع التفاوت لأنه ملك ما بذله فلا يتغير حكمه بما جرى وإن زادت عليها لم يرجع المشتري على الشفيع بالزائد.

وقضية كلام الشيخين التوقف على الفسخ (ومنع) الشفيع إن شاء المشتري (رده) الشقص على البائع (بخيار) بنوعيه إن (خصه) بأن كان له وحده لأن الملك له فإن تخيراً أو البائع لم يأخذه إلا بعد اللزوم رعاية لحق البائع (و) له أن يمنعه رده (بعيب) قديم وجده ويأخذ بالشفعة لسبق حقه فإنه يثبت بالعقد ولأن غرض المشتري في الرد من وصوله لثمنه حاصل بأخذ الشفعة، ومن ثم كان له منعه من الإقالة وله الأخذ وإن فسخ العقد قبله بنحو إقالة أو إفلاس فيفسخ الرد، ويكون الربح بين الرد وبين الأخذ للبائع (و) منع الشفيع (رجوع بائع) في الشقص (يفلس) حصل للمشتري بالثمن لسبق حقه كما مر، ويضارب البائع بثمنه مع الغرماء لأنه حقه انتقل من العين إلى الذمة فصار مثلهم (و) منع أيضاً رجوع بائع إلى الشقص لإرادته رد ثمنه بسبب (عيب) وجده فيه خلافاً للحاوي لسبق حقه، والرد بالعيب إنما يرفع العقد من حين الرد (و) منع رجوع (زوج) في كله بفرقة قبل وطء منها أو يسببها أو نصفه (بتشطير) أي بسببه كطلاق قبل وطء أيضاً لسبق حقه لأنه يثبت بالعقد أو الفرض في المفوضة، والزواج إنما يثبت حقه بالفرقة ولو حذف بتشطير لكان أعم وأخصر كما علم (و) سقطت الشفعة (بجهل ثمن) أي يتعذر معرفته كصبرة مجهولة لتعذر الأخذ حينئذ، ولا يكلف البائع حيث غابت ولم تتلف إحضارها ولا الإخبار عن قدرها (ولغت دعوى) الشفيع على المشتري وجود (علمه) بالثمن (بلا تقدير) له لأنه لم يدع حقاً له فلا يلزم المشتري الجواب فإن قدر سمعت، ثم إن قال المشتري لا أعلم قدره حلف كذلك لأن ذلك في المعنى إنكار لولاية الأخذ أو لم أشر به يحلف كذلك لكن للشفيع أن يزيد ويحلفه، وهكذا إلى أن ينكل أو يشتريه بمجهول ثم يعلمه بعد، بل يطلب منه جواب شاف (وصدق) بيمينه حيث لا بينة (شفيع) في عدم عفوهِ وتقصيره في الطلب لأن الأصل بقاء حقه، (مشتري جهل) تقدم ملكه على ملكه أو (شركة) ادعاها طالب الشفعة فأجابه بلا أعلم أنك شريك لأن الأصل عدمها ويحلف على نفي العلم بها لا على نفيها وإن أجاب به فإن نكل حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة (و) في أنه أحدث هذا البناء بعد الشراء وفي جهل (ثمن) لأن الأصل عدم علمه، ومر بيان كيفية حلفه (وفي قدره) وقدر قيمته إن تلف لأنه أعلم بما باشره فإن نكل وحلف الشفيع أخذ بما حلف عليه

(قوله وقضية كلام الشيخين التوقف على الفسخ) هذه القضية قوية المدرك بل النقل يشهد لها وذلك لأن قضية ما مر في الفلاس من أنه لا بد في الرجوع من تقدم الفسخ ولا يكون الأخذ فسحاً أن

(و) صدق مشتر بيمينه أيضا في (نفي شراء) ادعاه طالب الشفعة فأنكره وادعى أنه ورثه أو اتهمه لأن الأصل عدم الشراء وتسميته مشتريا باعتبار زعم المدعي (فإن أقر البائع) في هذه أنه باعه الشقص وهو في يده أو يد المشتري وقال إنه ودیعة له أو عارية أي مثلا (أخذ) الشفيع بها (منه) أي من البائع لاعترافه بثبوت حقه (وأعطاه) الثمن وعهدته عليه إن لم يعترف بقبضه (لا إن قال قبضت) فلا يعطيه له بل يترك عند الشفيع لأنه مقر به لمن ينكره، وله حينئذ التصرف في الشقص لأن المشتري لما أنكر صار الشفيع كأنه اشترى من البائع.

واعلم أن الشفعة على الفور من حين علم الشفيع وإن جرى البيع من سنين لأنها حق ثبت لدفع الضرر فكان فوريا كالرد بالعيب، والمراد بالعلم ما يشمل الظن (و) من ثم وجبت المبادرة (بخبر ثقة) أي مقبول رواية ولو عبدا أو امرأة أي سبب إخباره الشفيع أن شريكه باع فإذا ترك حينئذ البدار بنفسه أو وكيله بطل حقه لتقصيره كما لو أخبره عدد التواتر ولو كافراً أو صبيانا مميزين ويصدق في جهله بعدالة المخبر إن خفي مثل ذلك عليه أما غير مقبول الرواية فإن صدقه فكمقبولها وإلا فلا.

قال ابن الرفعة: وكل ذلك في الظاهر أما في الباطن فالعبرة بما يقع في نفسه من صدق وغيره ولو من فاسق كما قاله الماوردي: وإذا علم أن الشفعة على الفور (بأدر) الشفيع (بالطلب) لزوما بأن يقول أنا طالب بها أو نحوه وتعتبر المبادرة بعد العلم (كالعادة) فما يعد فيها تقصيرا أسقط الشفعة وما لا كترك العدو ونحوه فلا، ولا يلزمه أن يبادر بنفسه بل إما بأدر (أو) بأدر (نائبه) لأنه يقوم مقامه، ولا يكلف الإشهاد على الطلب إذا سار حالا أو وكل فيه لأن تسلطه أقوى من تسلط المشتري على الرد بالعيب إذ له نقض تصرف المشتري وليس للراد بالعيب نظير ذلك، وأيضا الإشهاد ثم على الفسخ وهو المقصود وهنا على الطلب وهو وسيلة ويغافر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد، ثم إن طال مدة العذر كمرض وحبس بغير حق وغيبته عن بلد المشتري وقد عجز عن مضيه إليه والرفع للحاكم

ما هنا كذلك، وعجيب قول المطلب لأن أخذه فسخ للعقد لأن هذا مجرد دعوى وهو محل النزاع فلا يصلح الفرق به بين الشفيع وبائع المفلس.

وقد يفرق بأن قول الشفيع هنا أخذته بالشفعة الذي لا بد منه لاستحالة تملكه من غير لفظ مستلزم لفسخ ما صدر من المشتري فلم يحتج معه إلى لفظ فسخت تصرفه ولا أبطلته مثلاً، وأما ثم فلم يقع من البائع بعد إثبات الرجوع له لفظ يستلزم فسخ العقد الذي للمفلس فاحتاج البائع إلى قوله فسخته مثلاً.

لزمه التوكيل بطلبها ولو بأجرة فإن تركه أو عجز عنه ولم يشهد بالطلب سقط حقه وإن لم يطل بادر هو أو وكيله بالطلب بعد أكل وصلاة ولو نافلة حضرا أي دخل وقتها فله تأخير الطلب إلى فراغهما، وله الإتيان بالصلاة على الوجه الأكمل بحيث لا يعد متوانيا وكذا لو دخل وقت لبس أو قضاء حاجة أو دخول حمام أو كان الوقت ليلا، ولو لقيه في غير بلد الشقص فأخر الأخذ إلى العود لبلده سقط حقه.

(ثم) إن عجز عن المبادرة بالطلب بنفسه أو نائبه أي وعن الرفع للحاكم (أشهد) لزومها على الطلب من مر في الرد بالعيب على الأوجه، فإن عجز عن الإشهاد لم يلزمه التلطف بالتملك وفيما إذا غاب المشتري يرفع للقاضي ويأخذ بها وكذا مع حضوره كالرد بالعيب فإن فقد خرج ولو بنائبه للمشتري إن قدر وكان الطريق آمنا (وعذر) الشفيع (إن سلم) على المشتري قبل الطلب لأن السلام قبل الكلام سنة أي في الجملة وإن كان المشتري من لا يسن السلام عليه على الأوجه لأن فيه تالفا (و) كذا إن (دعا) ابتداء (ببركة) في الصفقة نحو بارك الله فيها، وكذا إن قال لك على الأوجه لأنه قد يدعو بها ليأخذ صفقة مباركة (و) كذا إن بحث معه ابتداء (عن ثمن) كأن قال له بكم اشتريت لأنه قد يريد تحصيل إقراره فلا ينازعه فيه، وكذا إن جمع بين السلام والدعاء والبحث كما يفهمه كلامه أو أخر الطلب ليعرف الثمن أو لانتظار حصاد زرع أو لخلاص الشقص إذا غضب (لا في) قوله (اشتريت رخيصة) أو نحوه أو بعني مثلا لأنه فضول لا غرض فيه أو رضى منه بتقريره بيد المشتري، ويصدق بيمينه مدعي عذر علم وجهل بثبوتها أو فوريتها إن كان ممن يخفى عليه ذلك كنظيره في الرد بالعيب، وسقطت الشفعة حيث لا عذر (بترك المقدور) كالمبادرة ولو بنائبه لمن مر ثم الإشهاد و (كتوكيل) ممن لا يقدر (ولو) كان (بأجر) أي أجرة مثل الوكيل خلافا للحاوي لأن تركه حينئذ تقصير كما مر (لا) إن ترك المقدور (لغيبه شريك) له في الأخذ بالشفعة لعذره (و) لا إن ترك المقدور لأجل (تأجيل) لثمن الشقص وكذا لبعضه كما يؤخذ من كلام الماوردي وذلك لأنه كوارثه مخير حينئذ بين أن يأخذ حالا ويعجل وإن يصير للحلول ثم يؤخذ وإن حل المؤجل بموت المأخوذ منه دفعا لضرر العاقدين إذ لو جاز له الأخذ بالمؤجل لضرر بالمأخوذ منه لاختلاف الدم، وإن أُلزم بالأخذ حالا بنظيره

وبهذا يعلم أن توقف رجوع الأب في الهبة على اللفظ لا بد فيه من لفظ رجعت مثلاً. وقد فرق بين هذه وما هنا بأن الأب هو الواهب فلا بد أن يرجع عن تصرفه، بخلاف الشفيع، ولعل ما ذكرته أوضح.

من الحال تضرر لأن الأجل يقابله قسط من الثمن، ومن ثم لو رضي المأخوذ منه بذمته لم يخير وليس عليه في الثاني إعلام المشتري بالطلب، وقول أصل الروضة تجب قالوا سبق قلم (و) لا إن تركه لأجل (كذب) صدر من مخبره بالشراء إن كان كذبه (بزيادة) في الثمن بخلافه في النقص لأنه إذا لم يرض به بالأقل فبالأكثر أولى (و) جنس و (نوع ومشترو قدر) أجل وحلول و (مبيع) كأن قال باع كل حصته فبان أنه باع بعضها أو عكسه وكان ذلك (الغرض) أي مع غرض يفوت مع الكذب فإذا عفا الشفيع لأجل الكذب بواحد ما ذكر أو توانى قبل بيانه لم تبطل شفيعته لاختلاف الغرض بذلك.

وخرج بغرض ما لو أخبره بأنه باع كله بألف فبان بعضه مبيعا به أو بأنه مؤجل فبان حالا فبطل شفيعته إذ لا عذر له (و) سقطت الشفعة (بإزالة ملكه) أي الشفيع عن نصيبه وإن جهل لزوال سببها وهو الشركة، نعم إن علم والخيار له أولهما ففسخ ثبتت له على الأوجه (لا) بإزלתه عن (بعض) من ملكه (إن جهل) خلافا للحاوي كالرافعي لعذره وحينئذ فهل يأخذ بقدر حصته قبل بيعه لأن عذره كما لم يمنع شفيعته لا يمنع أخذه باعتبار ما كان له من الحصة أو بقدر ما بقي له بعد البيع لما مر أنها بحسب الحصص لا الرءوس، وكلامهم في ذلك محتمل وكل منهما له وجه أما إذا علم فتسقط شفيعته من أصلها كما لو عفا عن البعض (ولا) تسقط (إن صالح) الشفيع (عنها) على مال (بجهل) أي مع جهله حال المصالحة لفساد الصلح لعذره، بخلاف ما لو علم بفساده (أو) إن (قاسم) الشفيع المشتري (بجهل) أي مع جهل الشفيع حال المقاسمة بان له الشفعة لعذره والقسمة صحيحة، ويتصور ثبوتها بعدها مع تضمنها غالبا رضا الشفيع بتملك المشتري بأن ظهر أنه هبة مثلا أو بثمان كثير ثم ظهر أنه بيع أو بثمان قليل (و) إذا بنى المشتري أو زرع أو غرس في المشفوع قبل علم الشفيع جاز له قلعه مجانا للتعدي عليه، بخلاف ما إذا فعل ذلك في نصيبه بعد القسمة ثم أخذ الشفيع لأنه تصرف في ملكه وحينئذ (بقي زرعه) إلى الحصاد لأن له أمدا قريبا ينتظر ولكونه زرع ملك نفسه لزمه تبقيته (بلا أجر) للأرض ولم يلزمه تسوية الأرض إذا قلع ما يأتي بخلاف المستعير (وكعارية بناؤه) وغراسه في أنه إذا لم يختر القلع يخير الشفيع بين القلع مع الأرش والتملك بالقيمة.

[خاتمة] تكره الحيلة في دفع غير شفعة الجوار لما فيها من إبقاء الضرر، وقد بينت طرفا

منها مع فروع آخر في الأصل.

[باب في القراض]

(القراض) مشتق من القرض وهو القطع لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها. وشرعا عقد يتضمن دفع المال الآتي لآخر ليتجر فيه والربح بينهما، وابتدأؤه يشبه الوكالة بالجعل وانتهأؤه يشبه الجمالة بناء على الأصح أنه يملك حصته بالقسمة والمغلب فيه الشبه الأول فهو (توكيل) خاص لامتياز به بأركان وأحكام.

فأركانه خمسة: عاقدان، وصيغة، ورأس مال، وعمل، وربح.

فالأول: العاقدان، واستفيد من قوله توكيل أن شرط المالك أهلية توكيل والعامل أهلية توكيل فيجوز كون المالك لا العامل أعمى، وأن الولي ولو غير أب يقارض لموليه وينعزل بما ينعزل به الوكيل ولا يتصرف إلا بالمصلحة ولا يصح أن يقارض كالعبد المأذون، وغير ذلك ما يأتي.

الثاني: الصيغة، وإنما تحصل (بإيجاب) من جهة رب المال (كقوله) (قارضت) ك (أو ضاربت) ك (أو عاملت) ك (أو خذه أو اتجر أو اعمل فيه أو بع واشتر لا إن اقتصر على اشتر (وقبول) فورا من جهة العامل بأن يتصل بالإيجاب كالبيع، ويظهر أنه يشترط هنا المطابقة

[باب القراض]

اعلم أنه لم يتضح لهذا الباب دليل سالم من نزاع وحكايتهم الإجماع أشار الزركشي إلى تضعيفها بقوله وادعى الغزالي وغيره الإجماع على جوازه. وعبارة بعض المالكية لا خلاف بين أئمة المسلمين في جوازه، وأما خير ابن ماجه في سنده عن صهيب «ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمقارضة واختلاف البر بالشعير للبيت لا للبيع» قال البخاري إنه موضوع، وروي أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت معه لخدمته عبدا ميسرة. وروي عن ابن عباس رضي الله عنه «أن أباه كان يشترط على من قارضه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً أي لئلا يأتيه سيل فيذهب به ولا يشتري ذات كبد رطبة فإن فعل فهو ضامن فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه».

واستفيد من قولهم روى في هذين أنه لم يثبت منهما شيء، واستدل له الشافعي رضي الله عنه بأن أبا حنيفة رضي الله عنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه أعطى مال يتيم مضاربة، واستدل له بعض أصحابنا بآيات لا تعرض فيها لذكره بل لما يحتمله وغيره، وليس هذا من الدليل في شيء وإنما هو مجرد تأنس له بذلك.

واعلم أنهم هنا صرحوا بأنه لا بد من قبول العامل لفظاً للإيجاب من المالك لفظاً وهو مشكل بما

فيه كهي في البيع فيبطل قارضتك بالنصف مثلاً فقال قبلت بالربع أو عسكه . ويقوم مقام اللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهمة .

الثالث : رأس المال ، وله شروط :

منها كونه في (خالص نقد) وهو المضروب دراهم أو دنانير فلا يصح في مغشوش إلا إن استهلك غشه على ما قاله الجرجاني ، وفلوس وحلي وتبر وعروض ، وثمنها إن باعها وما في ذمة فلان لأن في القراض إغراراً إذ العمل فيه غير مضبوط والربح غير موثوق به ، وإنما جوز

في الشركة أنهما لو خلطا المالين ثم أراد أحدهما التصرف فقط كفى أن يقول له صاحبه أذنت لك في التصرف وكفى سكوته لأنه وكيل فاشتراط عدم رده ، ومما يزيد الإشكال أن المتصرف في الشركة وكيل والعامل في القراض كذلك .

وقد يجاب بأن العامل متملك لبعض الربح في مقابلة عمله فصار عقده عقد معاوضة كالإجارة ، وأما في الشركة فلا معاوضة لأن ما يحصل له من الربح في مقابلة ماله لا عمله بدليل أن الربح يوزع على المالين لا العملين .

(قوله وما في ذمة فلان) هو ما صرح به شيخنا وغيره حيث قالوا لو قارضه على دراهم بيد غيره أو أمانة ضمناً صح لكونها معينة في يده بخلاف ما في الذمة انتهى .

وأفهم هذا الإطلاق أنه لا يصح على ما في ذمة فلان وإن عينها في المجلس وكذا لو قبضها المالك ما لم يجدد صيغة أخرى ويقارضه عليها .

وخرج بما في ذمة فلان ما في ذمة العامل فإنه إذا عينها في المجلس وقبضها المالك ثم أقبضها له جاز وإن لم يجدد صيغة العقد وخالف فيه جماعة ، لكن يقوى الأول أنه قياس ما في الصرف والسلم فإن كلا منهما يصح على ألف في ذمة العاقد الأمر إن عين في المجلس ثم قبضه وأقبضه له بخلافه على ألف في ذمة الغير فإنه لا يصح مطلقاً .

ويفرق بينهما بأن العامل لما قورض على ما في ذمته لم يكن فيه غرر خشية أن لا يقدر على القبض بخلاف ما إذا قورض على ما في ذمة فلان فإنه قد لا يقدر على نزاعها من فلان بعضها أو جميعها فيقع الغرر كما هو واضح ، ولانتفاء الغرر في الأولى دون الثانية احتاج في الثانية إلى تجديد الصيغة ولم يفده مجرد قبض المالك ، بخلاف الأولى فإنه لعدم الغرر فيها كانت الصيغة صحيحة لأنه قادر على تسلمها حالة العقد ، وإنما توقف الأمر على تعيينها وقبض المالك لها ثم دفعها إلى العامل ليوحد خاصية القراض لا القدرة لما تقرر أنها موجودة حالة العقد ، بخلافها في ذمة فلان فإنها ليست مقدوراً عليها حالة العقد كما تقرر فلم يعتبر تعيينها ولا قبض المالك لها ثم إقباضها فتأمل ذلك فإنه مهم أي مهم .

ثم رأيت الزركشي ذكر فيما في ذمة فلان الاتفاق على البطلان ، فقال قارضه على دين له في

للحاجة فاخص بما يروج بكل حال أب باعتبار الأصل إذ الأوجه جوازه بنقد خالص لا

ذمة غيره لم يصح جزماً وذكر فيما في ذمة العامل أنه كذلك على الأصح، وحينئذ هو في هذه موافق لأولئك الجماعة الذين ذكرتهم في قوله وخالف فيه جماعة، ولو قيل بحمل أولئك الجماعة على ما إذا لم يعينها أو لم يقبضها في المجلس وحينئذ يتجمع الكلامان.

ثم رأيت كلام شيخنا في شرح البهجة صريحاً في هذا الجمع حيث قال: ولا على دين ولو في ذمة العامل لأن الدين إنما يتعين بالقبض، بل لو قال لغريمه اعزل قدر حقي من مالك فعزله ثم قال فأقرضتك عليه لم يصح لأنه لم يملكه. فأفهم قوله أولاً لأن الدين إنما يتعين بالقبض، وقوله ثانياً لأنه لم يملكه أن صورة البطلان أنه قال للعامل قارضتك على الألف الذي في ذمتك ولم يعينه أو عينه ولم يقبضه في المجلس وأنه لو عينه وقبضه ثم رده إليه صح، وهذا هو الجمع الذي ذكرته.

وخرج بذمة العامل وذمة الغير ذمة المالك بأن قال قارضتك على ألف في الذمة أو ذمتي أو ألف غير معينة ثم أحضرها في المجلس فهذه اختلف فيها الأصحاب. فالقاضي والإمام وابن الصباغ والرويانى وجزما به على الصحة، والبغوي قطع بالمنع، وأيد الزركشي وغيره الأول بأن الشرح الصغير صححه وبأنه قياس السلم والصراف: أي فيما إذا قال لآخر صارفتك أو أسلمت إليك ألفاً في ذمتي ثم عينه في المجلس فإنه يصح، وفي هذه لا يحتاج إلى قبض العامل في المجلس لأنه بالتعيين صار بمنزلة قارضتك على هذا الألف.

فإن قلت: كيف يصح أن يعبروا في هذه المسألة الأخيرة ذمة المالك مع أن ذمته خلية ليس فيها شيء.

قلت: العبارات الثلاث التي ذكرتها في قولي على ألف في الذمة أو ذمتي أو ألف غير معينة عبر بكل منها معبر والعبارة التي لا تحتاج إلى كلفة على ألف، وأما في ذمتي أو في الذمة فهو مجاز باعتبار أنها لما كانت غير معينة أشبهت ما بالذمة فعبر بها عنها تجوزاً، ومنه قولي الآتي في شرح غيره فلو قارضه على ألف في ذمته أي المالك.

فإن قلت: ينافي ما قررت في ذمة فلان صحته في عين بيد الغاصب مثلاً.

قلت: لا لأن القدرة على العين أقوى منها على الدين، ومن ثم قالوا الدين لا يتعين إلا بقبض صحيح ولم يقولوا بذلك في العين.

ومما يؤيد ما مر أن التعيين في المجلس في صورة ذمة المالك يلحقه بالتعيين في العقد أنه لو قارضه على إحدى الصرتين وعين إحدهما في المجلس وعلم ما فيها صح، بخلاف علم القدر فيما لو قارضه على نقد مجهول القدر وإن أمكن علمه حالاً ولا على ألف وإن علم جنسه أو قدره أو صفته في المجلس. والفرق أن الإبهام في الصرتين أخف لتعيينهما وإنما الإبهام في المرادة منهما بخلافه في الألف، ومن ثم لو قارضه على ألف من نقد كذا ثم عينها في المجلس صح.

وقضية هذا كالذي مر في إحدى الصرتين صحته فيما لو أعطاه ألفين وقال: قارضتك على

يتعامل به أو أبطله السلطان أو مغشوش راج رواج الخالص في كل مكان واكتفى في الشركة برواجها في بلدها لصحتها على العروض .

ومنها كونه في (معلوم القدر) والجنس والصفة فلا يصح في مجهول أحدها ولو مرثياً للجهل بالربح وبه فارق رأس مال المسلم .

ومنها كونه قد (عين ثم) أي في مجلس العقد وإن لم يعين في صلبه، فلو قارضه على ألف في ذمته وعينه في المجلس جاز، وكذا لو أعطاه ألفين أو صرتين وقال قارضتك على إحداهما فإنه يصح إن عين إحداهما في المجلس وإن لم يفتح الصرة وينظر ما فيها على الأوجه كما بينته في الأصل، ويصح على ما بيد غيره وديعة أو غصبا أو غيرهما وظاهر أنه لا يشترط هنا قدرة العامل ولا المالك على التخليص من الغاصب .

الركن الرابع: العمل، وله شروط:

منها كونه (في تجارة) وهي تقليب المال بنحو البيع والشراء لغرض الربح ويدخل فيها توابعها كنشر وطبي، وفي هذه والتي قبلها متعلقان بتوكيل أو هذه به وتلك بإيجاب كما بينت ذلك مع ما فيه في الأصل .

ومنها كون رأس المال والتجارة (بيد العامل) ليستقل بالتجارة وتوابعها من غير مزاحم

أحدهما ثم عينه في المجلس وهو ما اعتمده ابن المقرئ في بعض كتبه، ومال شيخنا في شرح روضه إلى فساده . قال: لفساد الصيغة، ويرده ما في نسخ شرح المنهج المعتمدة أنه لو علم في المجلس عين إحدى الصرتين صح، ولا فرق بين إحدى الصرتين وإحدى الألفين فالأوجه ما قاله ابن المقرئ، ويؤيده ترجيح السبكي صحته على صرة معينة بالوصف غائبة عن المجلس لأنه لا يشترط هنا الرؤية لأنه توكيل: أي من حيث النظر إلى ابتدائه فلا ينافي ما مر آنفاً من النظر إلى أن تملك جزء من الربح اقتضى إلحاقه بالمعاوضات في اشتراط الإيجاب والقبول لفظاً لا الوكالات في الاكتفاء بعدم الرد عن القبول، فتأمل هذا المحل جميعه فإنك لا تجد ما فيه من المسائل مع تحريرها مجموعة في غيره .

(قوله في كل مكان) الذي يظهر أن المراد بذلك كل محل يصل إليه أهل تلك الناحية غالباً لتعذر إرادة ما هو أعم من ذلك إذ العادة قاضية بأنه لا تقدير، وحينئذ في كل مكان على عمومه بل الأقاليم الشاسعة تختلف كثيراً فيما يتعاملون به فتارة يكون نقداً وتارة يكون غيره .

(قوله معلوم القدر) يشمل علمه بالعدد كما هو المعهود الآن في نقد الفضة أن الناس يكتفون بعدها مع تفاوت الأفراد في الوزن تفاوتاً قريباً وهو متجه لأن المدار هنا على الزواج وهي رائجة مع ذلك .

له فيها، فإن شرط كونه بيد المالك أو مشرف نصبه، أو شرط مشاركته في العمل لا على جهة الإعانة أو مراجعته في التصرف لم يصح إذ قد لا يجده أو لا يوافقه فيفوت التصرف الرباح، وهو عكس قول أصله في يد العامل للتجارة كما بينته ثم .

ومنها أن لا يضييق العمل بتعليق أو تأقيت (و) من ثم (بطل) بتعليقه أو تعليق تصرفه كقارضتك الآن ولا تتصرف إلا بعد شهر كبعتك، ولا تتصرف إلا بعد شهر بخلاف الوكالة لمنافاته لغرض الربح. وقياسه ما يأتي في شرح قوله وحرفة صحة تصرفه الموافق للإذن وإن بطل عقد القراض و (بتوقيت) تصرف (غير اشتراء) كأن قارضه سنة وإن لم يمنعه التصرف بعدها إذ قد لا يجد راغبا فيها .

أما توقيت الاشتراء وحده كأن قارضه على منعه من الشراء بعد مدة بشرط كونها معينة على الأوجه فيصح، وإن لم يقل ولك البيع بعدها على الأوجه لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعدها .

قال الإمام: ومحلله أن تكون المدة يتأتى فيها الشراء لغرض الربح، ويصح قارضتك ما شئت بفتح التاء أو ضمها لأن ذلك شأن العقود الجائزة، ولو قال اشتر بهذا ولك نصف الربح لم يصح لعدم التعرض للبيع فالربح للمالك وعليه له أجره المثل فيما يظهر لأنه أطعمه فيما لم يحصل له وأن لا يضيقه بالتعيين وغيره ما يأتي (و) من ثم بطل عقد القراض على التجارة (في نادر) وجوده كيقوت أحمر كذا عبروا به، والظاهر أنه ليس بقيد بل غير الأحمر أندر منه فهو معلوم منه بالأولى وخيل بلق وعبيد خصيان وخز أدكن وهو الذي أخذ شيها من السواد والحمرة لأنه تضييق يخل بمقصود العقد، بخلاف ما لا يندر وإن كان ينقطع كالرطب وما يندر لكنه محل يغلب فيه وجوده (و) بطل أيضا في (حرفة) كشراء بر ويطحنه أو قطن ويفزله أو ينسجه أو نخل لثمرته أو شبكة ليصطاد بها، والفوائد بينهما لاستغنائه عن جهالة العوض بالاستئجار فإنها أعمال مضبوطة والصيد للصادق وعليه أجره مثل الشبكة قاله الشيخان، وهو صريح في صحة شراء البر وما بعده لوقوعه بالإذن وإن لم يصح ما ترتب عليه وبه صرح ابن الرفعة في مسألة البر، وشرط نقله المال لبلد أخرى مبطل أيضا لأن نقله عمل زائد على التجارة (و) بطل أيضا شرط المعاملة (مع شخص) معين دون

ثم رأيت الشيخ في التنبيه عبر بمعلوم الوزن، وينبغي حمله على غير ما ذكرته لأن المدار على

غيره أو أشخاص كذلك على الأوجه لأن المعين قد لا يعامله أو لا يجد عنده مربحاً، بخلاف نهيهِ عن معاملة معين أو عن التصرف في غير سوق معين لا دكان منه، ولا يشترط تعيين ما يتصرف فيه وإن لزمه اتباع ما عين له لأن العامل كلما كان أبسط يدا كان عمله أفضى إلى الربح، بخلاف الوكالة لأنها نيابة محضة والحاجة تمس إليها في أشغال خاصة (و) بطل أيضاً (ب) شرط (عمل مالك) بنفسه مع العامل لفوات استقلاله (لا) بشرط المالك عمل (عبده) أو أجيره معه على جهة كونه معيناً و (تبعاً) له فلا تبطل لاستقلاله حينئذ، بخلاف ما إذا لم يكن تبعاً كأن شرط كونه شريكاً له في الرأي أو أن المال أو بعضه بيده ويشترط علمه برؤية أو وصف، ويصح شرط نفقته عليه على نظير ما يأتي في المساقاة وشرط بعض الربح لقننه وإن لم يعمل لرجوعه إليه.

وخرج بقننه وأجيره نحو غلامه الحر وزوجته فلا يجوز شرط عملهم معه إلا إن شرط لهم بعض الربح لأنه حينئذ قراض مع أكثر من واحد.

الركن الخامس: الربح، وله شروط:

منها اختصاصه بالمالك والعامل واشتراكهما فيه وتقدير نصيب كل منهما بالجزئية، فلا يصح القراض إلا إن عقد (على) شرط (أن الربح) يكون (بينهما) بأن لا يختص به أحدهما ولا يشترط منه شيء لغيرهما كالثالث ليس بعامل ولا مملوك لأحدهما وإلا بطل سواء أشرط المالك إعطائه من نصيبه أو من نصيب العامل خلافا لما وقع للمصنف.

وخرج بالشرط الوعد فلو قال نصف الربح لك ونصفه لي ومن نصيبي نصفه لزوجتي صح ولا يضر ما ذكره لأنه وعد هبة لها وعلى شرط أن الربح (مقدر بجزء) كنصف وثلث لا بنحو وزن فإن قال على أن لك أو لي جزءاً أو ديناراً أو النصف وديناراً أو إلا ديناراً أن يختص بربح ألف أو هذه أو كقراض فلان ولا يعلمان المشروط أو بيننا أثلاثاً لم يصح للجهل أو والربح بيننا صح وكان مناصفة أو ولك ربع سدس العشر صح وإن لم يعلماه عند العقد لسهولة معرفته، وهو جزء من مائتين وأربعين جزءاً والربح فيما ذكر فيه من الاختصاص والاشتراك والتقدير بالجزئية (كثمر بمساقاة) فيشترط فيه الأمور الثلاثة ويجري فيه جميع

النقد الذي لا غرر فيه وهذا كذلك لأن العادة محكمة. وقد علمت أنها قضت بالمسامحة في هذا بدليل اتفاق أهلها على الاكتفاء بعلمها عدداً إذا انضبطت أو تفاوتت تفاوتاً يسيراً يقع بينهم في حيز المسامحة.

التفاصيل السابقة (فإن شرط) المالك (للعامل النصف) من الربح هنا ومن الثمرة ثم (وسكت) عن تعيين النصف الآخر جميعه أو بعضه كلك النصف ولي السدس وسكت عن الباقي (جاز) وتناصفاه لأن ما لم يصفه للعامل يكون للمالك بحكم الأصل (لا عكسه) كنصف الربح لي فلا يصح لأن فائدة رأس المال له إلا ما أضيف منه للعامل ولم يصف له شيء منه، ولو قال قارضتك على النصف أو على الثلثين صح والمشروط للعامل لأن المالك يستحق بالملك لا بالشرط أو خذه وتصرف فيه والربح كله لك ففرض صحيح أو لي فتوكيل بلا جعل، ويصح تعدد المالك واتحاد العامل إن عرف مال كل وبين كل ما يعطيه له وإن تفاوت وما فضل من الربح بين المالكين بحسب ماليهما فإن شرطا خلافة فسد العقد وعكسه إن بين ما يعطى كلا وإن تفاوت ولو شرط على كل منهما مراجعة الآخر (وله) أي العامل (في) عقد قراض أو مساقاة (فاسد أجر مثل) وإن لم يكن ربح ولا ثمر لأنه عمل طمعا في المسمى ولم يتم فوجب له قيمة عمله المتعذر رده وهو أجره المثل (لا إن شرط) الربح أو الثمر (كله للمالك) فلا أجره للعامل لأنه لم يطمع في شيء ويتجه أنه لا يستحق شيئاً أيضاً إذا علم الفساد وأنه لا أجره له وكذا إذا اشترى في الذمة ونوى نفسه لأن الربح له .

وأفهم كلامه صحة تصرفه مع فساد الإذن وهو كذلك كما مر، لكن لا يحل له الإقدام على التصرف بعد علمه بالفساد وكما صرحوا به في الوكالة (وهو) أي العامل (كوكيله) أي المالك في تقييد تصرفه بالمصلحة فلا يعامل بنسيئة بيعا ولا شراء لأنه قد يتلف رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك ولا بغبن فاحش ولا يشتري شيئاً بثمن مثله وهو لا يرجو حصول ربح فيه لأن الإذن لا يقتضيه ويحبس المبيع لقبض ثمنه وإلا ضمن ويشهد إن باع بنسيئة أذن له فيها ولا يتناول البيع أو الشراء سلما لأنه أكثر غررا إلا أن يأذن له فيهما على

(قوله ولا يشتري شيئاً بثمن مثله وهو لا يرجو حصول ربح فيه) قضيته تعليق رجاء الربح بعقيدته وهو واضح إن كان من أهل الخبرة وإلا وجب عليه سؤال من يثق به منهم ولو واحداً فيما يظهر .

وقضيته أيضاً أن شرط المنع أن لا يرجو الربح وليس مراداً بدليل قوله بعده حيث توقع فيه ربحاً، ثم قضية الرجاء هنا والتوقع الآتي أنه لا يشترط الظن وهو بعيد بل ينبغي أن المراد بالرجاء هنا الظن . وقضية ذلك أيضاً أنه لا فرق بين رجاء الربح الآن أو بعد مدة وتعبيرهم بالتوقع صريح فيه وعليه فهل يشترط كون تلك المدة قرينة وما ضابط قربها في ذلك كله نظر، ولو قيل لا بد من توقع الربح فيه من حين العقد لأن المالك بصدد الفسخ فيه فيجده مربحاً بخلاف ما لو ظنه بعد مدة فإنه

الأوجه، ويتقيد بما قيد له من نحو زمن أو محل حتى لو قارضه على أن يصارف مع الصيارفة تعيينوا إن ذكره شرطاً وإلا فلا على المرجح، وهو وإن كان كالوكيل (لكن) يفارقه في أنه (يأخذ العرض) ثمنا وبدلاً عن متلف حيث توقع فيه ربحاً بخلاف نقد غير البلد كما جزم به جمع متقدمون نظير الشريك لأنه لا يروج ثم فيتعطل الربح بخلاف العرض، وكالبيع بما ذكر الشراء به (و) يأخذ (المعيب) بالشراء ولو بقيمته معيباً عند المصلحة أو الغبطة وهي الزيادة على القيمة زيادة لها بال وينقلب العقد هنا للعامل في كل محل مر في الوكالة انقلابه فيه للوكيل (ولا يشتري) العامل للقراض بأكثر من قدر رأس المال والربح، فإن زاد بعين المال بطل وإلا وقع له حيث يقع للوكيل ولا بغير جنسه لأن المالك لم يأذن فيه فلو كان رأس المال ذهباً ووجد سلعة تباع بالدرهم لم يشتريها بالدرهم بل يشتري الدرهم بالذهب ثم يشتريها ولا (بعضه) أي أصل المالك أو فرعه، وكذا من أقر المالك بحريته ومن استولدها إذا بيعت في نحو الرهن فلو عبر بمن يعتق عليه لكان أعم، فإن اشتراه أو الزوج الآتي بلا إذن في الذمة وقع له وإن صرح بالسفارة أو بعين المال بطل لقريضة قصد الربح هنا بخلافه في الوكيل.

أما شراؤه بعض أو زوج نفسه فيصح، ولا يعتق ولا ينفسخ نكاحه وإن اشتراه في الذمة

إذا فسخ يجده غير مبرح فيحصل له الضرر لم يبعد إلا أن يقال إن هذا يلزم عليه تعطله عن أكثر المشتريات لأن الغالب من أحوال التجار أنهم في كثير من البضائع إنما يشترونها لتوقع الربح فيها آجلاً، وحينئذ فالذي يتجه اتباع عرف التجار في مثل هذا الصنف فإن كانوا يعتادون توقع الربح فيه آجلاً لا حالاً اشتري وإلا فلا، ولا نظر لحال المالك لأنه مقصر بالفسخ وعدم الصبر فيما يتوقع فيه الربح في مدة قريبة عرفاً، ثم توقع الربح إنما ينظر إليه حيث بلغ ثمن مثله فلو كان لو اشتراه بأكثر من ثمن مثله توقع الربح، ولو رأى صنفين أحدهما يربح الآن درهماً والآخر يربح بعد شهر درهمين فهل يلزمه تقديم شراء الأول أو لا؟ والذي يتجه الأول لأنه محقق والآخر مشكوك فيه، ثم هذا كله قد ينافيه ما يأتي في قوله ولو سافر بإذن من أنه لا يبيع بآنقص من بلد القراض إلا إن توقع ربحاً فيما يعتاض. ويجاب بأن الثمن ثم لما اختلف باختلاف البلاد أنطنا الأمر ببلد القراض لأنه الأصل ومع ذلك جوازنا النقص عن ثمنه لرجاء الربح لأنه لم يتجاوز شيئاً معلوماً حدّ الشارع لأن الأمر غير منضبط، وأما هنا ففيه مخالفة صريحة لما حدّ الشارع وهو ثمن المثل فلم يجوز النقص عنه توقع الربح.

(قوله بخلاف نقد غير البلد كما جزم به جمع متقدمون) أي كالوكيل قاله ابن الرفعة.

والحاصل أن جمعاً أحقوا نقد غير البلد هنا بالعرض فيجوز البيع به وآخرين فرقوا بأن العرض

وظهر الربح لأنه سفير كالوكيل (و) لا يشتري (زوجه) ذكرا كان أو أنثى بلا إذنه أيضا، والعامل فيما ذكر (كا) لقن المأذون له في التجارة (ولو) كان الإذن له (باشتر) ونحوه كتصرف في هذا المال خلافا للحاوي فله أخذ العرض والمعيب، ولا يشتري من ذكر لتضرر السيد إلا بإذنه فيصح ويعتق عليه إن لم يكن على (المأذون) دين وإلا فالأوجه عدم عتقه إن أعسر كالراهن وليس له رد المعيب بخلاف العامل لأن له تعلقا بالربح (وإن) قارض العامل غيره فإما أن يقارضه بإذن المالك أو لا فإن (أذن له) المالك وأطلق الإذن أو قيده بانسلاخه من البين (فقارض) وانسلخ وصير نفسه وكيلا في نصب الثاني عاملا وكان المال الذي بيده ما يجوز عقد القراض عليه صح، ويلزمه عند الإطلاق أن لا يقارض إلا أمينا خبيرا والربح هنا بين المالك والعامل الثاني فقط، وهل ينعزل المأذون له بمجرد الإذن؟ قال في المطلب: الأشبه نعم إن ابتدأه المالك وإلا فلا، وإن قارض غيره بالإذن (ولم ينسلخ أو ليشاركه) في العمل والربح (فسد) القراض الثاني إذ موضوع القراض المخالف للقياس أن يعقده المالك والعامل فلا يعدل إلى أن يعقده عاملان والربح جميعه للمالك والثاني عليه الأجرة لأنه لم يعمل مجانا ولا شيء للأول أما القراض الأول فيستمر على صحته كما بينته في الأصل.

ويفرق بينه وبين ما مر عن المطلب بأن الانسلاخ ثم صريح في العزل وهنا الانسلاخ (و) إن قارض غيره (بلا إذن) فسد وإن قصد انسلاخه لعدم الإذن وحينئذ هو (كغاصب) اتجر في المغصوب في أنه إن اشترى بعين مال القراض بطل الشراء وإن اشترى أو باع في الذمة صح ووقع للأول وحينئذ يكون (له ربح ما عقد بذمة) لأن الثاني تصرف عنه فأشبهه الوكيل. وهنا اعتراض للشارح الجوجري رددته ثم (ولعامله) وهو الثاني (أجرة) لعمله على الأول لأنه لم يعمل مجانا، ومن ثم لو عمل مجانا كأن قال له الأول وكل الربح لي لم تكن له أجرة كما لو اشترى في الذمة ونوى نفسه لأن الربح حينئذ له، ولو تلف المال بيد الثاني وجهل الحال فالقرار على الأول كالمستودع من غاصب (وإن) اشترى العامل المعيب مع علمه لمصلحة لم يرده أحدهما وإلا ولا مصلحة في الإمساك فلكل الرد وإن (رضي أحدهما بمعيب) لأن العامل صاحب حق وبه فارق الوكيل فإن اقتضت المصلحة الرد وجب فإن اختلفا في وجودها (فالأصلح) من الرد أو الإمساك هو المعتبر فيلزم الحاكم به، وكذا لو

مربح في كل بلد بخلاف نقد غير البلد من شأنه أن لا يربح إلا في محله، ومن ثم لو راج في البلد الذي يأخذه جاز كالعرض وكالبيع فيما ذكر الشراء به، ثم هذا كله ينافية ما مر أنه يجوز العقد بغير

تنازعا في الرد بخيار مجلس أو شرط وخرج بالأصلح ما لو استويا فيرجع لاختيار العامل على الأوجه (وإن سافر) العامل بمال القراض بلا إذن (أو ركب) به (بحرا) أو نهرا عظيما يزيد خطره على خطر البر كما بحثه الأذرعى (بلا إذن) له من المالك فيه لم يجز وإن أمن الطريق وظهرت مصلحة للخطر بخلاف ولي المحجور لعدالته واستقلاله ففوض الأمر إليه فيما يراه أصلح، وليس الإذن في مطلق السفر إذنا في ركوب البحر إلا إن عين له بلد إلا طريق له إلا ركوبه كما لو عقدا بمحل لا يصلح للإقامة أو وهما سائران فإن له السفر إلى المقصد الصالح أي مقصده حال عقد القراض كما هو ظاهر.

وقضيته أنه لو أراد السفر إلى مثله أمنا ومسافة لم يجز وهو محتمل تحكيما للقرينة لأنه إلا بإذن، وحيث تعدى أو سافر به بلا إذن (ضمنه و) ضمن (ثمنه) الذي باع به في السفر (وإن عاد) بأحدهما من السفر لأن سبب الضمان وهو السفر لا يزول بالعود ولأجل استمراره ضمن الثمن لوجوده عند قبضه وبه فارق عدم ضمانه ثمن ما تعدى به بغير السفر كالوكيل (و) إن تصرف في مال القراض في مقصده ولم ينه عن السفر إليه (صح) وإن كان مال القراض باقيا بعينه على الأوجه (بيعه) وسائر تصرفاته (بقيمته) ببلد القراض وبأكثر منها أو بقيمته بمقصده إن زادت على قيمة بلده أو سلوتها (لا) حال كونها دون قيمة (بلده) أي القراض بقدر لا يتغابن بمثله فلا يصح (وله) أي العامل حيث صح تصرفه (ما شرط) له من الربح وإن تعدى بالسفر للإذن له في التصرف مع بقاء عقد القراض.

أما إذا كان نهاء عن السفر لذلك البلد فلا يصح تصرفه فيه ولو سافر بإذن لم يبع بأنقص من بلد القراض إلا إن توقع ربحا فيما يعترض أو كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص (وعلى العامل نفقته) يعني مؤنته وإن سافر لأن له نصيبا من الربح فإن شرطها من مال القراض فسد العقد وينفق على مال القراض منه ولا يتصدق منه ولو ببقمة (و) عليه (نشر وطي) وغيرهما ما اعتيد أن يتولاه بنفسه كذرع وحفظ متاع بباب حانوت ونومه عليه بالسفر (وحمل خفيف) من المال ووزنه لقضاء العرف به وما عليه اللازم له، إما مباشرتها (أو أجرها) إن استأجر من يتولاه (وعلى المالك) في مال القراض، وفي نسخة وعلى المال وهي أخصر وأوضح (أجر) ما لم يعتد أن يتولاه العامل نحو (حمل) متاع (ثقليل) من مكان الحفظ إلى السوق وعكسه وأجر حمل في السفر إلى العود في مال القراض وإن خف

نقد البلد، وعلى ما قاله أولئك المتقدمون يشكل بما مر أول الباب أنه يجوز العقد به وقد يجاب عنهم

المحمول كما بأصله فعبارته أحسن (و) نحو (كيل ووزن) لثقل، وعليه أيضا مؤنة رد قن القراض إذا أبق وأجرة نحو حارس ورصدي وما يأخذه المكاسون هذا كله حيث (لم يباشره) المالك أو العامل بنفسه أو رقيقه أو دابته. أما إذا باشر أحدهما ما لا يلزمه توليه فلا أجرة له لتبرعه (وملك) العامل (بقسمة) للمال (الربح) المشروط له لا بظهوره وإلا كان شريكا في المال فيكون النقص الحادث بعد ذلك عليهما وليس كذلك فلما انحصر في الربح وفاقا دل على عدم الملك، وسيأتي أنه يملك أيضا بالفسخ مع النضوض وبالإتلاف (لا ريعا) أي زائدا (عينيا) كثمرة مال القراض ونتاجه ومهر إمامته بشبهة أو نكاح وولدهن القن وبدل منافعه وغير ذلك من كل زائد عيني حصل بغير تصرف العامل فلا يملك شيئا من ذلك قبل القسمة ولا بعدها بل يختص به المالك لأنه ليس من فوائد التجارة، بخلاف غير العينية كسمن وتعلم صنعه فهو مال قراض وكذا عينية حصلت بتصرفه بأن اشتراها مع أصلها، والملك بالقسمة ولو للربح وحده غير مستقر ومن ثم لم يجبر أحدهما عليها قبل الفسخ (و) إنما يستقر ملكه بأحد ثلاثة أمور: إما (بفسخ) للعقد مع القسمة والمال ناض فحينئذ (قر) أي ثبت واستقر بالفسخ (معها) أي القسمة لا بها وحدها لبقاء العقد قبل الفسخ مع عدم تنضيض المال حتى لو حصل بعدها نقص جبر بالربح المقسوم (أو) بالفسخ مع (نضوض) للمال وإن لم تحصل قسمة لارتفاع العقد والوثوق بحصول رأس المال وكنضوض الكل ما لو نض رأس المال فقط فيستقر به مع اقتسام الباقي والفسخ أو أخذ المالك رأس المال لذلك، والمراد بالنضوض مصير مال القراض من جنس رأس المال (أو بإتلاف مالك) بنحو إعتاق أو إيلاد وألحق به التلف بأفة فيملك العامل بالإتلاف حصته من الربح ملكا مستقرا ولو قبل قسمته لتأكد حقه.

وعلم ما تقرر أنه لا يستقر ملكه بقسمة العرض ولو مع الفسخ خلافا لما يوهمه صنيعه لأن العمل لم يتم إما إتلاف الأجنبي أو العامل فيبقى معه القراض في البديل المأخوذ والفرق بين العامل والأجنبي بأن له الفسخ فجعل إتلافه فسحا كالمالك، بخلاف الأجنبي يرد بأن في إتلافه بدلا قائما مقام المبدل فلم يتضمن الفسخ، بخلاف إتلاف المالك (و) العامل وإن لم يملك إلا بالقسمة لكن يثبت له حق مؤكد (يورث) عنه (بظهور) لأنه وإن لم يملك يثبت له حق التملك ويقدم به على الغرماء وعلى مؤنة تجهيز المالك لتعلق حقه بالعين ويصح

بأن النظر أولاً إلى النقدية لا غير لأنها أسلم من الغرر وهنا إلى الربح وعدمه لأنه المرجو بالعقد.

إعراضه عنه (ويجبر به) أي بالربح إذا ظهر ولم يستقر ملك العامل على صحته منه (نقص) لمال القراض بخسران أو عيب حادث فيه (وتالف) من رأس المال بعد التصرف فيه وإن كان تلفه بأفة على الأوجه أو بتعدي أجنبي تعذر أخذ بدله منه لأنه وقاية لرأس المال (لا) تالف منه (قبل تصرف) في المال ببيع وشراء فلا يجبر التالف بالربح بل الباقي هو رأس المال لأن العقد لم يتأكد بالعمل أما إذا أخذ بدله فيستمر القراض فيه ولكل منهما المخاصمة إن ظهر ربح وإلا فللمالك فقط، ومر أن القراض عقد جائز من الجانبين يفسخ بما مر في الوكالة، نعم يفسخ هنا باسترجاع المالك بخلاف استرجاع الموكل ما وكل في بيعه وبخلاف بيع المالك لمال القراض، لأنه إعانة له ثم إن فسخ أو انفسخ والمال نقد كقصد رأس المال أخذه المالك حيث لا ربح، وإلا اقتسماه كما شرطا (وإن فسخ) أو انفسخ والمال ليس كذلك (وجب) على العامل إن طلب المالك (رد) قدر (رأس المال إلى مثله) جنسا ونوعا وصفة وإن أبطله السلطان أو كان قد باعه بنقد على غير صفته أو لم يكن ربح لأنه في عهده رأس المال كما أخذه وذلك بأن يستوفي جميع الدين إن كان، ويبيع من العروض قدر رأس المال بنقد البلد إن كان مثل رأس المال جنسا ونوعا وصفة وإلا فبالأغبط منه ومن رأس المال فإن باع بنقد البلد حصل به رأس المال.

وخرج بطلب المالك ما لو لم يطلبه فلا يلزمه إلا أن يكون لمحجور عليه وحظه فيه وبرأس المال الزائد عليه فلا يلزمه تنضيضه كعرض اشترك فيه اثنان لا يكلف واحد منهما بيعه، نعم لو نقص الباقي بالتبعض وجب بيع الكل كما بحثه ابن الرفعة (وله) أي العامل عند الانفساخ ولا ربح (البيع) لمال القراض إذا توقع ربحا (من راغب) بزيادة على ثمن المثل وإن رضي المالك بإمساك العروض (لا) إذا أراد بيعا بعد الانفساخ (وثم) أي هناك (ربح بذله المالك) أي بذل نصيب العامل منه بأن قال له لا تبع ونقسمها بتقويم عدلين أو أعطيك قدر نصيبك ناضا ولم يزد راغب فيها فيمتنع البيع لأنه إذا جاز للمعير التملك كما مر لدفع الضرر فالمالك هنا أولى.

أما الشراء بعد الفسخ فلا يجوز بخلاف التنضيض ولو بغير إذن وارث في الموت أو ولي

في نحو الجنون اكتفاء بإذن العاقد بخلاف وارث العامل لا يملك ذلك إلا بإذن المالك، ولا يقرر وارث المالك العامل على القراض لأنه ابتداء قراض على العروض فإن نض المال ولو من غير جنس رأس المال جاز التقرير (و) حينئذ (يكفي وارثاً) للمالك أن يقول هو أو وليه للعامل أو وارثه أو وليه (قررتك) على ما كنت عليه أو كان عليه مورثك مع قبوله (ونحوه) كأبقيتك وتركتك واستصحبتك أو استمررتك على ما كنت عليه، وكالموت الجنون والإغماء فيقرر المال بعد الإفاقة منهما، ويجوز التقرير (في نقد) فيه ربح قبل القسمة لجواز القراض على المشاع، وكذا يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه في اليد فيختص العامل بربح نصيبه ويشارك في ربح نصيب الآخر، مثاله المال مائة وربحها مائتان مناصفة (فإن قرر) العقد مناصفة بأن قرر (بمائة) أي في مائة (ربحها مائتان) حال كون الربح أو المائتين (نصفين) بينهما شارك العامل وارث المالك بمائة فإن ربح (فتضاعف) مال القراض بأن بلغ ستمائة (فلكل) منهما (ثلاثمائة) إذ للعامل من الربح القديم مائة وربحها مائة ورأس المال في التقدير مائتان للوارث وربحها مائتان مقسوم بينهما.

ومن هنا علم أن العامل يملك حصته بالنضوض بعد ارتفاع العقد من غير قسمة وإذا استرد المالك بعض المال فإن كان قبل ظهور ربح وخسر رجع رأس المال لما بقي (و) إن كان بعد ظهور أحدهما (قرر) وفي نسخة قرت (حصة العامل) أي حكم باستقرارها (فيما رد ربحاً وخسراً) ففي الربح يستقر ملكه على ما يخصه فلا يسقط بما حصل من النقص بعد، وفي الخسر يوزع على المسترد والباقي فلا يجب جبر حصة المسترد من الخسر لو ربح بعد، وإذا أردت مثلاً للربح فقل (الأصل مائة وربح عشرين فرد) العامل على المالك ولو بعد مهلة أو أخذ المالك من غير رد (عشرين) فالربح سدس المال (فسدسها) أي العشرين المستردة (ربح) وهو ثلاثة وثلاث للعامل منه، والشرط المناصفة درهم وثلثان يستقر ملكه عليه حتى لو رد العامل تلك العشرين (ثم خسر) بعد الرد (عشرين) لانخفاض السوق فعادت المائة

(قوله ويكفي قررتك ونحوه في نقد) أي يجوز عقد القراض عليه ابتداء وإن كان من غير جنس مال القراض كأن كان الأول ذهباً والثاني فضة، ولا ينافيه قولهم لأن التقرير يستعمل لإنشاء عقد على موجب العقد السابق لأن المخالفة بين التقديرين في الجنس لا تنافي كونه استعمل كذلك.

(قوله فيه ربح) ليس بقيد لجواز التقدير وإنما هو توطئة للمتقن كما هو ظاهر.

إلى ثمانين لم يسقط نصيب العامل وهو درهم وثلثان (فللعامل) ما في يده (درهم وثلثاه) وهو حصته من الربح المسترد وللمالك منه ما عدا ذلك لتقرر نصيب العامل بالاسترداد فلا يجبر به نقص غير المسترد لتمييزهما فكأنهما مالان، واستشكل الإسنوي أخذه مما في يده بما أجبت عنه في الأصل فعلم أن باقي المأخوذ وهو ستة عشر وثلثان من رأس المال فيعود إلى ثلاثة وثمانين وثلث، هذا إن أخذ بغير رضا العامل أو برضاه وصرحا بالإشاعة أو أطلقا فإن قصد الأخذ من رأس المال اختص به أو من الربح فكذلك، لكن يملك العامل ما بيده قدر حصته على الإشاعة نبه على ذلك في المطلب (وإن) أردت مثالا للثاني فقل الأصل مائة (خسر عشرين فرد) بعد الخسر ولو بمهلة (عشرين) فعاد المال لستين فالخسر الخمس فحصته خمسة لأنه موزع على المسترد والباقي فلا تجبر الخمسة بالربح لتقررهما بالاسترداد وإنما يجبر به باقي الخسر وهو خمسة عشر فيصير رأس المال بعد الخسر خمسة وسبعين، والخمسة الزائدة في الصورة الآتية تقسم بينهما نصفين فللمالك سبعة وسبعون ونصف، فإذا رد العشرين (ثم ربح عشرين) فبلغ المال ثمانين (فخمسة وسبعون) من الثمانين (رأس المال وخمسة) وهي الباقي (ربح لهما) لما تقرر أن حصة كل عشرين من الخسر خمسة وأن حصة المسترد لا تجبر بالربح (وصدق عامل) بيمينه في تلف ورد لمال القراض ادعاء ولو بعد إخباره بالربح وأنكره المالك كالوديع بجامع أن المالك ائتمنهما لمصلحته، وانتفاع العامل إنما هو بالعمل دون العين وبه فارق المستأجر والمرتهن إذ لا يصدقان في الرد ولو ذكر سببا للتلف يأتي فيه تفصيل الوديع، نعم إن أخذ ما لا يمكنه القيام به ضمن ما تلف منه لتفريطه بأخذه.

قال الزركشي: وكذا سائر الأماناء، وقوله ورد متكرر فسيذكره في القضاء (و) في أصل أو قدر (ربح) لأن الأصل معه (و) في (خسر) مكن وإن أخبر قبل بربح لأنه أمين (و) في عدم (نهى) من المالك له عن شراء ما اشتراه بأن وافقه على الإذن في شراؤه ثم ادعى أنه نهاه عنه بعده لأن الأصل عدم النهي (و) في (نية شراء) للقراض وإن كان خاسراً أو لنفسه وإن كان رابحاً لأنه أعرف بقصده، فإن قامت في الثانية بينة أنه اشتراه بمال القراض بطل العقد على الأوجه، ولو تلف المال فادعى المالك أنه قرض والعامل أنه قراض صدق كما

أفتى به ابن الصلاح كالبعوي لأن الأصل عدم الضمان، فإن أقاما بينتين قدمت بينة المالك على الأوجه لأن معها زيادة علم (و) في (قدر أصل) أي رأس المال وجنسه وصفته سواء أكان في المال ربح أم لا، لأن الأصل عدم دفع الزائد على ما قاله، ولم يتحالفا لأنه لم يقع الاختلاف في كيفية العقد بل في القبض فصدق النافي وإذا صدق العامل في قدر الأصل (فإن قرض) المالك (رجلين) بشرط أن نصف الربح له ونصفه لهما سواء (و) اختلفوا بعد ذلك في قدر الأصل بأن (قال) المالك (الأصل ألفان والحاصل) أي والحال أن الحاصل عند الاختلاف (ألفان فصدق واحد) منهما المالك (وقال الآخر) بل الأصل (ألف) وآخذنا المصدق بإقراره وصدق المنكر بيمينه وهو يزعم أن الربح ألف (فله ربعه) وهو مائتان وخمسون (أو) اختلفوا (والحاصل) أي والحال أنه (ثلاثة) من الآلاف فالمنكر يزعم أن الربح ألفان (فله) إذا حلف ربعهما وهو (خمسمائة) لأنها نصيبه بزعمه وللمالك ألفان عن رأس المال لاتفاقه مع المصدق عليه يبقى خمسمائة للمالك ثلثاها (وللمصدق ثلثها) وهو مائة وستة وستون وثلثان لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك من الربح مثلا ما يأخذه كل عامل وما أخذه المنكر من الزيادة كالتالف (وتحالفوا) إذا اختلفا (في قدر المشروط) للعامل من الربح كالمبتاعين وبعد تحالفهما يفسخ العقد أحدهما أو الحاكم ثم يختص المالك بالربح أو الخسر ويلزمه للعامل أجره مثله وإن زادت على مدعاه، نعم لو كان القراض على محجوره ومدعاه دونها فلا تحالف، ولو اختلفا في أنه وكيل أو مقاوض صدق المالك بيمينه ولا أجره عليه للعامل (وإن أقر) العامل (بربح) قال ربحت كذا (ثم قال كذبت) لثلا ينزع المال من يدي (أو) قال (غلطت) في الحساب إنما الربح كذا أو تبينت أن لا ربح (لم يقبل) قوله وإن ذكر شبهة لأنه رفع للإقرار، نعم له تحليف المالك وإن لم يذكر شبهة لإمكان قوله (وبعده) أي ما ذكر من إقراره بالربح ودعواه الكذب أو الغلط (لو) ادعى التلف أو السرقة (أو) قال خسرت وأمكن) كان عرض كساد (قبل) قوله بيمينه وهو على أمانته لأنه لم يتعد في المال فإن لم يمكن لم يقبل كما لو فسر الخسر بتلف أو سرقة.

[باب في المساقاة]

وما يتبعها

وحقيقتها أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة الحادثة أو الموجودة لهما بشروط تأتي، والحاجة داعية إليها إذ المالك قد لا يتعهد والمتعهد قد لا يملك، وتسليم الأجرة مشق إذ قد لا يحصل ثمر بل هي أولى بالجواز من عقد القراض لأن عوضها وهو الثمرة يعتاد حصوله أكثر من عوضه وهو الربح، ومن ثم فارقت في لزومها ووجوب توقيتها، وبهذين أشبهت الإجارة وملك الثمرة فيها بالظهور، واعتبارها من الثلث إذا وقعت في المرض بأكثر من أجرة المثل، وأن ما يتلف من الشجر لا يجبر بالثمرة، وأن العمل فيها جميعه على العامل، وغير ذلك.

[وأركانها خمسة]: العاقدان، ومتعلق العمل، والثمر، والعمل، والصيغة.

الأول: العاقدان وشرطهما كالقراض، ومن ثم جاز للإمام أن يساقي فيما لا يعرف مالكة أو غاب.

الثاني: متعلق العمل وهو الشجر، و (إنما تصح المساقاة) استقلالاً (في نخل) بالنص إناث أو فحول (و) شجر (عنب) لأنه في معناه بجامع وجوب الزكاة وتأتي الخرص، بخلاف سائر الزروع والبقول والأشجار ومنها المقل على المعتمد، وعدل عن تعبير أصله بالكرم للنهي عنه، ولا يصح إلا عمل المساقاة، ثم إن توقعت الثمرة في المدة فله أجرة عمله على المالك وكذا أجرة أرضه وإلا فلا، ولو كان الغراس له والأرض للمالك لزمه أجرتها، ولا تصح إلا على (معين) في العقد (مرثي) لهما عنده فلا تصح على أحد الحائطين ولا على غير مرثي للجهل.

وفارق ما مر في القراض بأنه جائز وربحه من تصرف العامل وهذا لازم وربحه من عين الأصل فاحتيط له، وتصح في النخل أو العنب (ولو أثمر لا بصلاح) أي معه فلا تصح لفوات معظم الأعمال به بخلافها قبله لبقاء معظمها (و) تصح المساقاة (في غير) النخل والعنب من سائر الأشجار المثمرة تبعاً لهما قياساً على المزارعة، ومن ثم اتجه هنا اشتراط ما

يأتي فيها من اتحاد العقد وغيره (و) تصح (مزارعة) ولو علي زرع موجود لم يبد صلاحه في البياض المتخلل بين النخل والعنب (تبعاً) للمساقاة، ومن ثم لو تعمد ترك سقي الأرض ضمن ما تلف من الزرع لأنه في يده وعليه حفظه .

والمزارعة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك (لا مخابرة) فلا تصح استقلالاً ولا تبعاً للنهي عنها، وهي كالمزارعة إلا أن البذر من العامل، وإنما بطلت المزارعة استقلالاً للنهي عنها وصحت تبعاً (فيما تخلل) أشجار المساقاة من البياض بأن تشتمل الحديقة عليه وإن لم يحيط به الشجر لعسر الأفراد وهو محمل معاملته ﷺ لأهل خيبر .

وخرج بما تخلل غيره لانتفاء التبعية ومن ثم لم تصح تبعاً إلا (إن اتحد نفع) بأن انتفع الشجر بعمل المزارعة بحيث عسر أفراد الشجر بالسقي والبياض وإن كثر بالمزارعة كما أفادته عبارة أصله فهي أحسن، فإن تيسر الأفراد امتنعت إذ لا حاجة (و) اتحد (عامل) لهما وإن تعدد لأن انفراد كل بعامل يزيل التبعية (و) اتحد (عقد) لأن تعدده يزيلها أيضاً، ويشترط مع ذلك تقديم المساقاة كساقيتك وزارعتك فإن عكس أو فصل بينهما لم يصح إذ لا تبعية، ولا يضر التفاوت المشروط فيهما، والغلة عند بطلان المخابرة أو المزارعة لصاحب البذر لأنها نماء ملكه فإن كان للعامل لزمه أجره أرضي المالك أو للمالك لزمه أجره مثل العامل وآلاته وإن تلف الزرع بأفة على الأوجه .

ويفرق بينه وبين قول المتولي في نظيره من الشريك لو تلف الزرع بأفة لم يلزمه شيء وصوبه النووي وإن قال الرافعي إنه لا يخفى عدوله عن القياس الظاهر انتهى بأن الشريك أقوى فأسقط تلف الزرع الأجر عنه بخلاف العامل هنا، ولجعله لهما من غير رجوع بشيء من الجانبين طرق في الأصل وإنما تصح المساقاة إن كانت (مؤقتة بمعين) أي بزمان معين تبقى فيه العين للاستقلال غالباً كالإجارة فلا تصح مؤبدة ولا مطلقة ولا مؤقتة بمجهول كإدراك الثمر، وإنما يصح تأقيتها بزمان (تثمر فيه) الأشجار المساقى عليها (غالباً) عند الخبراء بشجر تلك الناحية لحصول المقصود فإن قدر دونه لم تصح لخلوها عن العوض، ولا أجره له إن علم أنها لا تثمر في ذلك الزمن وإلا بأن استوى الاحتمالان أو جهل الحال استحقتها، وتصح على سنين وإن لم يقدر لكل حصة أو فاوت بينها ولو شرط ثمرة سنة معينة منها والأشجار بحيث تثمر كل سنة بطلت بخلاف ما لو ساقاه زمنا كعشر سنين لتكون الثمرة بينهما فإنه

يصح (ولو) لم يتوقع إلا (آخره) كالعاشرة في هذا المثال والسنون حينئذ بمثابة أشهر السنة، وفارقت ما قبلها بأنه شرط هنا سهم من جميع الثمرة بخلافه ثم ولا شيء له في ثمرة ما قبل العاشرة، وتصح المساقاة (و) لو (مع شريك) في الشجر إن شرط له زيادة على نصيبه من الثمرة كما علم من قوله في القراض كثمرة بمساقاة ولم يشترط معاونته له في العمل، فلو ساقاه والشجر بينهما نصفان على الثلثين مثلا أو شرط له ثلث ثمرته كان كأنه ساقاه على ثمرته بالثلث أو على النصف فأقل فقد ساقاه بلا عوض فلا أجرة له.

والأوجه صحة مساقاة أحدهما على نصيبه أجنبيا ولو بغير إذن الآخر أما إذا شرط معاونته له فتبطل ولا أجرة لمن عمل غير طامع.

الركن الثالث: العمل الآتي بيانه، ويشترط انفراد العامل باليد والعمل في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء كما في القراض (و) من ثم صحت (بشرط إعانة عبده) أي المالك العامل أو أجييره بتفصيله السابق ثم، ونفقة قن المالك عليه فإن شرطت في الثمرة مع تقدير جزء معلوم جاز وإلا فلا، أو على العامل بأن شرط عليه إعانته له (بطعم) أي في مقابلة إطعامه له جاز وإن لم يقدر اكتفاء بالعرف لأنه يتسامح بمثله في المعاملات، وصحت بشرط إعانة عبده أو أجييره (لا) بشرط إعانته (هو) أي المالك لما مر (ولا) بشرط إعانة (أجيير) يستأجره العامل (عليه) أي المالك ليعمل معه لأنه خلاف قضية المساقاة، ومن ثم لو جعلت الأجرة من مال العامل صح، ولمن ساق في ذمته أن يعامل غيره بخلاف من ساق على عينه كالأجيير فيهما.

الركن الرابع: الثمر، ويشترط اختصاصهما به بشركة معلومة بالأجزاء كما مر مستوفى في القراض.

الخامس: الصيغة، وإنما تصح المساقاة (بنحو ساقيت) بك على هذا النخل أو سلمتها إليك لتتعهدا بكذا أو (عاملت) بك عليها بكذا أو تعهدا بكذا، والأوجه أن هذه الثلاثة الأخيرة صرائح، وتنعقد بما ذكر (لا بأجرت) يعني لا بلفظ الإجارة إذا قصد به المساقاة لأنه صريح في عقد آخر فإن أمكن تنفيذه في محله بأن وجدت شروط الإجارة صح بلفظها كما بينته في الأصل مع تحرير القاعدة المشهورة وهي إن ما كان صريحا في بابه ووجد نفاذا في موضوعه لا يكون كناية في غيره (و) لا بد مع الإيجاب بصيغة ما مر أو نحوه من (قبول)

من العامل كسائر عقود المعاوضة اللازمة، وإذا وجدت بشرطها السابق في البيع من الاتصال وعدم المخالفة في المعنى صحت وإن كانت (بلا تفصيل عمل) فيها، ولو عقدت بغير لفظ المساقاة على الأوجه (اكتفاء) عنه (يعرف) يغلب في تلك الناحية إن (عرفاه) أي عرفا تفصيله إذ المرجع فيه إليه فإن جهله أحدهما وجب التفصيل ولا يكفي العلم بأن ثم عرفا ضابطا يرجعان إليه عند التنازع من غير معرفتهما لتفصيله.

ويفرق بين هذا وما مر في السلم وكأنه هو ملحظ القنوني في قوله أخذا من عبارة الحايوي بالاكتفاء هنا بذلك بأن الغرر هنا أعظم لانعدام المقصود عند العقد فاحتيط أكثر (وعرفا) أي المتعاقدان (شجرا تنوع إن شرط تفاوت) كصيحاني وبرني جعل له في الأول النصف والثاني الثلث فيشترط معرفة فرد كل منهما ولو تخمينيا، فإن لم يتفاوت كالنصف من كل جاز وإن جهلا قدرهما للعلم بقدر حقه هنا بالجزئية، وإنما المجهول النوع والصفة، وثم القدر مجهول أيضا لاحتمال اختلاف ثمرتهما قدرا فيكون قدر ماله من ثمرة الكل مجهولا لاحتمال أن للمستحق نصف الأكثر وثلث الأقل أو عكسه والأول أكثر من الثاني (ولزمت) المساقاة بالعقد كالإجارة بجامع أن العمل فيهما في أعيان تبقى بحالها بخلاف القراض (وملك) عاملها (حصته) من الثمرة (بظهور) إن جرت قبله، بخلاف القراض لأن الربح فيه وقاية لرأس المال فإن جرت بعده ملكها بالعقد وإذا صحت لزم العامل أشياء وكذا المالك (و) ضابط الأول أنه يجب (عليه ما) أي كل فعل (يتكرر) كل سنة (كسقي) فإن تعمد تركه والعقد صحيح ففسد الشجر ضمنه لأنه في يده وعليه حفظه (و) كل فعل (يحتاجه ثمر) لتنميته كسقي أيضا فلو أخره كان أولى، وإصلاح مجاري الماء ومحلله حول الشجر وإدارة الدولاب وفتح رأس القناة وسدها وتقليب الأرض بالمساحي وبالحرث في المزارعة وتقويتها بزبل اعتيد وتلقيح وقطع مضر كحشيش وجريد وتنحيته لتصيب الشمس الثمرة (كحفظ) للثمرة إلى أن تؤخذ من الجرين (وجداد) وتجهيف (وترفيع) بالفاء على ما في نسخة أي تعريش وهو رفع العناقيد عن الأرض، وإنما يجب كل من الحفظ وما بعده (إن) شرط على العامل أو (اعتيد) كما يقتضيه كلام الشيخين، لكن نوزعا بأن هذا ليس من محل الخلاف إذا النافي لوجوبه لا يسعه مخالفة العادة أو الشرط فمحل التصحيح إنما هو عند انتفائهما وحينئذ فالأولى رفع ترفيع وإنه بالقاف كما في نسخة صحيحة عطفًا على ما ليفيد أن ترفيع ثلم الجدار اليسيرة لا يلزم العامل إلا إن اعتيد فهو كوضع الشوك عليها على

(قوله بأن الغرر هنا أعظم) قضيته أنه لا بد هنا من معرفة عدلين كالسلم. ويجب بأن هذا يغني

من اعتيد كونه عليه منهما، ونص الأم أنه على المالك محمول على ما إذا اعتيد أنه عليه .

وبحث أن ما ذكره على العامل لو اطردت به العادة أنه على المالك يلزمه بخلاف ما يأتي فيما على المالك لا يلزم العامل ما اعتيد منه أنه عليه لأن جانب العامل ضعيف فأثرت فيه العادة الطارئة بخلاف جانب المالك وفيه نظر، بل الوجه أن ما نصوا على أنه على العامل أو المالك ولم يعملوا فيه على عادة لا ينظر لعادة مخالفة له لأنها طارئة على عرفهم والعبرة به لا بما طرأ عليه كما يصرح به كلامهم في الوصية والإيمان وغيرهما، وضابط الثاني أنه يلزمه الأعيان كقطع تلقيح وقصب تعريش وظروف العناقيد التي تقيها من نحو الطير والمنجل والمعمول وآلة الحرث، وما يقصد به حفظ الأصل كبناء وحفر نهر جديد، وشرط ما على واحد الآخر مبطل فإن عمل بإذن فله الأجرة، وفارق اغسل ثوبي الآتي بأن هذا تابع لعمل فيه الأجرة بخلاف ذلك، ولا يكلف المالك رد ما انقطع وإن أمكنه كما لا يلزم الشريك العمارة، وإذا تقرر أن المساقاة لازمة (فإن هرب) العامل أو عجز أثبت المالك ذلك عند القاضي وحينئذ فإن لم يتبرع عنه أحد (استأجر بماله قاض) من يعمل أو يتم لأنه دين عليه هذا إن كان له مال غير الثمر وإلا باع منه ما يفي بالأجرة إن بدا صلاحه (ثم) إن لم يكن له مال ولا بدا الصلاح (اقترض) القاضي من المالك أو غيره لتعذر بيع نصيبه وحده للحاجة إلى شرط قطعة وتعذره في الشائع واكثرى عنه هذا إن لم يجد من يعلم بأجرة مؤجلة وإلا استغنى عن الاقتراض .

وبحث جمع أنه لا يقتض في الواردة على العين لتمكن المالك من الفسخ (ثم) إن تعذر الحاكم لنحو غيبته فوق مسافة العدوى أو لتعذر الإثبات عنده استأجر (المالك) من يتم العمل (أو عمل) بنفسه (ليرجع) على العامل بالأجرة في كل من صورتين (و) إنما يرجع إن (أشهد) على العمل أو الاستئجار وإنه عمل أو بذل ليرجع أو يشترط الرجوع للضرورة حينئذ (وإلا) يكن ذلك بأن عمل أو استأجر مع إمكان القاضي أو لم يشهد ولم يشترط الرجوع (فمتبرع) فلا يرجع بشيء لعدم الضرورة وإن عدم الشهود لأنه نادر .

والأوجه أنه لو استأجره الحاكم أو أذن له في الإنفاق فأنفق ليرجع رجع (كأجنبي) تطوع بنيابته عنه ووافق المالك أو بمؤنة العمل فلا أجرة له لتبرعه، ولا يتعين ما مر من استئجار المالك أو عمله بل إن شاء فعل أحد هذين (أو فسخ) لكن قبل أن يثمر الشجر لتعذر استيفاء المعقود عليه فعلم أن فسخ معطوف على استأجر المقدر بعد ثم وإن شرط

عن قولهم لا بد في العرف الذي عرفاه أن يغلب في تلك الناحية فإننا حيث اشترطنا غلبة عارفيه ثم

تخيير المالك بين هذه الثلاثة تعذر الحاكم، فما أوهمه كلام غير المتن إن فسخه مشروط بتعذر الاقتراض والاكتراء والإنفاق والعمل المراد منه في الأولين تعذر ذلك بتعذر القاضي لأنه الذي يتولى الاستئجار من مال العامل أو ما يقترضه، وفي الأخيرين تعذر الإنفاق والعمل من غير المالك والمتبرع.

أما استئجار المالك من مال نفسه وعمله بنفسه فهو لا يتقيد بفقد القاضي إلا من حيث الرجوع وأما من حيث إنه مخير بينهما وبين الفسخ وقد تعذر القاضي اللازم من تعذره تعذر تلك الأربعة كما تقرر فلا وجه لمنعه حينئذ من أحد الثلاثة المذكورة فتأمله فإن بين ظاهر المتن وغيره ما يتبادر منه التنافي لولا ما ذكرته من التأويل والحمل جمعا بين العبارات (لا إن أثمر) الشجر ولم يبد صلاحه فلا يفسخ لأجل الشركة ولا تباع الثمرة بشرط القطع لتعذره كما مر آنفا وله الفسخ (ولو وجود متبرع) بالعمل أو بمؤنته ولو ولد العامل لأنه قد لا يأتمنه ولأن عليه منة في قبوله فهو كتبرع غرماء مفلس بأداء ثمن المبيع من عين مالهم ولا يلزم المالك القبول، نعم لو أتم العمل ولم يعلم به المالك أو علم ورضي به فلا فسخ (و) إذا فسخ لنحو هربه (سلم) بالتشديد للعامل (أجر) مثل (عمله) الواقع قبل نحو الهرب لا حصة ما عمله من الثمرة للجهد بها عند العقد فلم يقتض التوزيع فيها (كان استحق شجره) مع ثمره أو ثمرته المساق عليها فإن للعامل أجره مثله إن جهل الاستحقاق على من ساقاه ويطالب العامل أيضا لأن اليد له وقرار ضمان نصيبه عليه، وإنما لم يطالب أجير للعمل في مغصوب لأن اليد حقيقة لمستأجره فقط (وإن مات) العامل في أثناء المدة (وهي) أي والحال أن المساقاة على عينه انفسخت أو (بذمة) أي معقودة في ذمة العامل لم تنفسخ كالإجارة و (تم وارث) العمل إن شاء وإن لم تكن تركة (ويجبر) الوارث على الإتمام (إن خلف) مورثه وهو العامل (تركة) لأنه حق عليه فلزم أدائه من تركته كغيره، ويمكنه المالك إن كان أمينا وإلا استأجر الوارث عنه من تركته فإن امتنع فالحاكم (والعامل أمين) فيصدق بيمينه إن ادعى عليه خيانة في معين وإلا لم تسمع دعواه إلا إن قصد رفع يده وحينئذ (فإن) ثبت أنه (خان) ولو بيمين الرد (ألزم) من جهة الحاكم (أجرة مشرف) يستأجر ليراقبه لأنه المحوج لذلك بخيانتته ولا ترفع يده (فإن لم يفد) المشرف بأن لم يتحفظ به (فد) يلزم أجره (عامل) يستأجر عليه ليعمل عنه وترفع يده لتعذر استيفاء العمل منه وهو حق عليه، نعم إن كان العمل على عينه تخيير المالك على ما بحثه الأذرعى وغيره.

لم يحتج إلى معرفة عدلين، ولكون الغرر هنا أعظم اشترطت الغلبة هنا لا ثم.

[باب في الإجارة]

بتثليث الهمزة والكسر أشهر من آجره بالمد يؤجره إيجارا أو بالقصر يأجره بضم الجيم وكسرها أجزا.

وهي لغة اسم للأجرة، وشرعا عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم، وبينت في الأصل ما خرج به.

والجواب عما أورد عليه وأن العقود عليه سواء إجارة الذمة والعين هو المنفعة لا محلها وإن الخلاف في ذلك ليس خلافا محققا من كل وجه وإن أبدى له فوائد كثيرة.

[وأركانها أربعة: الأول: العاقدان] وشرطهما كالتبايعين إلا أن للكافر استئجار المسلم وإن أمر بإيجاره لمسلم في العينية كما قدمه، وبه يعلم أنه لم يغفل شرط العاقدين هنا بل استغنى بذلك المعلوم منه أنهما كالتبايعين عن التصريح به هنا، وللسفيه على ما قاله الماوردي والرويانى أن يؤجر نفسه لما لا يقصد من عمله كالحج كما له التبرع به بل أولى، ولا يصح اكتراء العبد نفسه من سيده وإن صح شراؤه نفسه منه كما أنتى به النووي، ويوجه بأن الثاني إنما جاز على خلاف القياس لمصلحة العتق والأول ليس فيه ذلك.

الثاني: الصيغة من إيجاب وقبول، وشرطهما ما مر في البيع بتفصيله إلا عدم التأقيت فحينئذ (صحة) عقد (إجارة) لا يكون إلا (إيجاب كأجرت) ك أو (أكرت) ك هذه أو منفعتها شهرا بكذا، وهذان لا بالنظر لذكر ما يؤجر لأن ذكره معين لأحد النوعين الآتين يصلحان لإجارة العين وهي الواردة على عين كدابة معينة لركوب أو شخص معين لنحو خياطة، وإجارة الذمة كدابة موصوفة لركوب أو حمل وإلزام ذمته عملا كخياطة كذا أو حملة مثلا، ولا يتصور في العقار لأنه لا يثبت في الذمة بدليل منع السلم فيه فالمراد بالعين هنا مقابل الذمة، وفي قولهم موردها المنفعة لا العين مقابل المنفعة فلا تنافي، وشهرا فيما ذكر ليس مفعولا فيه لأجر مثلا لأنه إنشاء زمنه يسير بل لمقدر أي أجرتك وانتفع به شهرا كما قيل في قوله تعالى ﴿فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةَ عَامٍ﴾ أن التقدير وألبته مائة عام أو (ألزمت) بضم التاء (ذمتك) كذا وهذا يختص بإجارة الذمة، وعدّ إيجابا مع أنه من المستأجر لأنها سلم في

المنافع والإيجاب في السلم من جانب المسلم أو (ملكتهك منفعتها) أي سنة بكذا أو (آجرتكها) أي آجرتك منفعتها، وهذان يختصان بإجارة العين، وأفاد بذكر الكاف عدم انحصار الصيغ فيما ذكر إذ منها عاوضتك، وبذكر المنفعة مع التملك أنه لا يصح إضافته إلى العين، وذكر الملك في الأولى تصريح بمقتضى العقد، والمنفعة في الثانية تأكيد من حيث إنه ليس لها مورد إلا هي، فلا يرد عليه أن فيه فائدة هي تعين كونها إجارة عين كما تقرر (لا بعتهك) منفعتها شهرا بكذا لأن لفظ البيع وضع لتمليك العين، لكن الأوجه أنه كناية بل بحث الإسنوي أنه صريح، وصححه الأذرعى وغيره لأنها صنف من البيع (و) لا بد مع الإيجاب من (قبول) متصل به موافق له في المعنى كما في البيع، وينعقد بالكناية مع النية كاسكن هذه أو أعطيتك أو جعلت لك منفعتها شهرا بكذا، كذا مثل به الزركشي وكأنه أخذه من نظيره في البيع، لكن الفرق واضح فإن جعلته لك بكذا يحتمل غير البيع احتمالا ظاهرا وجعلت لك منفعتها سنة بكذا لا يحتمل غير الإجارة كذلك فكان القياس أنها صريحة وكان هذا ملحظ شيخنا حيث قرنها بذكر الصرائح ولم يبين أنها كناية، ومنها الكتابة، وإشارة الأخرس إن اختص بفهمها الفطن.

الثالث: الأجرة، فلا يصح عقد الإجارة إلا (بأجر) مذكور فيه ثم ذلك الأجر (له حكم ثمن في) إجارة (عينية) فلما في الذمة حكم الثمن الذي في الذمة من نحو جواز استبدال عنه وحوالة به وعليه وإبراء منه وتعجيله وتأجيله ووجوب ضبطه ووصفه، وللمعين حكم الثمن المعين في شروطه كالرؤية وإن سبقت العقد بشرطها السابق أو لم يعرف قدره وامتناع تأجيله وفي أنه يملك في الحال، ويجب تسليمه في محل العقد حيث لم يعين غيره لا في مجلسه وإن كان في الذمة والعينية (كاستأجرتك) بكذا للإضافة إلى المخاطب فإن زاد عينك أو نفسك فعينية قطعاً (و) له (حكم رأس مال سلم في إجارة ذمة) وإن لم تعقد بلفظ السلم لأنها سلم في المنافع فيجوز كونه معيناً وإن لم يعرف قدره وفي الذمة، ويجب قبضه في المجلس مطلقاً بتفصيله السابق في رأس مال السلم فلا يبرئ منه ولا يستبدل عنه ولا يحال به ولا عليه ولا يؤجل فعلم أنه لا بد فيه من أن يكون معلوماً، والحج بالرزق ليس إجارة بل هو نوع من التراضي والمعونة، وأنه يجوز كونه منفعتة كدار بمنفعة دارين، وأنه لو أجر حلي ذهب بذهب جاز وإن لم يقبض في المجلس إذ لا ربا في المنافع، وأن المكتري يملك

بنفس العقد لكنه ملك مراعى بمعنى أنه كلما مضى زمن على السلامة بان أن المؤجر استقر ملكه من الأجرة على ما يقابل ذلك إن قبض المكتري العين أو عرضت عليه فامتنع وأنه يستحق استيفاءه إذا سلم كالثمن، وأن المؤجل إذا حل وقد تغير النقد عما وجب بالعقد بالنص أو بالحمل وإن أبطله السلطان وصار لا قيمة له ووقع هنا في بعض العبارات ما يوهم خلاف المراد فاحذره، ويجري ذلك في نحو البيع والقر وكذا الجمالة فالعبرة فيها بالغالب بمحل العقد أو أقرب محل إليه يومئذ لم يجب غير ما وجب بالعقد بالنص أو بالحمل عليه بأن كان هو الغالب عند قول المالك من رد الخ، والعبرة في أجرة المثل في الفاسدة بمحل إتلاف المنفعة (ومطلقة) أي الأجر بأن لم يذكر معه تأجيل ولا تعجيل في إجارة عين أو ذمة (حال) كالثمن المطلق فإن قيد بتعجيل أو تأجيل اتبع، نعم العين لا يمكن تأجيله فيمتنع شرطه فيه (وبطلت) إجارة حمام مثلا على أن يعتاض عن مدة عمارته أو على أن تحسب عليه وإن علمت، أو دار (بعمارة) لها أو بدراهم معلومة على أن يعمرها ولا يحسب ما ينفق من الأجرة أو على أن يصرف الدراهم في عمارتها وإن علمت العمارة خلافا للإسعاد فقد قال ابن الرفعة إن هذا كبيع الزرع على أن يحصده البائع لأنه بيع وشرط عمل فيه يقصد مثله في الأملاك، وإذا فعل المشروط رجع بأجرته وبما صرفه لأنه أنفقه بالإذن بشرط العوض.

وخرج بما ذكره ما لو أطلق العقد عن ذكر شرط صرف الأجرة ثم أذن له المؤجر في صرفها في العمارة فإنه يجوز وإن اتحد القابض والمقبض لوقوعه ضمنا، ويصدق المنفق إن ادعى محتملا، وكذا يقال في علف الدابة (و) بطلت أيضا لعمل (بجزء ما عمل فيه) الأجير لا في الحال كاكترائه لطحن أو رضاع بجزء من الدقيق أو القن الرضيع بعد الفطام للنهي عن قفيز الطحان وفسر بذلك، أما في الحال فيصح وإن صارت المرضعة شريكة للمكتري في الرضيع لأنه لا يضر وقوع العمل في المشترك ونص الأم على المنع محمول على ما إذا كان الاستئجار على كله ببعضه ولو حالا لوقوع العمل في ملك غير المكتري قصدا فعلم بطلان أكثرية لتطحن لي هذه الويبة بربعها، بخلاف أكثرية بربعها لتطحن لي باقيةا.

الركن الرابع: المنفعة، وكونها المقصودة هو الأصل، وقد تستتبع عينا لضرورة أو حاجة فلا تصح باعتبار الأول إلا (في محض منفعة) حالية فلا يصح استئجار جحش صغير لأن

وضع الإجارة على تعجيل المنافع (متقومة) شرعا (مقدورة التسليم) أو التسليم ولو عبر به لكان أولى كما علم ما مر في البيع (شرعا) ومن لازمه القدرة عليها حسا (معلومة تقع للمستأجر) أو نائبه، وسيأتي بيان كل من هذه القيود مع محترزه (و) لا باعتبار الثاني إلا (في امرأة) ولو صغيرة استؤجر ومثلها الرجل (لرضاع) ولو للباء وإن نفى الحضانة الكبرى، ولا نظر إلى كون اللبن عينا لأنه تابع لما تناوله العقد وهو فعلها للحاجة وعظم المشقة في شرائه على أنه يتوقف على الحلب، ولا تتم التربية بالمحلوب والاستئجار للإرضاع مطلقا يتضمن استيفاء اللبن ومقدماته كوضعه في الحجر وإقامه الثدي وعصره له وهي الحضانة الصغرى دون الكبرى الآتية.

أما استئجار بهيمة لإرضاع سخلة أو طفل فلا يصح لعدم الحاجة (و) إلا (في) استئجار قناة للزراعة بمائها الجاري إليها من النهر للحاجة، ومن ثم لم يصح استئجار قرارها لما سيحصل فيها بنحو مطر كبركة أو أرض لأخذ ما يدخلها من نحو سمك أو يتوحد بها من صيد، فإن استأجرها لإجراء ماء أو لحبسه فيها حتى يجتمع فيه سمك فيصطاده صح وإلا في استئجار (بئر لاستقاء) من مائها وإن لم تكن تابعة لغيرها للحاجة، ومثلها أرض لها شرب اعتيد استئجارها معه فعلم أن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة قصدا بل تبعا للحاجة، بخلاف نحو بستان لثمرته وعن هذا احترز بمحض منفعة، واشترط كونها متقومة ليحسن بذل المال في مقابلتها كاستئجار ريحان لشم وطائر للإنس بصوته أو لونه وشجرة للاستظلal بظلها على الأوجه (لا) يباع للتلفظ بمحض (كلمة) أو كلمات يسيرة على الأوجه ولو إيجابا أو قبولا أو من طبيب لدواء ينفرد به (بلا تعب) يحصل له بها لكون ذلك المبيع مستقر القيمة مثلا وإن روجت السلعة إذ لا قيمة لها فإن تعب فله أجره المثل لأن العقود عليه لما لم يتم إلا به نزل منزلته مع كونه تامعا.

أما ما يتعب كالمختلف الثمن باختلاف المتعاقدين فيصح الاستئجار له والفعل الذي لا تعب فيه كالكلمة التي لا تعب فيها، نعم في الإحياء: يجوز أخذ الأجرة على ضربة من

(قوله تقع للمستأجر) أي بطريق القصد فلا يضر وقوعها لغيره بطريق التبعية كما لو استأجر المالك الغاصب على رد الآبق من يده، فإن في هذا الرد منفعة لغير المستأجر من حيث سقوط ضمان العين عنه بالرد على المالك لكنها تابعة لا مقصودة كما هو واضح.

(قوله نعم في الإحياء إلخ) خالفه البغوي فقال: في تلك الضربة لا يصح الاستئجار لها. قال

ماهر ينصلح بها اعوجاج سيف أي وإن لم يكن فيها مشقة لأن من شأن هذه الصنائع أن يتعب في تحصيلها بالأموال وغيرها بخلاف الأقوال، وأيضا فقول الطبيب ينشأ عن علم وهو لا ينتقل لغيره بخلاف تلك الضربة فإن من رآها فقد يدر كها بمجرد رؤيتها فانتقل إليه العلم برؤيتها (ولا) تفاحة للششم بخلاف تفاحات لشمها وقع لأنها قد تفضل كثيرا من الرياحين، ولا لأجل (تزيين بطعام ودراهم) ودنانير لأن منفعة نحو التزيين بها لا تقابل بمال (لا) حال كونها (بعري) تعلق بها كما بحثه الأذري، لأنها حينئذ حلي واستئجار الحلي صحيح (و) لا لأجل (نفع كلب) بنحو صيد إذ لا قيمة لمنفعته شرعا، بخلاف هرة لدفع فأر ونحو فهد لصيد، واشترطت القدرة على تسليم المنفعة كالبيع فلا يصح استئجار نحو مغصوب لا يقدر أحد المستأجرين على انتزاعه عقب العقد وعين غير قارئ ليعلم قرآنا وإن اتسعت المدة وعين أعمى لحفظ ما يحتاج لنظر (ولا أرض زرع) قال ابن الرفعة: ومثلها الحمام (بلا ماء) دائم أو (غالب) لعدم القدرة على تسليمها حينئذ كما لو كانت بشط نهر وغلب إغراقه لها وانهيأها فيه، بخلاف ما إذا كان لها ماء أو نداوة تلج تكفيها ويوثق به عادة كأن غلب حصوله فيها من نحو مطر معتاد وكأرض تروى من خمسة عشر ذراعا من النيل قال السبكي: أو من ستة عشر أو سبعة عشر لغلبة كل منها أيضا بل الآن يغلب أكثر من ذلك: ويصح استئجارها للزرع قبل انحسار الماء عنها وإن منع رؤيتها لأنه لمصلحتها، لكن يشترط أن يوثق بانحساره عنها، ويدخل نصيبها من الماء إن اعتيد دخوله أو شرط فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى لم يصح العقد إلا إن كان لها شرب غيره (فإن) قطع العاقد احتمال الزرع بأن (نفاه) ولو ضمنا كأن قال لتنزل فيها أو على أن لا ماء لها صح لأنه عرف بنفيه أن الإجارة لغير الزراعة، لكن محله إن ضم لذلك قوله لتنتفع بها وإلا اشترط بيان المنفعة.

أما إذا لم ينفه فلا يصح وإن علما انتفاه لأن عادة مثلها الزراعة فاحتيج لصارف لفظي، ولو قال أجزتها للزراعة ولا ماء لها غالب فالأوجه أنه إن أمكن إحداث ماء لها بحفر بئر أو نهر صح أو توقعه من نحو مطر نادر فلا، وإذا صحت إجارتها لكونه نفاه وضم إليه ما ذكر (فله) من أنواع الانتفاع (غير غرس وبناء) لأن مقتضى ذكر المدة التفرغ عند انقضائها وهما للتأبيد فاشترط التصريح بهما أو ذكر ما يعمهما، ومن ثم كان له بسبب قول مؤجره له (انتفع ما

الأذري: والمختار ما قاله الغزالي.

(قوله ودراهم) أي وذهب، ويتردد النظر في استئجار ذهب ليجعل مع طعام يطبخ لأنه لا وقع له

شئت) فكيف شئت في أرض لها ماء وغيرها (كل) من هذين وغيرهما عملاً بالعموم لكن بشرط عدم الإضرار بأن لا يوالي زرع نوع واحد كل سنة لأنه مضر.

وبما تقرر علم أن الأرض حيث صلحت لأكثر من منفعة اشترط عند عدم التعيين بيان المنفعة المستأجر لها أو لمنفعة فلا كالدار لا يجب تبين ما يستأجرها له لتقارب السكنى ووضع المتاع فيها، ولأن العقد يحمل على المعهود في مثلها فلا يسكنها بما لا يليق بها، ولو عين نوعاً كالزراعة أو البناء أو الغراس تخير بين أي أنواعه شاء لتقاربها، نعم يلزم المؤجر عن غيره البيان كما بحثه الزركشي لأنه الاحتياط، ويصح إن شئت فاغرس أو ازرع لرضاه بأشدهما ضرراً فيتخير بينهما وما لا يقدر على تسليمه حالاً إجارة العين على مستقبل (و) من ثم (لا) يصح إجارة (لمستقبل في) إجارة (عينية) كأجرتك هذه سنة من غد أو نحو دار لا دابة ما يرفه ليلاً الأيام دون الليالي كبيع العين على أن يسلمها غداً.

أما إجارة الذمة فيجوز تأجيل العمل فيها كالسلم، ومن ثم لو أطلقها كانت حالة مثله ولا تصح لمستقبل (إلا) في صور أن يؤجر داراً بها أمتعة يمكن تفرغها في مدة ليس لها أجرة أو العين زماً مستقبلاً (من مستأجر) له كأن أجر زيدا داراً سنة ثم في أثنائها آجره أيضاً سنة تليها لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر، بخلاف إيجارها من غيره ولا يؤثر فسخ الأولى لعروضه، وخرج بأثنائها أجرتكها سنة فإذا انقضت فقد أجرتكها سنة أخرى فلا يصح العقد الثاني.

وأفهم كلامه أنه لو استؤجرت دار من مستأجر سنة فللمالك أن يؤجرها السنة الأخرى من الثاني لأنه المستحق الآن للمنفعة لا من الأول على المعتمد، وكذا لمشترأ أو وارث بإيجار ما أجره البائع أو الميت من المستأجر لذلك كما بينت ذلك في الأصل مع بيان أنه لو شرط الواقف منع الإجارة فوق ثلاث فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد صح (أو) يؤجر دابة عينا أو ذمة (متعاقبين) بأن يؤجرها لواحد معاقبة بينهما ويسكتا أو يشترطا ركوب أحدهما أو المكتري أو لا فيصح والتأخير الواقع من ضرورة القسمة ثم يقتسمان بالمهاياة، فإن كانت بالزمن لم يحسب إلا زمن السير فإن شرط ركوب المكري أولاً لم يصح في إجارة العين أو لاثنتين ليركب هذا زمناً والآخر مثله فكذلك، ثم إن جرت للعقب عادة مضبوطة

وإنما النفع فيه بطريق الخاصة لا غير، والذي يتجه صحته إن كان كثيراً بحيث يكون له وقع عند أهل العرف بذلك.

بزمان أو مسافة فذاك والأوجب بيانها بأقل من يومي ركوب أو مشي لكل إلا إن اتفقا ولا ضرر على الدابة ولا على الماشي ويقرع بينهما لابتداء الركوب، ولو أجزها لاثنين وسكت عن التعاقب صح ثم إن احتملت ركوبهما معا ركبا وإلا تهايا (أو) يؤجر نفسه إجارة عينية (في حج) قبل أشهره حيث لم يتأت الإتيان من بلد العقد إلا بالسير قبلها للضرورة، لكن يشترط وقوع الاستئجار (وقت السفر) أي زمن سفر الناس من بلد الإجارة للحج (و) المراد بوقته ما يشمل زمن التهيؤ له فيعذر في تقديم العقد على الخروج بالمدة التي (يتهيأ) للخروج فيها بنحو شراء زاد وتحصيل مركوب للحاجة.

أما الاستئجار له بنحو مكة فلا يجوز إلا في أشهر الحج لتمكنه من الشروع عقب العقد. أما إجارة الذمة فيجوز تقديمها على وقت الخروج كما يجوز للعمرة مطلقا لإمكان الإحرام بها عقب العقد، وبه يعلم استثناء من عليه بقية نسكه لأنه لا يصح الإحرام بها حينئذ (وبطلت) الإجارة مع العجز الشرعي عن تسليم المنفعة فتبطل العينية لإرضاع أو غيره (في حرة) أو مكاتبية (مزوجة) لأن أوقاتها مستغرقة لحق الزوج (إلا) إن كان غائبا أو طفلا فأجرت نفسها لعمل بمنزلها بحيث يظن فراغها منه قبل تمكنه من التمتع بها فيصح كما بحثه الأذرعى أو كانت (بإذن زوج أو) كانت إيجارها منه أي من الزوج وإن لم يأذن قبل استئجارها لأن المنع لحقه وقد زال ويمكن من تزوجها مستأجرة من الإيفاء، وليس لمستأجر منع الزوج من الوطاء وقت الفراغ وإن خشي حمل مستأجرة لرضاع لأن الأصل عدمه مع قوة حقه. أما الأمة غير المكاتبية فليس إيجار عينها ليلا ونهارا ولو بغير إذن الزوج، وليس للمستأجر منعه من الوطاء هنا أيضا، وأما في إجارة الذمة فيصح بغير إذن الزوج، ومتى عملت استحقت الأجرة، ويصح أن يستأجر زوجته لكل عمل كإرضاع (ولو) للباء وإن لم يوجد غيرها إن كان لثله أجرة خلافا لمن وهم فيه كما يجب إطعام المضطر ببدله وإن كان (لولدها) منه لأنه غير مستحق عليها شرعا.

(قوله ويتهيأ) ينظر في المطابقة بين معنى هذه الجملة في نفسها وفي المراد بها هنا فإن بينهما بونا من عدم الملاءمة، وإنما حملته كغيري على ما تقرر فيه بيانا للمراد منه لا غير، وواضح أن التهيؤ يختلف باختلاف الناس، نعم لو كان متهيئا بالفعل وأراد أن يقدم العقد على السفر بزمان لو كان يتهيأ احتاج إليه فهل يغتفر له ذلك أو لا بد هنا من وقت السفر ولا يغتفر له تقديم أصلا للنظر فيه مجال، ومرأول الصلاة أن المتهيئ في أول الوقت يغتفر له التأخير بقدر لو احتاج للتهيؤ لاحتاج إليه على خلاف فيه فيحتمل جريان ذلك هنا ويحتمل الفرق.

وعلم من قوله شرعا أن العجز الشرعي كالحسي (و) من ثم بطلت الإجارة (في قلع سن إن حرم) قلعها بأن كانت صحيحة ولا ألم بها شديد، ولا استحق قلعها قودا للعجز عنه شرعا فهو كالاستئجار لسائر المحرمات كالنياحة والزمزوم ونقل خمر غير محترمة لا لتراق، وتعليم نحو توراة وسحر وفحش وختان صغير يخشى عليه منه وحائض أو نساء مسلمة لخدمة مسجد وكذا ذمية لما مر آخر الحدث. أما إذا حل قلعها كان صعب أليها وقال طبيب عدل ولو عدل رواية فيهما يظهر فيها أنه يزول بالقلع فيجوز الاستئجار له كقصد وحجم، واليد المتأكلة كالسن الوجعة، ولا يلزم المستأجر تمكين الأجير بتسليمه من القلع، لكن يلزمه له الأجرة بتسليمه نفسه ومضى مدة إمكان العمل وهي غير مستقرة إذ لو سقطت أو برئت ردها لانفساخ الإجارة، وإنما استقرت بحبس الدابة مدة إمكان السفر لتلف المنافع تحت يده (و) مر أنه لا بد في المنفعة المستأجر لها من وقوعها للمستأجر أو نائبه فذلك بطلت الإجارة (في قرب) محتاجة للنية ولم تقبل النيابة إذا قصد منها امتحان المكلف بكسر نفسه بفعلها، ولا يقوم الأجير مقامه في ذلك (كإمامة) ولو لناقلة لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجير، وغير محتاجة لها إن كانت فرض كفاية شائعا في الأصل بأن لم يختص بشخص ولا محل كجهاد استؤجر له مسلم ولو عبدا وإن كان المستأجر هو الإمام وإن لم يقصد نفسه بل إظهار شعار الإسلام على الأوجه لأنه يقع عن الأجير مع تعيينه عليه بحضور الصف وبه فارق استئجار الآحاد للأذان، ويؤخذ من ذلك أن الاستئجار لقتال البغاة كهو للجهاد إن أوجبنا قتالهم أو عين الإمام له جماعة لوجوبه حينئذ عينا مع وقوعه عن الأجير فهو كالجهاد في هذين فلا يصح الاستئجار له مثله.

فإن قلت: هما في الجهاد بطريق الأصالة بخلافهما في البغاة وقد تقرر أن التعيين العارض لا نظر إليه؟

قلت: وهو كذلك، إن سلم عروضهما وفيه نظر، بل الظاهر أنه أصلي هنا أيضا فتأمله (وقضاء) لأنه كالجهاد في فرضيته على الشيوع مع تعذر ضبطه (وتدريس) وإقراء القرآن أو حديث (عام) بخلاف ما إذا عين أشخاصا ومسائل وآيات وأحاديث مضبوطة يعلمها لهم، وإن عين على الأجير فإنه يجوز وتعيينه عارض وكذا القضاء على الأوجه فقوله عام قيد فيه أيضا، نعم محله إن كان فيه في تلك القضية مشقة تقابل بأجرة (وصحت) الإجارة

(قوله مسائل) ومنه يؤخذ أنه لو قال استأجرتك لتعلمني مسائل القراض من المنهاج مثلاً صح

(لصرف زكاة) وكفارة ونذر وحج وعمرة لما مر (و) لفرض كفاية غير شائع في الأصل بأن خص اقتراضه بشخص أو محل معين ثم أمر به غيره إن عجز نحو (تجهيز ميت) بتكفينه وغسله وغيرهما لما يأتي في التعليم (و) لشعار غير فرض ولا متوقف على النية نحو (أذان) وإقامة أو له فتدخل هي تبعا لا لها وحدها قالوا لعدم الكلفة، وتؤخذ الأجرة عليه بجميع صفاته، نعم لا تصح لزيارته عليه السلام قاله الماوردي ومثله قبر غيره بالأولى (و) من فرض الكفاية غير الشائع في الأصل نحو (تعليم قرآن) خلافا لما وهم فيه المصنف فيجوز الاستئجار له وإن تعين على الأجير لأنه غير مقصود بفعله حتى يقع عنه وتعينه عارض فهو كإطعام مضطر يغرّم بدله وإن تعين ومعنى عدم شيوعه كالتجهيز أن كلا من المؤن يختص بمال المتعلم والميت ثم بمال من تلزمه نفقتهما ثم بالمسلمين، ومر أنه لا يصح استئجار مسلم لجهاد ولو من الإمام (وللإمام) دون غيره إذ لا نظر له في المصالح العامة (استئجار ذمي) أو مستأمن (لجهاد) حيث رأى فيه مصلحة وجازت الاستعانة به كما يأتي في باب الجهاد لأنه ليس من أهل فرضه أي في الدنيا.

وأفهم كلامه كأصله جواز الاستئجار للمباحات كالتوكيل فيها، ومعنى ما مر من اشتراط العلم بالمنفعة أنه لا بد من معرفة المعقود عليه عينا في العينية وصفة في غيرها وقدر المنفعة فيهما فلا تصح إجارة أحد هذين ولا ما لم يره، ومن ثم قال (وليعين) العاقد (قدر المنفعة) التي يستأجر لها إن كانت للعين منافع ما لم يقل لتنتفع بها ما شئت في الأرض دون الدابة للضرر فإن لم يكن لها إلا منفعة حملت عليها، ثم تقديرها إما أن يكون (بزمن) معلوم القدر كالسكنى سنة ويختص بإجارة العين فلا يصح ألزمت ذمتك عمل الخياطة شهر لأنه لم يعين عاملا ولا محلا للعمل، ومن ثم لو بين صفقة العمل ونوع محله صح على الأوجه، ويصح آجرتكها لتسكنها لا على أن تسكنها على ما في البحر، ومثله لتسكنها وحدك كما فيه عن بعضهم، وكلام الروضة في لتزرع الحنطة دون غيرها صريح فيه، ويغتفر عدم تقدير الزمن في إجارة الإمام للأذان أو ذميا للجهاد فيكفي كل شهر بدرهم وفي استئجار علو أو سطح للبناء وإجراء المال عليه كما مر في البيع، ويشترط في الزمن أن

إن عرفت مطلقاً وليس مراداً بل لا بد إذا عين مسائل أبواب كتاب معروف أن يكون العاقدان يعرفان مسائل ذلك الباب بالشخص وعليه فهل يشترط أيضاً فيمن يريد معرفة المعاني أن يعرف كل مسألة من المسائل بما اشتملت عليه من صعوبة وعدمها أو لا محل نظر وكلامهم إلى الأول أقرب. وقول

يكون بحيث يظن أنه (تبقى فيه) العين المستأجرة غالباً لإمكان استيفاء المعقود عليه حينئذ كعشر سنين في الدابة وثلاثين في الدار، والرقيق على ما يليق بكل وكماثة سنة أو أكثر في الأرض ولو وقفاً إن لم يشترط لإيجاره مدة كما بينته في الأصل، ولو آجر سنين أو سنة لم يجب تقدير حصة كل سنة أو شهر ويوزع الأجرة على قيمة منافع السنين أو الأشهر أو شهراً مثلاً، وأطلق جعل ابتداءه من حينئذ أو من هذه السنة كل شهر بدرهم صح لا آجرتك كل شهر أو هذا الشهر بدينار، وما زاد بحسابه صح في الشهر الأول فقط، ويحمل المطلق على العربي الهلالي إلا إن قيد بغيره نظير السلم (أو) يكون (بمحل العمل) في إجارة عين أو ذمة كخياطة هذا الثوب فيجوز ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب أو استأجرتك لخياطته إن بين في الأولى الثوب وفي الجميع كونه قميصاً أو غيره وطوله وعرضه ونوع الخياطة، نعم إن اطردت العادة بنوع حمل المطلق عليه، وفي تعليم القرآن لا بد أن يقدر بالزمن كتعليم شهر أو أن يعين الآيات بأشخاصها أو سورة كاملة لا قراءة نافع مثلاً، نعم الأوجه أنه إنما يعلمه الأغلب من قراءة البلد ولو كان المتعلم ينسى اعتبر في إعادة تعليمه العرف الغالب فإن فقد اعتبر على الأوجه ما دون الآية، ويجوز الاستئجار للقراءة على القبر مدة معلومة أو قدراً معلوماً وإن لم يعقبها بالدعاء للميت أو لم يجعل أجرها لعود منفعتها إليه بنزول الرحمة في محلها، ثم قد يتعين التقدير بالزمن كما في العقار والإرضاع والاكتحال والتطيين والتجسيص إذ لا يتأتى التقدير فيها بغير الزمن، وقد يتأتى به وبمحل العمل معاً فليقدر بأحدهما كليخيط له شهراً ويصف له الخياطة أو هذا الثوب أو ليتردد عليها في حوائجه اليوم أو ليركبها شهراً، ويجب حينئذ بيان الناحية أو إلى محل كذا وهذا محمل عبارته الدالة على التخيير (لا) التقدير (بهما) معاً فلا يجوز كلخياطة ثوب بياض النهار للغرر فقد يتقدم العمل أو يتأخر.

وقضية كلامهم أنه لا نظر لصغر الثوب بحيث يفرغ عادة فيما دون اليوم ويوجه بأنه قد يطرأ له مانع منه فيه فبحث السبكي الصحة فيه نظر ظاهر وإن تبعه غيره: ونقل عن قص البويطي أنه قال إنه أفضل من عدم ذكر الزمن، نعم بحثه أعني السبكي أنه لو قصد التقدير بالمحمل وذكر النهار للتعجيل صح قريب (و) ليعين العاقد في الإجارة للرضاع مع الزمن

الإسعاد معروف المراد به معرفة العاقدين له لا غيرهما والمراد بالمعرفة المعرفة بوجه.

والحاصل أنه يأتي هنا ما قاله في إصدار تعليم نحو قرآن أو علم جائز.

(الرضيع) بالرؤية لاختلاف الغرض باختلاف حاله (و) ليعين (موضعه) أهو بيته أو بيتها (و) ليعين في استئجار أرض لبناء (طول بناء) وهو الامتداد من أحد طرفي الجدار القائم إلى الآخر (وعرضه) وهو مسافة ما بين وجهي الجدار (وموضعه) ولا يجب زيادة على ذلك لأن الأرض تحمل ما حملت وليعين هذه الثلاثة (بارتفاع) أي مع ارتفاع (و) مع (كيفية) لصفة البناء من كون الجدار منضداً أو مجوفاً أو مسنماً بحجر أو لين أو غيرهما في استئجار (سقف) أو جدار (لبناء) عليه (و) في كل (ما قدر بعمل) كأن قال لتبني لي حائطا لأن الغرض فيهما يختلف باختلاف كل من ذلك بخلاف ما قدر بالزمن لا يحتاج إلى تعيين غير الكيفية خلاف ما توهمه عبارته كأصله ومن لازمها بيان ما يبني به بوصف أو رؤية (وعرف) في إجارة دابة لركوب إجارة عين أو ذمة (راكب) لينتفي الغرر ويكفي معرفته (برؤية) له وإن لم يمتحنه بيده (أو وصف جثة) وصفا تاما لأنه يقل به الغرر هنا بخلاف الرضيع، ثم إن لم يكن مع الراكب ما يركب عليه حملة على ما يليق بدابته فيركبه المؤجر عليه (و) إن كان معه نحو محمل أو سرج اشترط أن يعرف (محمل) أو نحوه بالرؤية مع الامتحان باليد ويكفي وصفه مع وزنه هذا إن كان كل من هذه الأشياء (يختلف) في العادة ضيقاً وخفة وضدهما اختلافاً تتفاوت بمثله الأجرة وإلا كفى الإطلاق وحمل على المعتاد، ويشترط رؤية الوطاء وهو ما يجلس عليه في الحمل أو وصفه وإن لم يشترط في العقد إذ لا بد منه ومثله الغطاء إن شرط فإن اطرده في أحدهما عرف حمل عليه، ويشترط أن يبين كون المحمل مكشوفاً أو مغطى لثقله بالريح إذا غطى (و) عرف (معاليق) جمع معلوق بضم الميم وهو ما يرتفق به المسافر كالقدر والسفرة والقربة وإداوة الماء بها أي بالرؤية (أو بوصف) تام (ووزن) لها معاً فإن أغفل أحدهما لم يصح لاختلاف الناس في مقاديرها، ومن ثم لو لم يشترط حملها لم تستحق (و) عرفت (دابة) معينة استؤجرت لركوب أو غيره وهي تطبيقه (برؤية) من المتكاريين كالبيع (و) دابة استؤجرت (لذمة) أي فيها (بجنس) لها كفرس أو بغل (ونوع) لها كعربية أو بردون (وذكورة أو ضدها) من أنوثة أو خنوثة إن تصورت في الدواب وهذا إن كان الاستئجار على الحمل وبالطريق وحل أو طين أو (لنحو

(قوله برؤية أو وصف) لم يبين الاكتفاء بالوزن في الآدمي وفيه وجهان لم يرجح الشيخان منهما شيئاً، وفي شرح البهجة لشيخنا تردد فيه، والذي يتجه لي أنه لا يكفي الوزن هنا مطلقاً لأن أهل العرف لا يعدونه ضابطاً فيه لكثرة ما يطرأ عليه من التغير بخلاف وزن المحمل، ويشهد لذلك قول

زجاج) وخزف لاختلاف الغرض بالحامل إذ الذكر أقوى والأنتى أسهل سيراً.

ويعتبر في إجارة الذمة معرفة هذه الأمور الثلاثة (مع) معرفة (سير) كبحر أو قطوف (وسري) وهو سير الليل (وضده) وهو سير النهار بأن يعرف قدر سيرها في ذلك إن استؤجرت (لراكب) يركبها لاختلاف الغرض حينئذ بذلك وعبارته هنا موهمة قاصرة والأوجه ما اقتضته عبارة أصله من اعتبار قدر السير في إجارة العين أيضاً وكلام الشيخين يدل له، ومر أن محل اعتباره مطلقاً إن لم يكن في طريقه منازل معتادة وإلا فلا حاجة في ذكره وحمل الإطلاق عليه فإن شرط خلافه اتبع و (لا) يشترط ذكر جنس الدابة ولا صفتها في إيجارها لحمل (غيرهما) أي غير نحو الزجاج وغير الراكب إجارة ذمة لأن القصد تحصيل المتاع في المقصد فلا يختلف الغرض بحال حامله، واستشكله الشيخان باختلافه بكيفية سيرها سرعة وبطئا وقوة وضعفاً وأجاب عنه ابن الرفعة بما لا يجدي (و) حيث شرط للسير غاية اتبعت وإلا وجب أن يعرف (لكل) من نحو الزجاج والراكب وغيرهما في إجارة الذمة أو العين (محط) وطريق (اختلف) بأن لم يضبطه عرف مطرد فإن ضبطه لم يجب التعرض لذلك وينزل على المتعارف وقت السير، فإن اعتيد سلوك كل من الطرق وجب البيان وإلا بطل العقد ما لم يتساويا من سائر الوجوه على الأوجه (و) عرف في إجارة العين أو الذمة (المحمول كزاد قدراً) بكيل مكيل ووزن موزون أو مكيل والوزن مطلقاً أولى لأنه أضبط (وجنسا) في مكيل إن غلب عند العقد لاختلاف تأثيره في الدابة ولو مع الاستواء في القدر كما في الملح والذرة، نعم المعتمد أن التقدير بالوزن يغني عن ذكر الجنس ويكون سكوت المؤجر عنه وإن لم يقل ما شئت رضا منه بأضر الأجناس بخلاف ما لو قال عشرة أفقزة ما شئت كما يأتي (أو رآه) المؤجر إن حضر عند العقد ولم يكن في ظرف وإن لم يعرف جنسه (أو أومتحنه بيده) إن حضر في ظرف لاختلاف تأثيره وضرره.

وأفهم كلامه أن الزاد لا يدخل في إجارة الراكب بل لا بد من النص عليه مع تقديره

الشافعي رحمته الله في مبحث الرد بالعيب أن الحيوان يتغذى بالصحة ويتعشى بالسقم فقل ما ينفك عن عيب باطن أو ظاهر، ومن شأن ذلك العيب أنه يهضم تلك الجثة عما تكون عليه حالة العقد فلم يطرد ولا باعتبار الغلبة بقاؤه على حال واحد.

ووقع في شرح البهجة أيضاً أن الوزن قد يخل بحشمة الراكب فلم يكتف به فيه ثم رده ورده صحيح، ولا يسلم ذلك الاختلال، وبفرض تسليمه لا يضر ذلك مع توطنه لينبه عليه بموافقتة على الوزن فتأمل.

بأحد الطرق الثلاثة والاكتفاء فيه بالأخير هو ما بحثه الأذرعى ولا يشترط معرفة ما يؤكل منه كل يوم وله إبدال ما نفذ منه كما يأتي (وزيد في) ما إذا أُلزم ذمة آخر حمل (مائة) أي مائة رطل أو قفيز (من بر) مثلا ولم يتعارض لدخول ظرفه الذي يحمل فيه في الوزن ظرف فلا يحسب من المائة لأنه أجنبي عما عينه (لا) فيما إذا لم يبين جنس المحمول بأن أُلزم ذمته حمل مائة ما يشاء فقال لتحمل مائة رطل من (ما شئت) فلا يزداد (ظرف) بل يحسب من المائة لشمولها، وإذا لم يحسب الظرف (فيعرف) وجوبا بالرؤية أو بالوصف (إن اختلف) وإلا بأن كان ثم غرائره متماثلة اطرد العرف باستعمالها حمل العقد عليها.

أما لو قال لتحمل عليها ما شئت أو مائة صاع ما شئت فلا تصح للإضرار بها. وفارق مائة رطل ما شئت بأن اختلاف التأثير بعد الاستواء في الوزن يسير بخلاف الكيل وأين ثقل الملح من ثقل الذرة؟ فعلم أنه إن بين مع التقدير بالكيل الجنس لم يحسب الظرف نظير ما مر في الوزن (و) عرف في الاستئجار (لحرث) شدة ولين للأرض المحروثة بأن يراها أو توصف له لاختلافها صلابة ورخاوة، ثم إن استؤجرت عينه أو ذمته وقدر بزمن وجب معرفة الدابة لاختلاف العمل باختلافها بخلاف ما إذا قدر بالأرض (و) عرف في استئجار لأجل (حفر) لنحو بئر (شدة ولين) للأرض المحفورة بأن يراها أو توصف لما مر فإن قدر بالعمل كالتحفر لي بئرا بين طولاً وعرضاً وعمقاً، ولا يلزمه إخراج ما انهار (و) عرف في استئجار شخص (لاستقاء) لحائط من بئر بنحو دلو في الذمة أو على دابة معينة (موضع بئر وعمقها ودلو) ودولاب بمشاهدتها أو وصف يضبطها لا جنس الدابة في إجارة الذمة وتتقدر المنفعة في ذلك إما بالعمل بأن يعرف (عدد) الدلاء كخمسین بهذا الدلو (أو) بأن يعرف (مدة) له كأن يقول لتسقي بهذه الدلو من هذه البئر اليوم وإن لم يبين الأرض إذ لا تأثير باختلافها حينئذ بخلاف ما مر في الحرث. نعم يشترط في إجارة الذمة ذكر جنس الدابة نظير ما مر في الحرث ولا يكفي التقدير بالأرض لعدم انضباط ريبها، ويشترط في إيجار دار رؤيتها لا معرفة من يسكنها فيسكن من اعتيدت لمثله وله إدخال نحو زائر وإن تعدد حيث لم يضرها كثرت كما هو ظاهر ولو بات فيها ليالي وذكروهم ما مر ونحوه ليس للحصر بل ليقاس به ما لم

ويؤخذ من كلام الشافعي رحمته المذكور أن سائر الحيوانات كالآدمي في ذلك فلا يقدر الاكتراء لحملها بالوزن.

(قوله أو وصف) لو وصفه بما من جملته السمن فهزل أو عكسه فهل يتخير بين الفسخ وعدمه

يذكره .

والضابط أن كل ما اختلف به الغرض أي غالبا ولم يتسامح به في المعاملة يشترط تبيينه (والآلة) التي للاستقاء (عليه) أي على المؤجر (في استقاء التزمه) في ذمته كما أن الوعاء على ملتزم الحمل في الذمة لأنه التزم النقل فليهيئ أسبابه بخلاف مؤجر عين ليس عليه إلا تسليمها بنحو برذعتها (وعلى مكر) ولو غير مالك كأن كان مالك المنفعة فقط (تفريغ دار) من كناسة موجودة عند ابتداء الإجارة أو في دوامها وقد حدثت بهبوب ريح، بخلاف الحاصلة بفعل المستأجر فالتفريغ منها عليه دواما وانتهاء (و) على مكر أيضا تفريغ (بئر حش) بفتح أو ضم أوله المهمل أي خلاء (و) تفريغ (بالوعة) للماء أو غيره ومستنقع الحمام (ابتداء) وانتهاء (فقط) أي لا دواما فإنه على المستأجر ما لم تنقض المدة لحصول الثلاثة بفعله، ولكون الحادث هنا مع الانتهاء ضروريا فارق حكم الانتهاء هنا حكمه فيما قبله، وعلى مكر أيضا كنس ثلج سطح دواما .

قال ابن الرفعة: إلا إن كان ينتفع به المكتري فكالعرصة قال: وعليه أيضا إزالة تراب ورماد وثلج خفيف موجود عند ابتداء العقد لأن به يحصل التسليم التام، ولو انقضت المدة وفي العرصة ثلج لم يلزم المستأجر نقله بخلاف الكناسة انتهى . وعلى مكر كنس ثلج عرصة للتسامح بنقله عرفا . قال في الروضة: وليس المراد أنه يلزم المكتري نقله بل المراد أنه يلزم المؤجر، وكذا التراب المجتمع بهبوب الرياح لا يلزم واحدا منهما انتهى . وكذا رماد الحمام أو الأتون في الانتهاء قاله ابن الرفعة (و) على مكر أيضا (مفتاح) لعلق مثبت تعبأ له بخلاف قفل منقول ومفتاحه وإن اعتيد أو هو أمانة بيده فلا يضمنه بتلف بلا تفريط (وجدده) إذا ضاع أو تلف ولو بتقصير لكن له مع التقصير قيمته، وليس المراد بكون ما ذكر على المكري أو المكتري إجباره عليه أو أنه يآثم بتركه بل إنه من وظيفته (بلا إكراه) حتى إذا ترك المكري ما ذكر على المكتري أو المكتري ما عليه وتعذر انتفاعه فلا خيار له ويمنع مكتري دار للسكنى من طرح تراب ورماد في أصل حائط ومن ربط دابة فيها ما لم يعتد كما بحثه الأذرعى، وما على مكر بلا إكراه هو (كعمارة) بنحو بناء وتطيين سطح ووضع باب وميزاب وإصلاح منكسر فإنها عليه كذلك كما سببه حادث بعد العقد أو مقارنة له لكن إن علم به المكتري لم يتخير، وقولهم يتخير بامتلاء الحش محله إن جهل وإلا فهو مقصر بإقدامه مع أو لا . وعلى الأول فإذا لم يفسخ فلا أرش له وإن فسخ رجع من الضرر عليه على الآخر بالأرش، وعلى

علمه بذلك وإن علم أنه من وظيفة المؤجر، ويتخير أيضا بتقصير السقف من المطر ما لم ينقطع ولا نقص وقد يجبر على العمارة في الوقف ومال موليه إن كان الحظ له في دوام عقد الإجارة، لكن هذا الإجبار ليس لحق المكتري (ونزع) لعين معينة (من غاصب) لها من يد مستأجر أو غيره فهو على مكر بلا إكراه له عليه وإن قدر لكن احتاج لكلفة وإلا أجبر عليه. هذا هو الذي يتجه وعليه يحمل ما وقع في الروضة من التناقض في ذلك، أما التي في الذمة فيلزمه إما انتزاعها أو إبدالها بغيرها وأما المكتري فيلزمه الدفع عن المعينة، والتي في الذمة إن قدر عليه بلا ضرر كالوديع.

وقضية تعبيرهم بالدفع أنه لا يلزمه النزع وإن قدر عليه من غير مخاصمة ولا ضرر يلحقه بوجه، ولو قيل بلزومه له وللوديع حيث أمكنه بلا حاكم لم يبعد (وعليه) أي المكري أيضا في إجارة دابة لركوب إجارة عين أو ذمة إجارة مطلقة ما يتوقف الركوب عليه وهو (إكاف) هو ما تحت البرذعة وأراد به هنا ما يشملها، وإنما يجب أحد هذين إن توقف الركوب عليه (وحزام) يشد به البرذعة (وثفر) بفتح المثلثة والفاء وهو ما يجعل تحت ذنب الدابة ليحفظ نحو البرذعة من التقدم سمي بذلك مجاورته ثفر الدابة بإسكان الفاء وهو فرجها (وبرة) بضم الموحدة وتخفيف الراء وهي حلقة تجعل في أنف البعير (وخطام) بكسر أوله المعجم وهو خيط يشد في البرة ثم في طرف المقود وذلك لأنه لا يتمكن من الركوب التام بدونها والعادة جارية بكونها على المؤجر.

أما غير المطلقة بأن شرط أن ذلك ليس عليه فلا يلزمه (و) عليه أيضا (في إجارة ذمة) لركوب الخروج مع الدابة ولو بنائبه ليسوقها ويتعهدا ومؤنة الدليل والبذرة (وإعانة راكب) وجيه على ما بحث أو (ضعيف) لأنوثة أو صغر أو نحو مرض في ركوبه ونزوله لما لا يتهيأ له فعله عليها كوضوء وأداء فرض ولو أول وقته، ولا يكلف قصرا ولا جمعا ولا مبالغة في التخفيف لا لتنفل ونحوه وذلك لأنه التزم النقل والتبليغ ولا يتم إلا بذلك (و) عليه فيها أيضا لحمل (رفع حمل) بكسر أوله (و) رفع (محمل) بفتح ثم كسر وعكسه على الدابة (وخط) لهما (وظرف) ينقل فيه المتاع المحمول وحفظ المتاع في المنزل كذا قيد به الإسعاد.

الثاني فهل له الأرش أو لا؟ محل نظر، والذي يتبادر إليه الظن الآن أنه لا خيار بذلك ولا أرش لأن هذا

وقضيته أنه ليس عليه حفظه حال السير لكن إطلاقهم لزوم أجره الخفير له يدل على العموم، ثم ظاهر قولهم عليه حفظ المتاع أنه لو ضاع لتقصيره في الحفظ المضبوط هنا بنظيره في الوديعة كما هو ظاهر ضمنه، ومنه أن يركب أول القطار مثلاً ويصير ظهره للباقي أو آخره وينام.

أما إجارة العين فلا يجب فيها سوى نحو البرذعة ما مر وللمؤجر منعه من النوم عليها في غير وقته المعتاد لأن النائم يثقل، وهل المراد المعتاد لأكثر أهل تلك القافلة أو لغالب المسافرين كل محتمل، ويظهر أن العادة لو اختلفت باختلاف الدواب اعتبرت.

واعترض كونه يثقل بأنه لو وزن لم يتفاوت ويرد بفرض تسليمه بأنه ثقل معنوي، ونظر إليه لأنه مضر بالخاصة دون القياس وعلى ذكر قوي النزول عنها في عقبة صعبة إن اعتيد والواجب الإيصال للسور فإن فقد فالعمران لا المنزل.

قال الماوردي: إلا إن تقاربت أقطار البلد لصغره، وليس لأحد المتكاريين فراق القافلة إلا برضا الآخر (وعلى مستأجر) دابة لركوب ولو إجارة ذمة (محمل وتابعه) من نحو مظلة وغطاء وحبل يشد به المحمل عملاً بعادة. أما الشد والحل فعلى المؤجر في إجارة الذمة، ويعتبر الوسط إذا اختلفا في كيفية وضع الرحل أو في كيفية الجلوس وإحدى الكيفيتين يضر بالراكب والأخرى بالدابة (و) يتبع (في) طلع تلقيح ومرهم جرائحي وصابون غسال ومائة وحطب خباز (وسرج) للفرس المؤجرة.

وفارق البرذعة باطراد العرف أنها على المؤجر (وخيط) وإبرة في استئجار لخياطة وحبر وقلم في استئجار وراق النسخ (وصبغ) في استئجار صباغ لصبغ (و) مرور (و) ذرور) بفتح

مما يتسامح به أهل العرف ولا ينظرون إليه غالباً كما هو واضح، وصريح صنيع المتن أن الآدمي وغيره لا يقدر بالوزن مطلقاً وهو موافق لما قدمته.

ثم ظاهر كلامهم أن هذه الأمور المذكورة في المتن في المسافر راكباً، وعليه فهل يجري نظيرها في اكتراء السفينة للحمل إلى محل معلوم أو يفرق بأن الدابة تتأثر بأدنى شيء أزيد مما تطيقه ولا كذلك السفينة وعليه فما الضابط فيها؟ وقد يقال يرجع لأهل العرف بها فما اغتفروه اغتفروا وما لم يغتفروه يجب ذكره وبيانه.

(قوله لا المنزل قال الماوردي إلخ) الذي يظهر أن هذا الاختلاف في الانتهاء يجري نظيره في الابتداء، فإذا أكرى دابة لركوب أو حمل إلى كذا فإن صغرت البلد لم يجب بيان محل العمل بل يلزمه من محل العقد وإن كبرت لزمه بيانه أهو دارها أو غيرها.

المعجمة في استئجار كحال وهو ما يذر في العين (العرف) المطرد في محل الإجارة خلافاً للحاوي كالمحرر إذ هو المرجع فيما لا ضابط له شرعاً ولا لغة، وظاهر أن المراد بمحلها محل عقدها وإن انتقلا عنه وعند اقتضائه دخولها تكون تابعة لا مقصودة ويصح شرطه على من اطرد العرف بأنه ليس عليه، لكن يجب بيان قدره (ولا) يطرد لفقده أو اضطرابه لم يصح العقد إلا أن (بين) كل من المذكورات على من هو ولا يجب تقديره لأنه تابع كاللين.

والأوجه في نحو اللبن والكحل وماء أرض استؤجرت للزرع أنه لا حاجة فيه إلى تقدير نقل الملك بل ينتفع به المستأجر مع بقاءه على ملك مالكة، بخلاف ما تبقى عينه كالخيط والصبغ فإن الضرورة تخرج إلى تقدير نقل الملك فيه (ولا يتلازم رضاع) أي إرضاع (وحضانة) كبرى وهي حفظ المحضون وتعهد بتنظيف بدنه وثيابه وتدهينه وتكحيله ونحو إضجاعه وتحريكه لينام وكل ما يحتاج إليه.

وخرج بها الصغرى وقد مرت فلا يتبع واحد منهما الآخر في الإجارة لأن كلا منهما مقصود بمفرده (فإن أجر لهما) معا (وانقطع لين) انفسخ العقد في الإرضاع لا الحضانة لذلك و (وزع) حينئذ الأجر المسمى في العقد على أجرة مثلها وسقط قسط الباقي من مدة الإرضاع لانفساخ الإجارة فيه، فلو كانت أجرة مثلها في المدة عشرين وأجرة مثله في الماضي عشرة وفي الباقي عشرين سقط خمسا المسمى، وإذا أجر لهما لا يقدر ذلك بمحل العمل بل بالزمن وله طلب المرضعة بأكل ما يدر لبنها على المعتمد (وبدل) المستأجر جوازا (بزاد) ومنه أدم معتاد وبما نفذ منه بأكل أو غيره مثله ولو لم يخف غلاء في المنازل المستقبلية أو لم ينفذ كله كسائر المحمولات ما لم يشرط عدم إبداله فإنه يتبع والعقد إنما يبطل بالشرط إن اقتضى خلافه لا إن لم يقتضه.

قال السبكي: ولو شرط قدرا يكفيه للطريق لم يبدل ما دام الباقي كافيا لقبقتها عملا بالعرف أو قدرا فلم يأكل منه فله تردد في مطالبة المؤجر له بتنقيص قدر أكله، والذي استظهره أنه ليس له ذلك ثم مال إلى أن له ذلك للعرف، ووافقه الأذرعى إن وفر في البرية لا العمران لأن العرف فيه التوفرة، واعتمد غيرهما الأول لأن محل العرف حيث لا شرط (و) بدل جوازا أيضا في إجارة ذمة أو عين كلا من (مستوف) للمنفعة كالراكب والساكن واللابس والمحمول بمثله طولاً وقصراً وضخامة ونحافة وغيرها وبدونه إذ لا ضرر، فإن شرط

(قوله بأكل ما يدر لبنها على المعتمد) يتفرع على هذا أنه لو كان ثم مأكولان كل منهما يدر

منع الإبدال هنا قال الخوارزمي لم يصح كبيع شيء بشرط أن لا يبيعه، وفرق ابن الرفعة بأنه لا غرض ثم، وهنا غرضه أن لا يكون عين ماله إلا تحت يد من يرضاه إما بغير مثله كحمل بدل إركاب وقطن بدل حديد وحداد بدل قصار والعكوس فلا يجوز وإن قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر (و) من (مستوفى) فيه كطريق بمثله لا أصعب منه ولا أطول ولا أخوف ومن مستوفى (به كثوب) أو صى معين في خياطة أو تعليم أو إرضاع بمثله فيما مر كما رجحه المنهاج كأصله والشرح الصغير لأنه طريق للاستيفاء كالراكب لا معقود عليه، لكن الذي جرى عليه الشيخان في الخلع منع إبداله كالمستوفى منه الآتي واعتمده البلقيني، ووجهه بما بينته ورددت على من نازعه فيه في الأصل (وكذا) المستوفى (منه) يبدل به مثله (في) إجارة (ذمة) لكن لا مطلقا بل (بتلف وعيب) أي بسبب أحدهما كأن يستأجر دابة موصوفة لركوب أو حمل أو يلزمه عملا في ذمته فإذا عين دابة أو أجير الم يبدل به غيره إلا إن تلف ليتمكن من استيفاء المعقود عليه أو تعيب ليتم له استيفاء ذلك فإن عجز عن الإبدال تخير على الأوجه.

وليس للمكربي إبدال ما سلمه للمكثري لأن له فيه حقا إذ يقدم بمنفعته عند إفلاس المكري وله إجارته والاعتياض عن منفعة بعد قبضه لا قبله لأن إجارة الذمة كالسلم وهو لا يجوز الاعتياض عنه. أما المستوفى منه في إجاره العين كدار وكدابة أجير معينين فلا يبدل بل إن تلف انفسخت الإجارة، وإن تعيب بعيب يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة تخير على التراخي كعدم إبصار ليلا وعرج معوق عن السعي مع القافلة وتعثر غير معتاد وخشونة مشي إن خشى منها السقوط، ويصح استعمال الأجير فيما مشقته مثل ما استأجره له وأدخل الباء على المتروك من مفعولي بدل لأنه الأفصح (ونزع) وجوبا (لنوم ليل قميص) استؤجر للبس مدة.

قال الرافعي: عملا بالعادة، ويؤخذ منه أنه لو كان بمحل لا يعتاد أهله ذلك لم يلزمه نزعه مطلقا نفيسا كان أو غيره لأن الملحظ أنه إذا اعتيد شيء كالمؤجر موطننا نفسه عليه إما نزعه ليلا مع اليقظة أو نهارا وقت نوم ساعة أو ساعتين لا أكثر النهار أو في الخلوة فلا يجب للعادة أيضا.

لكن أحدهما أنفع للطفل فهل له إجبارها عليه استويا ثمناً أو لا في تحصيل كل كلفة أو لا، وأنها لو

وخرج بالقميص الإزار فلا يجب نزعه مطلقا على ما بينته ثم (و) نزع وجوبا لنوم ليل ونوم (نهار) وإن قل (و) لأجل (خلوة) قميص (فوقاني) بفتح القاف استؤجر للبسه مدة لأنه للتجمل فلا ينام فيه مطلقا ولا يلبسه إلا في وقت اعتيد فيه التجميل فيه (و) مستأجر القميص التحتاني والفوقاني مدة اللبس (يرتدي بهما) إن شاء لأن ضرر الارتداء دون ضرر اللبس (ولا يترز) لأنه أضر بالقميص من اللبس، ولو اكرتري للارتداء جاز التعم لا الاتزار (وكوديع أجير) فيده على ما استؤجر لحفظه أو للعمل فيه يد أمانة وإن انفرد بها ولو مشتركا وهو الملتزم العمل في ذمته سمي بذلك لأنه يمكنه مع ذلك أن يلتزم آخر فكأن مشترك بين الناس وذلك لأنه لم يأخذ لغرضه خاصة فكان كعامل القراض فإن فرط كأن أسرف في الإيقاد للخبز ضمن، وكذا ولو ضرب المتعلم منه فيضمن القن بأقصى قيمه من وقت التعدي إلى وقت التلف، فإن اختلفا في التعدي صدق الأجير بيمينه إلا أن يقول عدلان خبيران إنه تعد (و) كوديع (حمامي) استحفظه الداخل ثيابه مثلا إذ ما يأخذه حيث لا حافظ مع الداخل ولا آلة أجرة الحمام ونحو السطل والإزار ومن ثم لم يضمنهما الداخل وحفظ المتاع لا ثمن الماء لعدم ضبطه فهو مؤجر للآلة وأجير مشترك في الأمتعة فلم يضمنها، ومتى تلف ما استؤجر لنحو صبغه ولو بأفة سقطت أجرته إن انفرد باليد وإلا كأن كان بملك المستأجر أو بحضرته لم تسقط لوقوع العمل مسلما إليه أولا فأولا (وكذا) يكون كالوديع (مستأجر) فلا يضمن ما تلف من العين المستأجرة بلا تفريط (ولو) كان التلف بعد مضي مدته في الإجارة المقدرة بمدة (أو) بعد (إمكان استيفاء) للمنفعة في الإجارة المقدرة بالعمل تبعاً لها بناء على أنه لا يلزمه الرد ولا مؤنته وإنما عليه التخلية بينها وبين المالك إذا طلبها كالوديعة وهو المعتمد، نعم متى انفسخت بسبب فعلم به ولم يعلم به المالك ضمنها ومنافعها لتقصيره بعدم إعلامه كما لو طلبها المالك فامتنع بلا عذر لأنه غاصب، فإن استنظره فأنظره مختار فكالمستعير فيضمن الرقبة لا المنفعة، ولو رد قدرا بعد المدة على دابة فانكسرت بتعثرها ضمنها إن استقل بحملها أي عادة بأن لم تلحقه به مشقة لا تحتمل عادة فيما يظهر وذلك أنه لا حاجة للدابة حينئذ، نعم إن لم يلق به الحمل ولم يجد حمالا لم يضمنه كما بحثه الزركشي لعذره (وتقرر به) أي بمضي مدة الإجارة في المقدرة بوقت أو مدة إمكان الاستيفاء في المقدرة بعمل (أجر) سمي في عقد الإجارة

كانت فقيرة لا تقدر إلا على ما فيه الإدرار لا غير فهل يقنع منها به أو يخير الولي بين الفسخ وعدمه

الصحيحة (وإن لم يستوف) المستأجر المنفعة (ولو من حر) استأجره لعمل لأن المنافع تلتفت تحت يده وإن ترك لنحو مرض أو خوف طريق إذ ليس على المؤجر إلا التمكين من الاستيفاء، وليس له بسبب ذلك فسخ ولا رد إلى تيسر العمل (و) لو لم يستوف من (ما في ذمة) بأن عين المؤجر الدابة الموصوفة مثلا وسلمها أو عرضها على المستأجر الأجرة أيضا.

أما الفاسدة فتستقر فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الصحيحة غالبا. وخرج به العقار والوضع بين يدي المكتري والعرض عليه وامتناعه من القبض إلى انقضاء المدة فلا تستقر به الأجرة في الفاسدة ويستقر بها المسمى في الصحيحة (وضمن) المستأجر (تلفا) حصل للمأجور (إن) قصر حتى حصل بأن (انهدم عليه) بيت (بحبس) له فيه (وقت) العمل عادة كأن حبس بلا عذر كما بحثه الأذرعى، وعليه فهل المراد بالعذر هنا ما مر في نحو الشفعة أو مما هو أخص من ذلك كخوف غصبها أو تلفها لو سافر بها حينئذ؟ كل محتمل، والأول أقيس والثاني أحوط بل هو الذي يتعين ترجيحه. ويفرق بينه وبين نحو الشفعة بأن الفئات هنا العين بالكلية من غير بدل بخلافها ثم، فاحتيط له هنا بالتشديد على المستأجر في أن لا يكون حبسه إلا في ضرورة أو حاجة حاقة بما لم يشدد به على نحو الشفيع الحيوان المستأجر وقت (سير) كالنهار لتقصيره بترك الانتفاع به في وقته المعهود إذ لو انتفع به فيه لسلم بخلاف انهدامه عليه في ليل لم يعتد استعماله فيه والضمان بذلك ضمان جنائية لا ضمان يد على الأوجه فلو لم يتلف لم يضمن.

قال الزركشي: ويضمن به لو سافر في وقت لم يعتد السير فيه فتلف أو غصب (أو) إن (تعدي) المستأجر في العين المستأجرة كأن فعل شيئا ما منع منه فيما مر أو ضرب الدابة فوق عادة مثله، نعم الرائض والراعي يحتمل لهما فوق ما يحتمل للمستأجر، ومثل الدابة لو جذبها باللجام لذلك والضمان هنا ضمان يد خلافا لما يوهمه كلامه فيضمنها لو تلفت بغير ذلك لأن التعدي هنا في الذات، ولو أركبها أثقل منه فقرار الضمان على الثاني إن علم وإلا فعلى الأول إن كانت يد الثاني يد أمانة كالمستأجر وإلا كمستعير فالقرار عليه كما علم ما مر في الغصب أو مثله فتعدي اختصاص بالضمان لتعديده وحده (كأن حمل برا) بدلا (عن شعير) أكثرى لحمه وإن لم يزد أحدهما على الآخر سواء أكان التقدير وزنا أم كيلا (وكذا عكسه) بأن حمل شعيرا بدلا عن بر لكن إن كان التقدير وزنا (لا كيلا) لأن البر في صورة

لأنه يلزمه الأصلح للمولى محل نظر. والذي يتجه أنها لا تمنع إلا مما يخشى منه ضرر وإن قل فإذا

الكيل أثقل وفي صورة الوزن أقل حجما فيجتمع ثقله في موضع واحد والشعير في صورة الوزن أكثر حجما فيأخذ من ظهر الدابة أكثر، بخلاف ما إذا كان التقدير كيلا لأن الشعير أخف وحجمهما واحد ويقاس بهما ما أشبههما والضمان هنا ضمان يد أيضا، وكان اكتشافها ليركب بسرج فركب عريا أو عكسه وكان جاوز المقصد المشروط فيضمنها بأقصى القيم من حين جاوز إن لم يكن مالكةا معها ويلزمه أجره المثل للزائد، ولا يبرأ من ضمانها بردها للمقصد فإن كان معها ففيه تفصيل مع فوائد أخر في الأصل، ولو رجع من نصف المسافة لأخذ شيء ولو ماشيا استوفى حقه واستقرت الأجرة بمضي ما يمكنه فيه الاستيفاء، وكان زاد فوق التفاوت الواقع بين الكيلين أو الوزنين كأن اكترى لتسعة أرطال فكال عشرة وحملها وسيرها بنفسه أو نائبه فيضمنه (و) يضمن مع المسمى (أجر مثل لزائد) لتعديده (و) ضمن من استأجر لأخف ففعل أضر منه كأن استأجر ليزرع فغرس أو ليغرس أو ليزرع فبنى أجر مثل (مدة غرس بدل زرع) في الأول ومدة بناء بدل غرس أو زرع في الثانية إن مضت مدة لمثلها أجره لتعديده بإبداله بالأضر، بخلاف ما إذا عكس وبعده عن الجنس في هذه فارقت ما ذكره مشيرا للفرق بكذا في قوله (وكذا) أي وكالغرس بدل الزرع في ضمان أجره مثل المدة (ذرة) زرعتها (بدل بر) استأجر لزرعه فللمؤجر أن يختار إما أجره مثل لمدة زرعتها (أو قسط مسمى) أي أخذ قسطها منه وهو ما يقابل كونها بالأرض (بأرض أرض) أي مع أرض نقصها الحاصل بزرع الذرة زيادة على نقصها بزرع البر لأن للصورة شبهها بزرعة الغاصب في أنه زرع ما لا يستحقه وموجبه أجره المثل وشبهها بما إذا اكترى دابة إلى مكان وغيره من أنه استوفى وزاد وموجبه المسمى وأجره المثل لما زاد فخيرناه بينهما هذا إذا تخصصا بعد حصد الذرة (لا تلفها) أي الأرض (بجائحة) فلا يضمنها وإن تعدى بعدوله إلى زرعتها بالذرة وفارقت الدابة فيما مر ويأتي بأن اليد عليها حقيقة فاقترضت بمجرد الضمان وعلى الأرض حكمية فلم تقتض لضعفها ذلك.

أما لو تخصصا قبل حصد الذرة فإننا نخيره بين ذينك أيضا وبين قلعها حالا كما قال (وقلعا) أي الغراس قياسا على الذرة بل أولى، واقتضاء كلامهم أنه لا قلع فيه غير مراد لهم والذرة مجانا إذا تخصصا وهما قائمان سواء مضت مدة تتأثر بها الأرض أم لا، وإذا قلع الذرة فللمكتري زرع البر إن أمكن وإلا فلا وعليه الأجرة لأنه المفوت لمقصود العقد، ولو اختار

استويا في عدم الضرر من أصله لكن أحدهما في النمو أو النفع أقوى لم تكلف تحصيله.

المكري إبقاءها بأجرة المثل جاز للمكثري قلعها وزرع البر إن تمكن، وإذا اختار أجرة المثل قال الماوردي فلا بد من فسخ الإجارة، وإنما كانت الذرة أضرم من البر لأن لها عروفا غليظة تنتشر في الأرض وتستوفي قوتها، ومثله الأرز لأنه يحتاج إلى السقي الدائم وهو يذهب قوة الأرض.

ويجري التخيير المذكور في كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد كما لو أكرى دارا اكتراها للسكنى لحداد أو قصار أو أبدل قطنا أكثرى له بقدره حديدا (وإن حمل هو) أي المستأجر ولو بنائبه على الدابة زائدا على المشروط لا يقع التفاوت بين الكيلين أو الوزنين بمثله (أو) حمل عليها (مكر) لها وقد (غره) المستأجر بأن سلمه الأصغر غير عالم بأنها عشرة وقال هي تسعة كاذبا (زائدا) على المشروط (وانفرد) المستأجر باليد في صورتين بأن لم يكن صاحبها معها (فتلفت) بالحمل أو بغيره (ضمن) المستأجر قيمتها بكمالها لتعديه.

أما إذا لم يغره بأن علم بذلك فالأوجه أنه لا ضمان له ولا أجرة، وإن أمره المستأجر بالحمل من غير أن ينص له على أن يحمل الزائد بخصوصه كما لو كالم الزيادة بنفسه وحملها وإن كان غالطا وعلم المستأجر بغلظه لأنه لم يأذن له في نقلها بل له مطالبته بردها إلى محلها أو بديلها حالا للحيولة، فإن ردها بلا إذن فللمستأجر كما بحثه الأذري أن يكلفه ردها إلى المكان المنقول إليه أولا، ولو كالمها وحملها والدابة وافقة فسيرها المؤجر فإن جهل فله الأجرة وإلا فلا (أو) تلفت (به) أي بالحمل والحال أنها (مع ربها) أو وكيله تحت يده (ضمن) في صورتين من قيمة الدابة (بقسط) للزائد وهو العشر في المثال السابق لأنها بيد مالكة (كجلاد زاد) على الحد فمات المحدود فإن يضمن جزءا من الدية بقسط الزائد فيضمن في واحد زاده على الثمانين جزءا من أحد وثمانين جزءا من الدية (ولا أجر) لمن عمل لغيره عملا (دون شرطه) كأن دفع ثوبا إلى نحو خياط ليخيطه ولم يذكر ما يقتضي أجرته ففعل فالثوب أمانة بيده ولا أجرة له وإن عرف بذلك العمل وأمره به لعدم التزامها.

وقيده الأذري بحر مكلف مطلق التصرف وإلا استحقتها لأنه ليس من أهل التبرع بمنافعه المقابلة بالأعراض. وقد يرد عليه قول الماوردي السابق أول الباب يجوز له التبرع بما

لا يقصد من عمله كالحج إلا أن يجاب بأن المراد بما يقصد وغيره أن يكون من جنس المعاملات فهذا لا يجوز له التبرع بما يقابل بأجرة منه بخلاف ما ليس من جنسها وإنما هو من جنس العبادات فله التبرع به وإن قوبل بأجرة وما نحن فيه من الأول دون الثاني فلا إيراد (كتحتم) أي كدخول الحمام بإذن من الحمامي فإنه لا أجرة له في مقابلته بخلافه بلا إذن له فيلزمه وإن لم يذكر لأنه استوفى المنفعة من غير أن يبذلها مالكةا، بخلاف نحو الخياط وكداخل الحمام راكب السفينة، لكن بحث ابن الرفعة أنه متى علم به مالكةا حين سيرها لم يستحق شيئاً كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرها مالكةا فإنه لا أجرة على مالكة ولا ضمان أما لو ذكر ما يقتضي أجرة كأرضيك أو لا ترى إلا ما يسرك أو أحاسبك أو نحوها فيستحق أجرة مثله إذ لا تبرع (وإن) دفع ثوباً لخياط ليقطعه ويخيطه فقطعه و (خاطه قباء) ثم اختلفا فيما أذن فيه المالك (فقال) إنما (أمرت) ك (بقميص) أي بقطعة قميصا وقال الخياط إنما أمرتني بخياطته قباء (حلف) المالك أنه ما أذن له في قطعة قباء وصدق كما لو اختلفا في أصل الإذن (و) إذا حلف المالك (وجب) له على الخياط (أرش) وهو ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً لأنه أثبت بيمينه أنه لم يأذن في قطعه قباء، وقيل ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء لأن أصل القطع مأذون فيه ورجح كلا مرجحون والثاني أقوى مدركاً ومن ثم جرى عليه شراح الحاوي.

وقال السبكي: لا يتجه غيره، وعليه لو لم يكن بينهما تفاوت أو كان مقطوعاً قباء أكثر قيمة فلا شيء عليه (ولا أجرة) للخياط لأن يمينه صيرت عمل الخياط غير مأذون فيه وله نزع خيطه إن لم ينقص الثوب وإلا ضمن أرشه.

(و) اعلم أن الطوارئ إن نقصت المنفعة نقصاً تتفاوت به الأجرة اقتضت الخيار وسيأتي، وإن فوتتها بالكلية اقتضت الانفساخ فحينئذ (تنفسخ بقسط) أي مع وجوب قسط من المسمى (في) إجارة (عينية بتلف معقود عليه) ولو شرعاً كأنهدام دار وموت دابة أو أجير معين بعد القبض ومضي مدة لها أجرة ولو بفعل المستأجر، وكامراً أكثرية للخدمة مسجد فحاضت فيه فتنفسخ في الباقي لقوات محل المنفعة لا في الماضي بل ولا خيار له فيه لاستقراره بالقبض واستهلاك منافعه، وله من المسمى قسطه موزعاً على قيمة المنفعة وهي

(وقوله فسيرها مالكةا) يتعين قراءة سيرها فعلاً ليفيد أنه لا بد في عدم لزوم الأجرة من تسيير

أجرة المثل حال العقد دون ما بعده فيوزع على أجرة ما مضى وما بقي من المدة لا على المدتين إذ قد تزيد أجرة شهر على أجرة أشهر، ففي مدة هي سنة مضى نصفها وأجرة مثله ضعف أجرة مثل النصف الباقي يجب ثلثا المسمى وفي عكسه ثلثه أما قبل مضي مدة لها أجرة فتتفسخ من أصلها، ولا فسخ بانهدام بعض الدار بل يتخير به إن لم يبادر المؤجر بإصلاحه حالاً أي قبل مضي مدة لها أجرة فيما يظهر وتفسخ بتلف الأجير المعين بالقسط (ولو) كان (أجير حج) مات لكن إنما يجب له قسط المسمى (إن) مات بعد أن (أحرم) فيقسط حينئذ المسمى على العمل والسير معاً لأن للوسائل حكم المقاصد. أما إذا مات قبل الإحرام فلا شيء له وإن سار لأن السبب لم يتصل بالمقصود.

وخرج بعينية إجارة الذمة فلا فسخ بتلف المعين عما فيها بل يبدل المؤجر بالتلفة غيرها (و) تتفسخ العينية مع القسط المعين أيضاً (بحيلولة) بين المستأجر والعين المؤجرة من المؤجر أو غيره كأن غصبت أو أبق القن أو نذت الدابة (إن قدر) عقد الإجارة أي قدره العاقدان (بمدة) فتتفسخ فيما انقضى منها وتسقط حصته من المسمى وتستعمل العين في الباقي على ما يأتي فإن استمرت الحيلولة إلى انقضاء المدة انفسخ العقد بالكلية وإن قدر المستأجر على الدفع عنها بلا كلفة على ما اقتضاه إطلاقهم، لكن قد ينافيه ما مر من وجوب الدفع عليه حينئذ، إلا أن يجاب بأن القدرة على الدفع لا تصير اليد له بعد أخذه من يده فلذا لم يستقر عليه ضمان المنفعة أما إذا قدر بعمل فيستوفيه حين يقدر ولا فسخ.

أما إجارة الذمة فلا انفساخ فيها ولا خيار بل على المؤجر الإبدال هنا أيضاً فإن امتنع أجبر عليه، وتفسخ بما مر (لا بموت عاقد) لنفسه أو غيره بولاية أو وكالة لأنها عقد لازم كالبيع بل يخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة وانفساخها بموت الأجير المعين ليس لكونه عاقداً بل لأنه مورد العقد، ولو مات مؤجر دار أوصى له بمنفعتها مدة حياته انفسخت لانتهاء حقه بموته ومحل كون الموصى له بالمنفعة لا يؤجر إذا أوصى له بأن ينتفع بالمنفعة كما هنا.

ولا تتفسخ بموت عاقد (إلا) في صور، لكن الانفساخ فيها في الحقيقة ليس لكونه موت عاقد بل لمقتضى آخر كفوات شرط واقف أو موص أو نحوهما ما يعرف بتأملها.

المالك لأنه مع علمه به كإذنه بخلاف ما لو سيرها غيره، فإن فعل الغير لا يقتضي إسقاط ما وجب

منها مسألة الوصية المذكورة، وما لو أجره الناظر ولو حاكما للبطن الثاني فمات البطن الأول مثلا لانتقال المنافع إليه، والشخص لا يستحق لنفسه على نفسه شيئا. ولا يشكل بما لو استأجر من مورثه ثم مات وورثه لا تنفسخ لفوات المنفعة عليه لو بان على الميت دين، بخلافه في تلك فإن البطن الثاني لا يتلقاه إرثا عن البطن الأول بل استحقاقا من جهة الواقف فلا فائدة لبقاء الإجارة، وما لو أجر من يعتق بموته كمستولده ثم مات لاستحقاقه العتق قبل إجارته كما يأتي، وما لو كان الناظر هو المستحق وأجر بدون أجره المثل فتصح وتنفسخ بموته في أثناء المدة على الأوجه.

ومنها ما لو كان المؤجر (بطن وقف) ولو غير أول فإذا أجره مدة ولو من بطن بعده ثم مات أثناء المدة وكل بطن له النظر مدة استحقاقه فقط فتتنفسخ الإجارة بمعنى أنا نتبين بطلانها فيما بقي لأن المنافع بعد موته لغيره ولا ولاية له عليه ولا نيابة إذ البطن الذي يليه لا يتلقى منه بل من الواقف بخلاف إجارة الناظر حاكما أو غيره لأنه ناظر للجميع إلا إن أجره لبطن انتقل الاستحقاق إليهم، لكن لا من جهة موته بل لأنهم لا يستحقون لنفسهم على أنفسهم شيئا كما مر آنفا. ولا يشكل على ذلك ما يأتي في البلوغ بالاحتلام لأن تصرف الولي أقوى لعمومه فهو كتصرف ناظر الجميع هنا، بخلاف بطن الوقف والصورة ما مر لأن تصرفه إنما هو بإذن الواقف وقد قصره على شيء وهو نظره مدة استحقاقه فقط فلا يتجاوز.

(ولا) تنفسخ أيضا (إن) أفاق مجنون أجر وليه ماله أو (بلغ) صبي (أجير) أثناء مدة أجره وليه لها ولو وصيا أو قيما (باحتملام) أو حيض أو حبل أو نبات عانة بشرطه وإن بلغ رشيدا لأنه كان وليا حين تصرفه وقد بناه على المصلحة فلزمه كما لو زوجه أو باع ما له وإيجار ما له كذلك. أما إذا أجره مدة يبلغ فيها بالسن فبلغ رشيدا فتتنفسخ بمعنى أنا نتبين بطلانها في الزائد على البلوغ بالسن لأن له أمدا معلوما فهو مقصر بالزيادة عليه بخلافه بالاحتلام.

والأوجه منع إجارته موليه لما لا يليق به إلا إن لم يجد لائقا واحتاج (أو) إن (عتق) قن أجره سيده مدة في أثناءها بإعتاقه أو إعتاق وارثه لأنه أجر ملكه فلا يزول بما طرأ كما لو أجره ثم مات وفارق انفساخ إجارته لأم ولده بموته: أي إن تأخر الإيجار عن الاستيلاء كما

للمالك، ولو لم يعلم المالك به إلا في أثناء السير فوقفت ثم سيرها علما به فالقياس سقوط الأجرة عنه حينئذ.

بحثه ابن الرفعة بأنها ملكت نفسها بالموت من غير تملكه بخلاف القرن إنما ملك بتملكه فاخص السيد بما كان على ملكه، وكذا تنفسخ إجارة المدير بموت سيد.

وقياس ما تقرر أن محله إن تأخر الإيجار عن التدبير (ولا خيار) للمحتلم كما لو زوجت البنت ثم بلغت ولا للعتيق لأن سيده تصرف في خالص ملكه فلا ينقض (ولا رجوع للعبد) أو الأمة على السيد بأجرة ما بعد عتقه لتصرفه في منافعه حين كان مستحقها بعقد لازم، فهو كما لو زوج أمته واستقر مهرها ثم عتقت لا ترجع بشيء لما يستوفيه الزوج بعد العتق (ونفقته) بعد العتق وقبل مضي المدة ليست على السيد لانتفاء موجبها بل على نحو قريبه إن كان كما هو ظاهر فإن فقدت وجبت (في بيت المال) ثم على مياسير المسلمين كما هو ظاهر كسائر الأحرار العاجزين، ولو فسخت الإجارة أثناء المدة بعيب العتيق ملك منافع نفسه (وخير) المستأجر على التراخي لأن سببه تعذر قبض المنفعة فهو يتكرر بتكرر انقضاء الزمان في إجارة عينية قدرت بزمن أو عمل في باقي المدة بقسطه ما مضى من المسمى (بنقص) وجد في العين المؤجرة إن نقصت به منفعتها نقصا تتفاوت الأجرة به كمرض وانهدام دعامة أو اعوجاج بعضها وتغير ماء بئر معد للشرب تغيرا يمنع شربه (وانقطاع شرب) لأرض مستأجرة للزراعة وهو بالكسر النصيب من الماء (وغصب) للعين المؤجرة (وإباق) صدر منها ولم تمض مدة الإجارة فيهما كما مر لفوات تمام المنفعة، وإن وجد نحو المرض بعد قبضه لأن المنافع المستقبلية غير مقبوضة فهو قديم بالنسبة إليها، ثم إن ظهر قبل مضي مدة لها أجرة فسخ أو أجاز بالجميع أو بعده فالمعتمد أن له الفسخ في جميعها أو فيما بقي منها، خلافا للمتولي حيث منع الثاني وإن رجحه الشيخان هنا كما لو اشترى عبدين فتلّف أحدهما ثم وجد بالباقي عيبا.

وفرق ابن الرفعة بأن تجوز الإجارة على خلاف الأصل لأنها بيع معلوم فجاز فيها الفسخ بخلاف البيع، وإذا لم يعلم بالعيب إلا بعد المدة أخذ الأرش وهو التفاوت بين أجرة مثله سليما ومعيبا (لا إن) أمكنه و (تدارك فورا) بأن قبل العيب الإصلاح حالا وبأدر إليه كأن رد الأبق أو أجرى الماء في الشرب قبل مضي مدة لمثلها أجرة فلا خيار له لزوال موجبها، ولو رضي بعيب متوقع الزوال بقي خياره أو غير متوقعة فلا لأنه عيب واحد وقد رضي به (ولا) خيار (بحبس مكر) للعين المؤجرة ولو تعديا إن (لم يقدر) الإجارة (بمدة) بأن قدرت

بالعمل كأن أجر دابة للركوب إلى بلد فلم يسلمها حتى مضت مدة تمكن فيها المضي لتعلقها بالمنفعة ولم يتعذر استيفاؤها كما لا تنفسخ التي في الذمة فيما إذا لم يسلم ما يستوفي منه المنفعة حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيلها لأنه دين تأخر إيفاؤه.

أما المقدرة بمدة فإن استمر الحبس لانقضائها انفسخت في الكل وإلا انفسخت في الماضي وتخير في الباقي، ولا يبدل زمان بزمان (ولا) خيار لمكر ولا لمكتر بحدوث عذر كما بأصله فهو أعم وأحسن كتعذر ما يوقد به الحمام، و (مرض) مكر أو (مكتر) دابة لسفر إجارة عين أو ذمة أو تلف متاعه فعجز لأن الخلل ليس في المعقود عليه (و) لا خيار أيضا لمكتر أرضا لزراعة بسبب (فساد زرعه) بجائحة كسيل لأنها لحقت ماله لا منفعة الأرض، بخلاف تلفها بجائحة أبطلت قوة إنباتها فإنها تنفسخ في الباقي فإن تلف الزرع قبل تلفها وتعذر إبداله لم يسترد من المسمى لما قبل التلف شيئا بخلاف ما بعد التلف فإنه يسترد ما يقابله من المسمى لبطلان العقد فيه، وبخلاف ما لو أمكن إبداله فتنفسخ ويسترد أجره المستقبل وكذا الماضي (ولا يخاصم مستأجر و) لا (مرتهن غاصبا) للعين المؤجرة أو المرهونة أو سارقا أو مدعيا أنها ملكه وإن امتنع المالك من مخاصمته عنادا إذ لا ملك لهما ولا نيابة خلافا لما رجحه الحاوي من أنهما يخاصمان ولم يتعرض فيه لخلاف إلا هنا وفي الوقف على الموالي (كمستعير ووديع) فإنهما لا يخاصمان نحو غاصب العارية والوديعة لذلك، وكالعين في ذلك بدلها ولو أقر مؤجرها لغير مستأجرها صح ولم يبطل به حق المستأجر من المنفعة وإن كانت العين بيد المقر له، وفي الأصل هنا حكم هرب الجمال مع فروع آخر.

[باب في الجعالة]

وهي بتثليث الجيم والكسر أشهر. لغة: اسم لما يجعل للإنسان في فعل شيء وشرعا: التزام عوض معلوم على عمل معين.

وأركانها أربعة: الأول: الصيغة الدالة على الإذن في العمل بعوض يلتزمه، وحينئذ (صححة جعالة) إنما توجد (بالتزام) لمعين أو مبهم كمن رد عبدي فله كذا ولو بكتابة أو

[باب الجعالة]

(قوله صححة جعالة) من الواضح أنه لا يصح هنا إرادة الجعالة بالمعنى الشرعي وحينئذ تعين أن

إشارة أحرص مفهومة لأنها معاوضة كالإجارة فمن عمل بلا صيغة كأن التزم لإنسان فرد آخر لم يستحق شيئا وإن عرف برد الضوال لتبرعه بعمله، ودخل الرقيق في ضمانه كأخذ من غاصب بقصد الرد للمالك .

وأفهم كلامه أنه لا يشترط قبول العامل لفظا وهو كذلك حتى لو التزم له بدينار فقال أرد بنصف دينار استحق الدينار ولو كان الملتزم ولي المالك والجعل قدر أجره مثل ذلك العمل وجب الجعل في مال المالك، ويكفي التزام الجعل (ولو) كان (من أجنبي) كمن رد عبد فلان فله كذا وإن لم يقل علي ولا نواه على الأوجه لأنه ليس عوض تمليك حتى ينحصر وجوبه على من حصل له الملك، ولا يلزم من حرمة وضع اليد بقوله عدم لزوم الجعل له على أن الحرمة غير محققة إذ المالك راض بوضعها لرد قطعا .

الثاني: المتعاملان، وشرط ملتزم الجعل مالكا أو غيره الاختيار وإطلاق التصرف فخرج غير المكلف ومحجور عليه بسفه والعامل المعين أهلية العمل فدخل العبد وغير المكلف وإن لم يأذن سيد وولي وخرج صغير لا يقدر عليه والمبهم علمه بالنداء، ففي من جاء بآبق فله دينار يستحقه من جاء به ولو قنا وغير مكلف على المعتمد إذا سمع النداء أو علم به لدخوله في عموم من .

الركن (الثالث): الجعل، وشروطه ما مر في الثمن بأن يكون (جعلا) متمولا (معلوما) لهما بالرؤية أو بالوصف ظاهرا مقدورا على تسليمه كالأجرة وإلا فسد العقد ووجبت أجره المثل إذ لا حاجة لاحتمال الجهل في الجعل بخلاف العمل والعامل، ومن ثم لما احتجج له في مسألة الجعل الآتية في السير جاز وتصح سواء (قبض) الجعل في المجلس (أم لا) وفارق اشتراط قبض الأجرة في إجارة الذمة بلزومها فاحتيط لها أكثر ولو قال فله ثياب أي التي هو لابسها لا مطلقا كما هو واضح، نعم لو كان معه أمتعة فقال فله ما معه كان حكمها حكم الثياب فيما يظهر وعلمت ولو بالوصف بما يفيد العلم استحقها وإن لم يصح كونها ثمنا لما مر، ثم إن المعين لا يغني وصفه عن رؤيته لأن البيع لازم فاحتيط له بخلاف الجعالة فإن لم يصفها كذلك استحق أجره المثل أو فله ربعة وعلم هو ومكانه استحقه أيضا

المراد بها هنا معناها اللغوي وهو الجعل بضم أوله نظير ما مر في قوله إنما البيع بإيجاب إلخ أي صحة لزوم ذلك المال المجمعول منحصرة في التزام جعل معين إلخ، وقوله ولو قال فله بيانه إلخ وقع هنا في النسخ تحريف من كتابة بعض التخريجات في غير محلها، وقد أصلحتها في النسخ المعتمدة وأصلحها

على الأوجه .

وفارق ما مر أول الإجارة بأن الملك ثم بالعقد فيلزم عدم الملك حالا أو تأجيله وهنا بعد تمام العمل فلا يلزم عليه شيء وإنما تصح الجعالة (في عمل) مباح (جهل لعسر) في ضبطه (أو) في عمل (علم) للحاجة كما مر في عمل القراض بل أولى، أما ما لا يعسر ضبطه كبناء حائط وخياطة فلا بد من ضبطه كما صرح به جمع واقتضاه كلام الشيخين وغيرهما إذ لا حاجة لاغتفار الجهل فيه ولو جنس ظلما فبذل ما لا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه أو بغيره جاز .

واعترض بأمر أوجب عنها في الأصل، وشرط العمل أن يكون فيه كلفة وأن لا يتعين وإن وجب على الكفاية كالتكلم في خلاص المحبوس المذكور فلا جعل فيما لا كلفة فيه كأن قال من دلني على مالي فله كذا فدله والمال بيد غيره، ولا كلفة ولا فيما تعين عليه كأن قال من رد مالي فله كذا فرده من هو بيده أو تعين عليه الرد لنحو غصب أو عارية وإن كان فيه كلفة لأن ما لا كلفة فيه وما تعين عليه شرعا لنحو تعديه لا يقابلان بعوض، فإن لم تكن يده كذلك فإن رده وفيه كلفة استحق وإلا فلا، ولو التزم جعلاً لمن أخبره بكذا وله غرض استحق مخبر صدق وحصلت له مشقة بالبحث عنه وإلا لم يستحق وإنما تصح في مجهول أو معلوم (بلا توقيت) فإن اقترن به كأن قدر الرد بشهر مثلا لم يصح سواء قال مع ذلك من محل كذا أم لا إذ قد لا يظفر به في تلك المدة فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض (ووجب) الجعل على القائل لأنه الملتزم له (لسامع) ندائه العام وقد عمل بعد ما سمعه ولو بواسطة ما لم يقل من سمع ندائي بخلاف غير السامع لتبرعه، ولو أخبر بالتزام المالك أو أجنبي لم يجب له على المخبر شيء وإن كذب، ولا تقبل شهادة المخبر ولو ثقة لأنه متهم بترويج قوله: وأما المخبر عنه فإن كذب المخبر فلا شيء عليه أيضا لعدم الالتزام وإن صدق وجب للعامل على الملتزم ما التزمه إن كان المخبر ثقة وإلا فهو كما لو رد عبد زيد غير عالم بإذنه والتزامه فلا شيء له، نعم يتجه أن غير الثقة لو وقع في قلبه صدقه كان كالثقة قياسا على ما مر في

جماعة في نسخهم فصارت النسخة فيما يظهر وعلمت ولو بالوصف، ويكشط من هنا قوله وعلم هو ومكانه وكذا بيانه ويكتب بعد قوله ربه وعلم هو ومكانه استحقه ويكشط قوله كذلك .

[فرع] قيل ينظر فيما لو قال من رده فله دينار وهو مشترك بينه وبين آخر فرده الشريك فما

الذي يستحقه انتهى .

الشفعة وغيرها (و) وجب الجعل لشخص (معين) عمل بعد علمه بتعيينه فإذا قال إن رده زيد فله كذا لم يستحقه إلا زيد إن رده هو أو قنه أو وكيله بقيد الآتي بعد علمه بالالتزام وإلا لم يستحقه أحد لتبرع الراد حينئذ .

فإن قلت: إذا تقرر أنه لا بد من علم المعين بتعيينه والالتزام فلا يحتاج إليه لأنه داخل حينئذ في سامع لأن المراد به العلم كما تقرر .

قلت: بل يحتاج إليه لأنه لو اقتصر على سامع دخل فيه ما لو قال إن رده زيد فله ألف فسمعه عمرو وردده وليس كذلك فيتعين قوله ومعين لتخرج هذه الصورة، نعم هو يوهم أن المعين لا يشترط فيه علم بتعيينه ولا بالالتزام وليس مراداً وإنما يجب الجعل للسامع والمعين (بفراغ) من العمل، فلو مات أو هرب منه ولو في دار المالك قبل تسليمه إياه فلا شيء له وإن حضر الأبق لأنه لم يردده وإنما استحق أجير ومثله عامل فيما يظهر مات أثناء الحج بالقسط لأنه حصل بعض الثواب (وهي) أي الجعالة (جائزة) من الجانبين قبل تمام العمل لأنها تعليق استحقاق بشرط كالوصية لازمة بعده للزوم الجعل، ومعنى جوازها أنها تنفسخ بما مر في الوكالة وأنها (تغير) في أثناء العمل من كل من المتعاملين بفسخ وزيادة ونقص في الجعل أو العمل وبتغيير جنس (فإن فسخ) العامل في الأثناء فلا شيء له وإن وقع ما عمله مسلماً لأنه لم يحصل غرض المالك، نعم إن أُلجأه كأن زاد في العمل ففسخ لذلك استحق أجره المثل أو الملتزم قبل العمل ولو بإعتاق الرقيق على الأوجه فلا شيء للعامل وإن جهل أو في أثناءه لزمه له أجره المثل فيما عمل قبل الفسخ لثلاً يحبط سعيه، وإنما وجب قسط المسمى إذا مات المالك في الأثناء لأن المالك لم يمنع ثم بخلافه هنا لا فيما عمل بعده على ما أطلقه الشيخان، لكن الأوجه استحقاقه إن جهل بالفسخ وهو معين أو لم يعلن به المالك في غير المعين وإن غير الملتزم جنس الجعل (أو نقص) منه (أو زاد) فيه قبل الشروع وسمع

والقياس أنه يستحق نصف الدينار توزيعاً له على ملكه وملك شريكه أو لعرض قاض بأنه لا يلتزم لشريكه جعلاً في عمل الشريك في ملك نفسه، ويحتمل أنه يستحق الدينار ويكون في مقابلة رد حصة شريكه فقط تنزيراً للملتزم على ما يقبله فقط ومخصص الالتزام الواقع في مقابلة رده كله بحصة شريكه لأن حصة الراد لا بقصد التزام في مقابلتها للملكها .

ومر قبيل الحوالة في استئجار الشريك للعمل في حصة ماله تعلق بما هنا، وكذلك مر في المساقاة صحتها لأحد الشريكين بزيادة في الثمرة . وذكروا في الشركة أنه لو شرطت زيادة للأكثر عملاً بطل

العامل اعتبر النداء الأخير فإن لم يسمعه أو كان في الأثناء وسمع أو لم يسمع وتمه (فأجر مثل) أو بعده لأنه فسخ وهو من المالك في الأثناء يوجب ذلك، وألحق به فسخه بالتغيير يجب له (لما عمل) به قبل التغيير قبل العمل، لكن قد علمت أن أجرة المثل هنا لجميع العمل بخلافها ثم فإنها إنما تجب لما عمله (قبل) أي قبل الفسخ خلافا لما يصرح به كلامه من استوائهما. والفرق أن ذلك فسخ لا إلى بدل بخلاف هذا، نعم إن علم المسمى الثاني فقط لم يستحق منه لا قسط ما عمله بعد علمه على الأوجه .

وقضية كلام بعضهم أن له بذلك كل المسمى الثاني، ويرده ما مر أن العمل قبل العلم تبرع لا شيء فيه، وإذا رد الأبق لم يجز له حبسه لاستيفاء الجعل وما أنفق عليه بإذن الإمام لأنه إنما يستحقه بالتسليم، ويعتبر في الجعل يوم العقد فيجب من نقد يومه وإن تغير بعد نظير ما مر في الأجرة وأجرة المثل تجب فيما مر إن فسخ إلخ (أو) إن حصل العمل (في) عقد على (جعل فاسد) للجهالة له كأرضيه أو لعدم المالية شرعا لكن مع كونه (يقصد) كالحمر بخلاف ما لا يقصد كالدم أو لم يعمل طامعا في شيء (وينقص) الجعل (لنقص عمل كأن رد من) مكان (أقرب) فإذا رده من نصف الطريق المتساوية سهولة وحزونة استحق نصف الجعل لأن كله في مقابلة كل العمل فبعضه في مقابلة بعضه فإن رده من أبعد فمتبرع بالزائد كما بأصله ولو رده من غير الجهة المسماة فإن استويا فله المسمى كما صححه الخوارزمي وإن نقصت عن المسماة استحق بقدر ما يستحقه في الرد من المسافة المسماة على الأوجه (أو) كان (أعين) عامل (معين) في الجعالة (لا) حال كونه الإعانة (له) أي للمعين فقط فحينئذ يستحق كل الجعل، بخلاف ما إذا لم يقصد المشارك إعانته فقط بأن قصد العمل لنفسه أو للملتزم أو لهما أو لنفسه وللعامل أو للعامل والملتزم أو للجميع أو لم يقصد شيئا فللمعين قسطه وهو نصف الجعل في الصور الثلاث الأولى والأخيرة وثلاثة أرباعه في الرابعة والخامسة وثلاثة في السادسة ولا شيء للمعان إلا إن التزم له زائد أجرة فله، ويجوز توكيل غير المعين بعد سماعه النداء كالتوكيل في نحو الاحتطاب وتوكيل المعين فيما يعجز عنه أو لا يليق به (أو) كان (مات ملتزم) في الأثناء فأكمل العامل بعد وفاته بأن رده إلى وارثه فله قسط عمله في الحياة من المسمى، وكذا لو مات العامل فرده وارثه فله قسط ذلك

الشرط قالوا ولا يصح جعله قراضاً. وعللوه بأن العمل يقع في القراض مختصاً بمال المالك وفي الشركة بماليهما وبأن العمل في الشركة لا يقابل بعوض، وبه فارق مسألة المساقاة المذكورة فتأمل هذا جميعه مع مسألة الجعالة المذكورة قبل.

أيضاً (أو) مات (من علم) بتشديد اللام مبنياً للمفعول بجعل وهو حر أو قن وسلمه للسيد أو علمه بحضرته أو ملكه قبل إكمال التعليم فللعامل قسط المسمى لوقوعه مسلماً بالتعليم مع ظهور أثر العمل على المحل بخلاف ما إذا لم يتعلم لبلادته، وإنما لم يستحق شيئاً فيما لو خاط بعض الثوب فاحترق أو بنى بعض الخائط فانهدم لأن محله إذا لم يقع مسلماً للمالك بأن وقع ذلك قبل تسليم الثوب والجدار فإن وقع بعد تسليمه استحق العامل أجره ما عمل من المسمى كما اقتضاه كلامهم السابق في موت الصبي وصرح به ابن الصباغ والمتولي واعتمده أبو زرعة وغيره .

وخرج بمات ما لو منعه الأب مثلاً من الإتمام فله أجره مثل ما عمل لأن المنع فسخ أو كالفسخ (و) إذا تنازع المالك والعامل في موجب جعل كشرطه من أصله أو على غير المردود أو الراد (حلف منكر موجه) وهو المالك وصدق لأن الأصل براءته وعدم الشرط أو في بلوغ النداء صدق العامل .

وخرج بموجبه اختلافيهما في قدر جعل أو مردود فإنهما بعد فراغ العمل والتسليم وقبل فراغه إن وجب قسط يتحالفان ويفسخ ويجب أجره المثل .

باب [في إحياء الموات وتوابعه]

هو سنة للنص على أن فيه أجرا، والموات الأرض التي لم تعمر أو عمرت جاهلية ولا هي حريم لمعمور ويكفي عدم تحقق العمارة وإن لم يتحقق عدمها بأن لا يرى أثرها، ولا دليل عليها من نحو أصول شجر ونهر وجدار وأوتاد، ثم هي إما أرض الإسلام أو الكفر، والأول يختص إحياءه بالمسلم بخلاف الثاني وحينئذ (يملك مسلم) ولو غير مكلف لا كافر

وينظر أيضاً فيما لو قال فله هذا الدينار فتلف الدينار فهل يلزم المالك بدله أو لا أو يفرق بين كونه تلف قبل العمل أو بعده والصورة أن الراد لم يعلم بتلفه . والذي يتجه أنه لا شيء له على المالك لأنه ربط الاستحقاق بعين هذا الدينار فأخذ العامل في الرد مع سماعه هذا الربط مشعر بأنه موطن نفسه على أنه إن سلم فهو له وإلا فلا شيء له، نعم إن تلف بتفريط المالك لم يبعد تضمينه لأنه بان بالرد أنه ملكه من حين النداء والعبارة في الأموال بما في نفس الأمر، وقد بان أن ما تعدى فيه المالك ملك للعامل حال التعدي فوجب على المالك بدله .

[باب إحياء الموات]

(موات) أرض (إسلام) بإحيائه ولو بغير إذن الإمام اكتفاء بإذن الشارع، لكن يسن استئذانه خروجاً من الخلاف وإنما يملك بالإحياء مواتاً (لم يعمر فيه) أي الإسلام بأن عمر في الجاهلية أو لم يعمر أصلاً أو به أثر عمارة جاهلية لم يعرف مالكتها أو شك هل هي إسلامية أو جاهلية فللمسلم تملكه وإن لم يكن مواتاً كالركاز، نعم إن كان ببلاد الكفار وذبونا عنه وقد صولحوا على أنه لهم فظاهر أنا لا نملكه بالإحياء فإن كان بها أثر عمارة إسلامية فأمرها للإمام فيحفظها أو يبيعها ويحفظ ثمنها لظهور مالكتها، أما غير المسلم فلا يملك ما أحياه بدارنا ولو بإذن الإمام لما فيه من الاستعلاء، فإذا نزعها منه مسلم وأحيها ولو بغير إذن الإمام ملكها فإن بقي له فيها عين أخذها وله نحو احتطاب بدارنا، وسيأتي أن المتحجر يفيد تقديم المتحجر بالإحياء لا ملكه فإذا أحياه مسلم آخر ولو عالماً بطل حق المتحجر وملكه المحيي (وإن) كان المتحجر قد (أعلم) عليه بنصب نحو خشب (وأقطع) من جهة الإمام وإن لم يأذن الإمام للمحیی لأنه حقق سبب الملك لكنه يأتى بذلك كأخذه فرخ طائر عشش بملك غيره ويملك المسلم بالإحياء الموات (بمعدن) أي مع معدن فيه (مجهول) للمحیی حال الإحياء ظاهراً بأن خرج بلا علاج، وإنما العلاج في تحصيله كنفط وكبريت وقار وهو الزيت وموميا شيء يلقيه البحر إلى الساحل فيجمد ويصير كالقار، وأما الموميا التي من عظام الموتى فنجسة لاختلاطها بدمهم وصديدهم وبرام وحجر رجا وملح ولو جبلياً لم يحوج خفر وتعب وجص ومدر وأحجار نورة، وفي معناه قطعة ذهب أبرزها السيل أو أتى بها، أو باطنا بأن خرج بعلاج كنفد وحديد وورصاص ونحاس وفيروزج وياقوت لأن كلا منها من أجزاء الأرض وقد ملكها بالإحياء.

أما إذ علم به حال الإحياء فلا يملك الظاهر بالنص في الملح وقيس به غيره بخلاف الباطن فإنه يملكه على المعتمد خلافاً للإسعاد ومثلها هنا بقعتها فيملكها بإحيائها مع الجهل مطلقاً لا مع علمه بهما لفساد قصده إذ المعدن لا يتخذ داراً ولا مرزعة ولا بستاناً أو نحوها.

[تنبيه] يصح حمل المتن على المحل إذ هو المعدن حقيقة لما أنبته الله فيه أي إقامته ويملكها مع الجهل وحينئذ يكون مفهوم قوله مجهول صحيحاً لا تفصيل فيه وعليه وعلى الحال، لكن يكون مفهوم قوله مجهول بالنسبة للحال ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل كما علمت هنا والقاعدة أن المفهوم إذا كان فيه تفصيل لا يرد هذا كله في المعدن الذي

بموات أحياءه .

أما المستقل فلا يملكه بإحياء بقسميه كما عليه الخلف والسلف، ولا الباطن بحفر لأنه يشبه الموات وهو إنما يملك بالعمارة وحفر المعدن تخريب ولا يثبت اختصاص فيهما بتحجر بل هما مشتركان بين الناس، وللإمام أن يقطع من الباطن ما يقدر عليه المقطع لاحتياجه إلى علاج لا من الظاهر كسمك بركة وحشيش أرض أو حطبها ولو للإرفاق على الأوجه لأنهم أحقوه بنحو الماء وهو لا يجوز إقطاعه مطلقاً.

(و) يملك (كل) من المسلم والكافر بالإحياء (موات) أرض (كفر) إن كان ما لا يحمونه عنّا لا بالاستيلاء لأنها غير مملوكة لهم حق تملك عليهم لكنه يصير أحق به (لا مسلم) فلا يملك ذلك (إن حمي) بأن كانوا يذبون المسلمين عنه كالمعمور من بلادهم، ومحله إن صولحوا على أن الأرض لهم ثم الإحياء ورد في الأخبار مطلقاً فينزل على ما يعد إحياء عرفاً كالقبض (و) الحرز وهو يختلف بحسب الغرض منه فلا يملك الموات إلا (بتحويط) عليه بالبناء ولو بنحو قصب كالعادة (ونصب باب) أي تركيبه هذا بالنسبة (لزربية) أي إحياء موات زربية لدواب أو نحو حطب فلا حاجة لتسقيفها ولو حوط بنصب أحجار إلا طرفاً فبالبناء، فالذي يتجه من خلاف فيه أن أهل ذلك المحل إن اعتادوا بناء زرايبهم كذلك كفى وإلا فلا بتحويط ونصب باب (مع تسقيف بعض) من المحيي هذا بالنسبة (لمسكن) لأنه بدون هذه الثلاثة لا يصلح للسكنى ولا يسمى مسكناً عرفاً وإحياء المسجد كذلك.

وبحث الزركشي أن مصلى العيد لا يشترط فيه تسقيف وإن حفر القبر في موات إحياء فيملكه لا في مقبرة مسبلة لأن المسبق فيها بالدفن لا بالحفر (أو) بتحويط إلا إن اعتيد الاكتفاء عنه بجمع التراب ونحوه الآتي في المزرعة ونصب باب (مع غرس) للأشجار بالنسبة (لباغ) أي بستان لتوقف اسمه على ذلك بخلاف المزرعة لا يتوقف على الزرع ويكفي غرس بعضه إن سمي به بستاناً (و) إلا (بنحو زبر) بزاء فموحدة فراء كضرب وأصله طي البئر وأراد به جمع تراب ونصب قصب وشوك وحجر حول الأرض (وتسوية) لها بطم المنخفض وكسح المستعلى (وحرث) لتوقف الزرع عليه فإن لم يتيسر إلا بما يساق

إليه فلا بد منه بالنسبة (لمزرعة) بفتح الراء أفصح من ضمها وكسرهما لتتهياً للزراعة (وتهيئة ما احتيج) إليه بالنسبة (لهما) أي الباغ والمزرعة وإن لم يجره إليهما ولا حفر طريقه إذ لا تتهياً الأرض للغرس والزرع بدون ذلك فإن لم يحتج له كأن كفاهما المطر المعتاد لم يشترط تهيته كما لو تعذرت كأرض بجبل، ويشترط في إحياء البئر خروج الماء وطبيها إن كانت أرضها رخوة ولو قصد نوعاً فأتى بما يقصد لنوع آخر ملكه (ولا تحيا مواقف حج) أي لا يجوز إحيائها ولا تملك بالإحياء وهي عرفات ومزدلفة ومنى وإن لم تضق به لتعلق حق الوقوف والرمي والمبيت بها، ومثلها المسعى بل أولى فلا يجوز أخذ شيء من طولها أو عرضها، وألحق بها المحصب كما بحثه الزركشي واعترضه أبو زرعة لأنه يسن للحجيج إذا نفروا أن يبيتوا فيه ومثله نمرة لأنه يسن النزول فيها إلى الزوال يوم عرفة كما مر.

وظاهر كلامهم بل صريحه أنه لا يجوز إحياء شيء من نحو عرفة بزرع وإن علم أنه يحصده ويسوي الأرض قبل الحج لأن الشارع فطم الناس عن هذه المواضع وإن تيقن أن الحجيج لا يحتاجون لبعضها ولأن الإحياء بوضعه إنما يقصد للدوام.

وأما غير ذلك من بقاع الحرم فيجوز إحياءه (و) لا يحيا (حريم معمور) لأنه تبع له في الملك وهو ما يتم به الانتفاع وإن حصل أصله بدونه (كناد) وهو هنا مجتمع القوم للحديث (ومرتكض) بفتح الكاف لنحو الخيل وهو الميدان (ومناخ) للإبل والغنم وإن لم يكن لهم ذلك على الأوجه لأنه قد يطرأ لهم ذلك وهو بضم أوله موضع إناختها، ومسرح وملعب صبيان ومطرح كناسة بالنسبة (لقرية و) نحو (مكان دولاب) بضم أوله وفتححه (ومتردد بهيمة) إن كان الاستقاء بهما فإن كان بدلو فموضع وقوف النازح ومطرح ما يخرج منها أو من حوضها، ومجتمع الماء لسقي ماشية أو زرع في نحو حوض وموضع الدواب المجتمعية للسقي بالنسبة (لبئر) محفورة في الموات ومن حريمها كما يعلم ما سيذكره المحل الذي لو حفر فيه بئر خشبي على الأولى انهيار أو نقص مائها (و) نحو (ممر) صوب الباب وإن انعطف، ولا يمتد حقه بامتداد الموات بل لمن أبقى له ممراً إحياء الباقي (ومطرح) نحو (تراب) ورماد وكناسة (وتلج) ببلد يكثُر فيه (وماء ميزاب) وإن لم يكثُر المطر ثم على الأوجه لأن من شأنه الاحتياج وفناء جدارن الدار وهو ما حواليتها من الخلاء المتصل بها فكل من هذه حريم (لدار) مبنية في الموات (وما ينقص حفره ماء قناة) أو يسقط ترابها حريم

بالنسبة للقناة، وهذا بخلاف المملوك فإن للملكه أن يحفر فيه بئرا وإن انهار بئر جاره أو نقص مأوها لسبق ملكه على الحفر والموات إنما يملك بفرغ العمل، وتقدير كل ذلك تقريبا إذ العبرة بما يحتاج إليه ولو كان ثم ملك قبل تمام حد الحرم فالحريم إليه، وما لا موات حوله لا حريم له كدار ملاصقة لشارع أو دور متلاصقة إذ لا مرجح .

(و) كل مالك (له) أن يتصرف في ملكه كيف شاء وإن خالف العادة وأضر بالمالك لأنه أضر بما له ولو حرما فله (أن يحدث في ملكه) ولو في البزارين (حدادا) أو قصارا (لا يضر بجدار) لجاره بأن احتاط وأحكم جدرانه بحيث تليق بما قصده (ودباغا) وحماما أو طاحونا بين مساكن إن أحكم كذلك وأن يجعل داره بسكة غير نافذة نحو مسجد أو حمام أو خان خلافا لمن منعه وإن أضر الجار بنحو ريح خبيث وانزعاج سمع، وإذا تصرف على العادة لا ضمان عليه وإن أفضى إلى تلف كمن حفر بئر ماء أو حش فاختل به جدار جاره أو تغير بما في الحش ماء بئره لتصرفه في خالص ملكه وفي منعه إضرار به فإن جاوز العادة فيما ذكر كأن دق عنيفا أزعج أو حبس الماء في ملكه فانتشرت الندوة إلى جدار جاره ضمن لتعديده، والذي يتجه كراهة كل ما أضر ومن تحجر مواتا صار أحق به من غيره وإنما (يتحجر ما) أي محلا يكفيه (ويطبق إحياءه) وإلا لغيره إحياء الزائد ويظهر في تحجر أرض يكفيه منها عشرة أذرع مثلا تعين عشرة تلي ملكه إذا قامت القرينة القوية على أنه إنما تحجر ليوسع ملكه، وإنما يحصل التحجر (بأعلام) كأحجار ينصبها عليه للإحياء (أو إقطاع إمام) أو نائبه فيه محلا يكفيه ويطبق إحياءه إذا إقطاعه كالتحجر إن لم يكن لتمليك رقبته وإلا ملكه (أو استيلاء) زمناً (على ما حماه كفار) فيصير الغائمون أحق بإحياء أربعة أخماسه وأهل الخمس أحق بإحيائه (وقدم) المتحجر المذكور ومثله وارثه ومن نقل إليه (به) أي ما يكفيه ويطبقه على غيره لأنه صار أحق به، وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقب التحجر (فإن أهمل) الإحياء (وأطال) الإهمال بأن مضى زمن يمكنه الإحياء فيه وعد طويلا عرفا ولم يكن له عذر (نوزع) من الإمام بأن يأمره بالإحياء أو رفع يده عنه لأنه ضيق على الناس فإن استمهله لعذر أمهله مدة قريبة بحسب ما يراه الإمام، ولا يتقيد بثلاثة أيام فإن مضت ولم يعمر بطل حقه وكذا لو مضت بلا مهلة (ولا يباع متحجر) لعدم ملك المتحجر له وحق التملك لا يباع كحق الشفيع (وحمي) جوازا (وال) من الإمام أو نائبه في الحمى (لنحو

نعم صدقة) وخيل جهاد وضوال، ومواشي العاجزين عن النجعة مواتا ترعى فيه دون غيرها إن لم يضيق على الناس للاتباع أما غير الإمام فيمنع من الحمى كإمام حمى لنفسه لقوله ﷺ «لا حمى إلا لله ورسوله» ومن ثم كان يجوز ﷺ ذلك لكن لم يقع ولا يغير حماه ﷺ. وإن استغنى عنه لأنه نص فيقلع ما غرس أو بنى أو زرع فيه (ونقض) ندبا أو وجوبا بحسب ضعف المصلحة وقوتها فيما يظهر حمي غيره من الأئمة (لمصلحة) بأن ظهرت فيه بعد ظهورها في الحمى فليس من نقض الاجتهاد بالاجتهاد وإذنه في إحيائه نقض له (ولا ينقض النقيع) بالنون وقيل بالموحدة من ديار مزينة في صدر وادي العقيق على نحو عشرين ميلا من المدينة لأنه ﷺ حماه وإن زالت الحاجة إليه.

(وجاز) ولو لذمي وقوف (في شارع) ولو وسطه (وجلوس) به (لاستراحة ومعاملة) مثلا (إن اتسع) الشارع فلم يضيق بذلك على المارة وإن لم يأذن فيه الإمام لاتفاق الناس عليه في سائر الأعصار، نعم الأوجه أن من تولد من نحو وقوفه ضرر ولو احتمالا أمر بقضاء حاجته والانصراف، وللجالس التظليل بما لا يضر كبارية بالتشديد وهي منسوج قصب كالحصير لاعتياده لا بناء نحو دكة أو مظلة ويختص بمحل أمتعته ومعاملته فليس لغيره أن يضيق عليه فيه، وله منع واقف منع رؤية متاعه أو وصول معاملته إليه لا من قعد لبيع مثل متاعه ولم يزاخمه فيما يختص به، وللإمام أو نائبه أن يقطع بقعة من الشارع لمن يرتفق فيها بالمعاملة لا لتملك وإن أراد اتساعه وليس لأحد أخذ عوض من يرتفق فيه بنحو معاملة وما يفعله وكلاء بيت المال من بيع بعضه فسق وضلال، ومن ثم قال ابن الرفعة لا أدري بأي وجه يلتقى الله من يفعل ذلك.

قال الأذرعى: وفي معناه الرحاب الواسعة بين الدور وشنع على بيعهم أيضا حافات الأنهار وعلى من يحكم أو يشهد بأنها لبيت المال، ونقل غيره الإجماع على أنه لا يجوز البناء فيها مطلقا وأنه يجب هدمه وإن بعد النهر عنها (وسابق) ولو ذميا (إليه) أي إلى مكان من الشارع للارتفاق بالجلوس فيه لنحو معاملة أحق به من غيره لحديث بذلك، فإن جاء معا أقرع بينهما كان أحدهما مسلما قدم (و) سابق (إلى) موضع من (مسجد) أو مدرسة (لتعليم قرآن) أو إقراء حديث (أو) تعليم (علم) شرعي أو آلة له أو إفتاء في علم كذلك أو لتعلم ما ذكر كسماع درس بين يدي مدرس (أحق به) من غيره فلا يزعم

عنه (وإن طال) جلوسه به (ما لم يترك) ذلك الموضع بأن يعرض عنه لتركه نحو الحرفة أو لانتقاله لغيره (أو يغيب) عنه (غيبه) طويلة بحيث (تقطع) عنه (ألفه) للمعاملة أو التعلم عرفا وإن لم ينقطعوا ولم يعرض وهم جمع ألف بالمد فحينئذ يبطل حقه ويصير غيره أحق به، وإن ترك فيه متاعه أو أقطعه له الإمام أو فارقه بعذر كسفر أو مرض لإعراضه عرفا.

أما إذا قصد العود إليه أو لم يقصد شيئا على الأوجه ولم تطل غيبته كذلك فهو باق على أحقيته وإن فارقه بغير عذر لخبر مسلم «من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به» لكن لغيره الجلوس فيه ما دام غائبا ولو لمعاملة، ويأتي هذا التفصيل في مقاعد الأسواق التي يعتاد الاجتماع لها ولو كل سنة، والجالس لنحو استراحة يبطل حقه بمجرد مفارقتها، وما ذكر في المسجد هو المعتمد وإن انتصر الأذرعى وغيره لمقابله بأنه المنقول وأن الأول غلط.

(و) السابق إلى محل من المسجد أو غيره (لصلاة) أو استماع حديث أي ليس فيه نحو تفقه كما علم ما مر أو وعظ وإن كان اعتاد الجلوس بقرب كبير المجلس وانتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه أحق به (فيها) وفيما بعدها حتى يفارقه، وإن كان خلف الإمام وليس فيه أهلية الاستخلاف خلافا للزر كشي فإن فارقه لغير عذر بطل حقه وإن نوى العود أو به لا ليعود لأن الصلاة ببقاع المسجد لا تختلف، ولا نظر لزيادة ثوابها في الصف الأول لأنه لو ترك له موضعه منه وأقيمت لزم إدخال نقص على أهل الصف لعدم اتصاله فإنه مكروه ومجيئه أثنائها لا يجبر خلل أولها أو لعذر بنيتها العود إليه كقضاء حاجة وتجديد وضوء وإجابة داع كان أحق به، وإن اتسع الوقت ولم يترك نحو إزاره حتى يقضي صلاته أو مجلسه الذي يسمع فيه، نعم إن أقيمت واتصلت الصفوف فالوجه سد الصف مكانه لما مر، ولا عبرة بفرش سجادة له قبل حضوره فلغيره تنحيتها بما لم يدخلها في ضمانه بأن لم تفصل على بعض أعضائه كما هو ظاهر، ويتجه في فرشها خلف المقام بمكة وفي الروضة المكرمة حرمة لأن فيه تحجير المحل الفاضل إذ الناس يهابون تنحيتها وإن جازت لغلبة وقوع الخصام فيه حينئذ، وفي الجلوس خلف المقام لغير دعاء مطلوب وصلاة أكثر من سنة الطواف حرمتها أيضا إن كان وقت احتياج الناس للصلاة ثم لأن فيه إضرارا لهم لمنعهم من المحل الفاضل لغير عذر.

(و) السابق (إلى) موضع من (رباط) مسبل أو خانقاه ليسكنه وفيه شرط ساكنيه أحق به إن أذن له ناظره على المعتمد (ما لم يترك) أي يعرض عن ذلك الموضع (أو) يخرج ولو لحاجة و (يطل غيبة) عنه عرفا فحينئذ السابق إليه بعده أحق به، بخلاف ما إذا خرج لحاجة أو سكن بيتا منه وغاب ولم تطل غيبته فهو باق، وإن سكنه غيره ولم يخلف فيه متاعه ودخله بغير إذن الإمام لا لفعله مع سبقه إليه ولغيره سكناه مدة غيبته، ولا يزعج الأحق بمحل هنا وفيما مر وإن طالت إقامته أو سكناه إلا لشرط أو عرف كرباط على المسافرين لا يزداد فيه على ثلاثة أيام بلياليها ما لم يعرض نحو خوف أو مطر فيمكث لزواله.

(و) السابق (إلى معدن) ظاهر أو باطن (مباح) لم يتسع أحق من غيره فإن جاء معا فالقرعة، نعم يقدم مسلم لأخذ الحاجة على أخذ التجارة، وإنما يقدم الأحق (بقدر حاجته) عرفا بالنسبة لأمثاله لأنه مشترك بين الناس كالماء، ولا يزعج قبل ذلك (ما لم يطل) مقامه زيادة على العادة فإن زاد على حاجته أو أطال ضيق على غيره أزعج لشدة الحاجة وعمومها للنيل هنا، بخلاف نحو مقاعد الأسواق.

واعلم أن المياه إما مباحة كالأنهار فالناس فيها سواء لقوله ﷺ «الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار» وتقدم حاجة بهيمة باستعمال على حاجه زرع وشجر، وإذا أراد قوم سقي أراضيهم من ذلك فإن اتسع سقى من شاء متى شاء وفيما إذا لم يتسع (يسقي الأعلى) فالأعلى أولا فأولا، والمراد بالأعلى والأول المحيي قبل الثاني وهكذا لا الأقرب إلى النهر، ومن ثم (لا) يسقي (حادث) وهو الذي وقع إحياءه بعد الأول فلا يبقى قبله وإن كان أقرب إلى النهر فإن أحيوا دفعة أو جهل السابق قدم الأقرب إلى النهر بناء على أن المحيي أولا يحرص على القرب منه، لكن الأوجه ما بحثه الأذرعى من أنه لا بد من الإفرع وإنما يمنع تقديم الحادث فيما إذا (ضيق) بتقدمه على المحيي قبله بأن لم يف الماء وإلا سقى كل ما شاء متى

(قوله قدم الأقرب إلى النهر بناء على أن المحيي أولا يحرص على القرب منه) هذا إنما يأتي في صورة أو جهل السابق لأنه مع جهله يحتاج إلى قرينة تشهد لأحدهما، والأقرب إلى النهر معه قرينة هي أن الغالب أن مريد الإحياء يحرص على القرب من النهر فقربه منه قرينة لشهادة الغالب على أنه السابق، وأما إذا أحيوا دفعة فذلك الغالب لا دخل له هنا، نعم يوجه تقديم الأقرب إلى النهر في هذه بأن الأقربية إليه توجب الاستحقاق من حيث إن مياه المباح يكون تمكن الأقرب منه بالقوة سابقا على تمكن الأبعد فنزلوا هذا التمكن بالقوة منزلته بالفعل فقدموا الأقرب لأن شبهة استحقاقه أقوى.

شاء كما مر لأن الغرض أنه يسقي (من ماء مباح) ويقدم كل بقدر حاجته (كالعادة) على المعتمد، وما وقع في عبارة الحاوي كالجمهور تبعاً للحديث من التقدير بالكعبين جروا فيه على الغالب أنه الذي يحتاج إليه في ذلك وإلا فالأولى والأضبط التقدير بالحاجة لاختلافها باختلاف الأرض وما فيها وبالوقت (وحرّم منعه) من السقي إلى الغاية المذكورة لأن الحق له. والأوجه أن للسابق منع من أراد إحياء موات ليسقيه من ذلك النهر إن ضيق عليه (وملك) هذا الماء المباح (بإيعاء) له في إثناء أو حوض مسدود وإن لم يستقر فيه فليس لغيره مزاحمته فيه كما لو احتطّب، فلو أعاد ما جازه منه إليه لم يصّر شريكاً فيه اتفاقاً، ولا يملك ما دخل منه في ملكه ومن دخل له بلا إذنه أثم لكنه يملكه.

ويبحث الزركشي أخذاً من كلام صاحب البيان أنه يملك بإغلاق باب عليه كإغلاقه

وبهذا يتجه إطلاق الأصحاب في هذه تقديم الأقرب، ولما كان في هذا من الخفاء ما هو معلوم بحث الأذرعى الإقراع، لكن يلزم على بحثه إلغاء ما قالوه من تقديم الأقرب بالكلية، وذلك حسن بل حيث أمكن أن لكلامهم وجهاً وإن ضعف وجب اتباعه بل يجب اتباعهم وإن لم يظهر لنا وجه لما قالوه لأننا مقلدون في الترجيح ظهر لنا ما قالوه أولاً. وإذ قد تقرر تقديم ما قالوه، وإن لم يظهر له وجه فكيف وقد ظهر كما ذكرته، ولله الحمد كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه عدد معلوماته أبداً.

(قوله والأوجه أن للسابق منع من أراد إحياء موات ليسقيه من ذلك النهر إن ضيق عليه انتهى) كذا أطلقوه فشمّل من أراد إحياء موات فوقه أو محاذيه أو أسفل منه، وحينئذ يسأل عن الفرق بين هذا وقول الشرح بعده بأسطر ولا حفر نهر فوقه إن ضيق عليه فقيّد هنا المنع بالفوق؟ وجواب ذلك أن ما ذكره أولاً في إحياء الأراضي لتشرب من النهر وفي الثاني في الحفر في الملك، وملحظهما مختلف لأن من سبق بإحياء أرضه يستحق أن يستفرغ النهر كله في أرضه ما دام محتاجاً إليه، وحينئذ فمن يريد إحياء موات ليسقيه من ذلك النهر وقد ضاق الماء يحقق منه الإضرار السابق في أي محل كان إحياءه لمنع مطلقاً. وأما في الثانية فصورتها أن إنساناً حفر نهرًا ليدخل الماء فيه من الوادي إلى ملكه فإذا سبق بهذا استحق استفراغ الوادي في نهره ما دام محتاجاً إليه فإذا جاء آخر يريد أن يحفر نهرًا آخر من الوادي ليدخل في ملكه وقد ضاق عنهما فإن حاذى النهر المحفور ثانياً النهر المحفور أولاً أو كان فوقه شاركه في الماء في المحاذاة وتقدم عليه في الفوقية، بخلاف ما إذا حفر نهرًا أسفل الوادي فإنه يمنع لأنه لا ينزل في نهره إلا ما فضل عن الأول ولا ينزل في ملكه شيء ما دام نهر الأول مفتوحاً لأنه يستفرغ الماء كله إذا أحياه.

وحاصله أن الإضرار في المسألة الأولى موجود مطلقاً. وفي الثانية إنما ضره إن لم يكن حفره أسفل

فتأمله.

(قوله فلو أعاد ما حازه منه إليه لم يصّر شريكاً فيه اتفاقاً) يوجه ذلك بأنه ما دام في النهر فهو

باق على إباحته فإذا أعاد ما أخذ منه إليه أو إلى مثله ارتفع الملك عنه وعاد إلى إباحته لأن سبب الملك

على الصيد، وقياس ما مر في الصيد في سفينة أو شبكة مغصوبة أن الغلق هنا من الغاصب يفيد الملك (وإن جاء) أي اثنان مثلاً إلى ماء مباح مرتباً وقد ضاق عنهما قدم السابق بقدر كفايته، نعم يقدم على دوابه عطشان مسبوق أو (معاو) قد (ضاق) عنهما أيضاً قدم العطشان فإن استويا عطشاً أو غيره (أقرع) بينهما ولا يقدم قارع دابته على آدي هذا كله في الأنهار المباحة كما تقرر.

أما المملوكة فمن حفر نهرها يدخل فيه الماء من الوادي فالماء باق على إباحته لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل في ملكه كما مر آنفاً، ولغيره الشرب وسقي الدواب والاستعمال منه لا دخول ملكه إلا بإذنه ولا حفر نهر فوقه إن ضيق عليه، وأما مختصة ببعض الناس وهي مياه الأنهار والقنوات، فمن حفر بئراً في موات للإتفاق بها اختص بها وبملئها كالمالك (و) من ثم (قدم) حافر (ببئر حفرها) في الموات (رفقا) أي لأجل ارتفاع نفسه أو داوبه أو مزارعه بالشرب منها (حتى يرتحل) فإذا ارتحل ولو بقصد العود إليها وإن عاد ثارت كالمحفورة للمارة أو لا بقصد شيء، وحكمها أنه كأحدهم وإن حفرها للتملك أو في ملكه أو انفجر فيه عين ملكها وملك ماءها لأنه نماء ملكه كاللبن (ووجب) عليه (بدل فضل بئر) حفرت لارتفاع أو تملك مجاناً أي ما فضل عن شربه

الإيعاء والحوز وبالعود زال ذلك، ولا يتوهم من قولهم لم يصير شريكاً أنه وهو في محله له مالكون مشتركون فيه وهذا لا يصير شريكاً لهم لأن هذا خلاف الفرض لأن الفرض أنه مباح لا مالك له، فقولهم لم يصير شريكاً معناه لم تتصور الشركة فيه إذ المباح حق عام للمسلمين لا مالك له كما تقرر، ولهذا يندفع ما قيل لا يخلو إما أن يكون ملكه باقياً بعد الخلط أو زال به فإن كان الأول فما وجه عدم الشركة؟

فإن قيل: وجهه عدم تصورها لعدم تعيين الشركاء.

قيل: قد أثبتوا الشركة في نظيره حيث قالوا يملك الغانمون باختيار التملك ولا شك أنهم شركاء لأهل الخمس ونحوهم وهم غير متعينين، وإن كان الثاني بأن زال ملكه بالخلط أشكال بعدم زوال ملكه فيما لو ملك الصيد بشيء من أسباب الملك ثم سببه ولو بالعتق فيحتاج للفرق في السببين انتهى.

ووجه اندفاع جميع هذا بما قرره من عوده إلى الإباحة باختلاطه بما لا ملك له، وإذا كان مثل هذا الاختلاط يخرج عن ملك مالكه كما قرره في الغصب وغيره فهذا أولى لأنه بالخلط عاد إلى حالته الأولى المقتضية لعدم ملكه مع عدم تصور شريك له إذ لا مالك للمخلوط به، فإذا بان زوال الملك عنه بالعود فالفرق بينه وبين الصيد واضح مما قرره لأن للصيد لم يحصل فيه مقتضى لزوال الملك عن مالكه، وقول صاحبه أبحت له لمن يأخذه أو اعتقته لا يفيد إخراجها عن ملكه لأنه لا يعود بمجرد ذلك إلى إباحته لأنه متميز لم يطرأ إليه انبهاً بصيره مباحاً، والماء في صورتنا انبهاً بمباح ولم يمكن تمييزه عنه

(لمستق) آدمي غريب أو مقيم يدفع به العطش وإن احتاجه مالكة لماشية أو زرع (و) عن ماشيته وزرعه وشجره لأجل (حاجة ماشية) أي حيوانات محترمة لغيره وإن أقام غيره ثم لقوله ﷺ «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلاء» أي من حيث إن الماشية إنما ترعى بقرب الماء فإذا منع فقد منع من الكلاء ويلزمه مع ذلك تمكينها من ورود البئر إن لم يضر به (و) محل وجوب بذله لها إن كان (ثم) أي هناك (مرعى) مباح ولم يجد ماء مبدولاً له مباحاً أو مملوكاً ولم يحزره في نحو إناء وإلا لم يجب بذله، ولا يجب بذل فضل الكلاء ولا إعاره آلة الاستقاء (لا لزوع) للغير فلا يجب بذله له، وفارق الماشية بحرمة روحها وما وجب بذله لا يصح بيعه للنهي عنه بخلاف بيع الطعام للمضطر (وشركة نهر) حفره جمع يكون بينهم (بحسب عمل) أي على قدره عملاً أو إنفاقاً فإذا عمل واحد من ثلاثة النصف وآخر الثلث وآخر السدس أو أنفقوا كذلك اشتركوا كذلك فيقتسمون الماء عند ضيقه بخشبة مثلاً مستوية العلو والسفل فيها ثقب متساوية أو متفاوتة بمقادير الحقوق من القناة فإن جهل فبقدرها من الأرض لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك أو بالمهاياة ولكل الرجوع عنه متى شاء وقد تتعين لبعده أرض بعضهم من المقسم كما أن الأولى قد تتعين إذا كان الماء يقل في زمن دون زمن، ولو شرطوا أن شركته بينهم تكون على قدر ملكهم من الأرض كان عمل كل منهم على قدر أرضه، ومن زاد متبرع ما لم يكرهه الباقون أو يشترطوا له عوضاً فيرجع عليهم بأجرة مثل الزائد.

بوجه فأعطى حكمه، كما أن الاختلاط الذي في الغصب لما كان كذلك وجب أن لهذا المختلط حكم المختلط به في انتقاله عن مالكة إلى مالك المختلط به، فتأمل لتعلم وضوح ما بين الصيد والماء من حيث إن الصيد لم يطرأ عليه انبهاهم يتعذر معه ملك مالكة والماء طرأ عليه انبهاهم بمباح لا يمكن تمييزه عنه فأعطى حكم ذلك الماء ولم يبق حاجة لإبقاء الملك لأنه الآن قادر على أخذه المفيد للملك ولا كذلك الصيد.

وبهذا يظهر بعد مشابهة مسألة الماء لمسألة الغنيمة وأنه لا جامع بينهما بوجه. أما أولاً فلأن ملكه شائع معلوم وملك شركائه كذلك حتى أهل الخمس وغيرهم من الأصناف لأن الشارع جعل لكل قسم حصة معلومة وربطها بوصف معلوم، وهذا لا يؤثر فيه الخلط وصفاً غير ما هو عليه فبقي على حاله من ملك الغائمين وملك شركائهم المعلومين بالوصف دون الشخص، والجهل بالأشخاص لا يؤثر لأن القسمة تقع باعتبار الأوصاف وأن كل صنف للحصر باعتبار وصفه كالأيتام والفقراء والمساكين سواء أقلنا يعطي ثلاثة من كل صنف أو يعم ما أمكنه، وحينئذ فلا جامع بين الغنيمة ومسألة الماء فتأمل ذلك كله فإنه مهم.

[باب في الوقف]

مصدر وقف . وأما أوقف فلغة تميمية رديئة وهو لغة الحبس، وشرعا حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه لقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح وجهة كذا عبر به بعضهم، والأولى حذف آخرين لجهة لإيهامه وعدم الاحتياج إليه لشمول ما قبله له وهو قرينة مندوب إليها، فقد حمل العلماء الصدقة الجارية المستمرة الثواب بعد الموت المذكورة في الخبر على الوقف، وأول من وقف في الإسلام عمر رضي الله عنه بإشارته ﷺ ثم تتابع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على ذلك حتى زادوا على الثمانين .

[وأركانها أربعة: الأول: الواقف] وشرطه صحة تبرعه فحينئذ إما توجد (صحة وقف) ما يأتي إن صدر من (أهل تبرع) ككافر ولو لمسجد نظرا لاعتقادنا، وأعمى إذ يصح وقف غير المرثي، ومبعض، وإمام من بيت المال على معين أو جهة كما بينته بقيدته في الأصل لا مكاتب بغير إذن سيده ومفلس وولي .

[الثاني]: صيغة باللفظ كالعتق أو بإشارة أخرس مفهومة أو بكتابه أو بكتابة الناطق مع نيته، وصريحه يحصل (بوقفت) هذا و (حبسته) - (وسبلته) أي بها وبالمشتق منه لاشتهارها فيه شرعا وعرفا و (تصدقت) وما اشتق منه أيضا، لكن شرط صراحته أن يوصف بلفظ ما ذكر أو نحوه كتصدقت بهذا (صدقة) محبسة أو مسبلة أو حراما أو (محرمة أو موقوفة) أو مؤبدة (أو) بحكم من أحكام الوقف كصدقة (لا تباع أو لا توهب) لانصرافها بذلك عما اشتهرت فيه من التملك المحض .

وجمع الشيخين والحاوي وغيرهم بينهما تأكيد لا شرط كما جزم به الروياني وغيره ورجحه ابن الرفعة، ومن ثم اتجه الاكتفاء عنهما بلا تورث، وإخراج تصدقت عن موضوعه من كونه كناية بضم كناية أخرى إليه مخالف لسائر الأبواب، وحكمته أنه وحده صريح في إزالة الملك الصادق بالتطوع والوقف مع إطلاق الشارع له عليه فكان اللفظ الذي بعده مبينا أن المراد به الثاني بخلاف نظيره من سائر الأبواب .

فإن قلت: نحو محبسة وموقوفة مشتق من الصريح فكيف يقال إنه ضم كناية

إلى كناية؟

قلت : لما وقع وصفا لمصدر تصدقت المحتمل صار محتملا مثله فصدق عليه حينئذ حد الكناية (و) من الصرائح قوله (جعلته) أي هذا أو مكان كذا (مسجدا) فيصير مسجدا وإن لم يقل لله ولا أتى بشيء ما مر لاشتهاره في المقصود، ووقفته للصلاة صريح في الوقفية وكناية في خصوص المسجدية فلا بد من نيتها، بخلاف البناء على هيئة المسجد فإنه غير كناية وإن أذن في الصلاة فيه إلا بموات فيصير مسجدا بمجرد البناء مع النية، خلافا للفارقي لأن اللفظ إنما احتيج إليه لإخراج ما كان في ملكه عنه وهذا لم يدخل في ملك من أحياء مسجدا فلم يحتج للفظ وسار للبناء حكم المسجد تبعا، ومن ثم اتجه جريان ذلك في بناء مدرسة أو رباط وحفر بئر وإحياء مقبرة في الموات بقصد التسبيل (و) ما مر إما صريح بنفسه أو مع غيره، ولا تتقيد الصحة بهما بل يصح أيضا (بكناية) مع النية وهي ما يحتمل الوقف وغيره (كحرمت) هذه البقعة للمساكين أو لفلان أو (أبدت)ها - أو داري محرمة أو مؤبدة (أو تصدقت) وما اشتق منه وإنما يكون كناية في الوقف (إن) نوى به الوقف و (عم) به كتصدقت على الفقراء لأنه حينئذ غير صريح في التملك المحض (وإلا) يعم به بأن كان على معين واحد أو جماعة (فنوع هبة) إذ هو حينئذ صريح في التملك المحض فلم يكن كناية في الوقف بل صريح الصدقة التي هي من أنواع الهبة الآتية، نعم صرح جمع أنه لو نوى به الوقف صار وقفا باطنا .

[الركن الثالث] : الموقوف فلا يصح الوقف إلا (في ملك) أي مملوك أو فرعه ولو لغير الواقف كوقف الإمام أرض بيت المال أو الفيء أو الحاكم ونحو الناظر بدل الوقف المتلف أو الربيع المشترط أن يشتري به، ويوقف (معين) ولو منقولاً مفزراً أو مشاعاً لقوله عليه الصلاة والسلام «وأما خالد فقد احتبس أذراعه وأقتاده في سبيل الله» وهي ما يعتد به من مركوب وسلاح وآلة جهاد .

والأوجه صحة وقف المشاع وإن قل مسجدا ويحرم المكث فيه على الجنب تغليباً للمنع

(قوله نعم صرح به جمع أنه لو نوى به الوقف صار وقفاً باطناً) إنما يظهر هذا قبل أن يقبضه للمتهب وإلا فهل لو قال الآن نويت به الوقف فقبل وتبرع من المتهب أو لا تقبل، والثاني هو الوجه لأنه لا يتم قولهم صار ملكاً ظاهراً إلا إن قلنا بذلك، نعم لو قدر باطناً أن يختلسه ويجريه على حكم الوقف المنوي جاز له بناء على قول الجمع المذكورين .

(ينقل) أي يقبل النقل من ملك شخص إلى ملك آخر لأنه نقل ملك إلى الله تعالى (ويفيد) فائدة حالاً أو مآلاً كثمرة أو منفعة يستأجر لها غالباً (وهو باق) لأنه شرع ليكون صدقة جارية، وذلك كوقف شجر لريعه وقرن وجحش صغيرين وزمن يرجى زوال زمانته وحلي للبس، ونحو عنبر ومسك للشم، ونحو عندليب لصوته كما هو ظاهر لصحة بيعه لذلك، ومغصوب وإن عجز عن تخليصه، وعلو دون سفلى ولو مسجداً أو فحلاً لضراب بخلاف إجارتها له لأن القرية يحتمل فيها ما لا يحتمل في المعاوضة وما لم يره على المعتمد (ولو) كان مؤجراً وقفه مؤجره أو موصى بمنفعته مدة وقفه الوارث أو بناء أو غراساً في أرض مستأجرة وقفه المستأجر ولو بعد المدة لإمكان الانتفاع بذلك في الجملة، ويستمر وقف بناء أو غراس قلع فإن لم ينفع فليل يصير ملكاً للواقف وقيل للموقوف عليه قال الإسنوي بحثاً والصحيح شراء عقار أو جزء عقاربه، وذكر الأذرعى نحوه .

فإن قلت: صرح الأصوليون بمنع إحداث قول ثالث مبين لكل من القولين قبله فكيف ساغ للإسنوي ذلك .

قلت: ذاك محله فيما استقر الخلاف فيه فلا يحدث إلا مفصل لا يخرج كل من أجزاء تفصيله عن ذلك الخلاف، وأما ما استنبطه الأصحاب وأبدوا فيه وجهها فلم يستقر الخلاف فيه ولكل من أصحاب الوجوه أن يبدي فيه وجهاً وإن خالف الوجوه قبله من كل وجه كما أطبق عليه عملهم وتصرفهم (و) كذا لو كان (مدبراً أو معتقاً بصفة) يعني معلقاً عتقه بها كما يصح بيعهما (وبطل) الوقف فيهما (بوجودها) لتقدم سبب عتقهما على وقفهما

[فرع] لو قال مالك عبد لآخر وكلتكم أن تقف عبدي هذا على نفسك فهل يصح قال

السبكي: الأرجح الصحة لتعاین المالك والموقوف عليه وبناء على القول بعدم اشتراط القبول انتهى .

(قوله قول ثالث مبين) المبين هو أن يكون كل من أجزائه لا يقول بها واحد من القولين قبله لأن هذا خارق لاجتماعهما حينئذ كتوريث العمدة دون الخالة أو عكسه لأن كلا من القولين قبله القائل بتوريثهما للزوم الأصل، وبعدم توريثهما لانتفاء الفرض والعصوبة لا يقول بشيء من هذين الجزئين لأنه إن قال بتوريث واحدة لزمه القول بتوريث الأخرى، فلذا ردوا القول بهذا التفصيل بأنه خارق للإجماع بخلاف تفصيل ليس كذلك كإحلال متروك التسمية سهواً وتحريم متروكها عمداً فإنه غير مخالف للقولين قبله لأنك لو عرضت الأول على القائل بحله مطلقاً وافقك والثاني على القائل بتحريمه مطلقاً وافقك فليس في واحد من جزئيه ما أجمع القولان على تحريمه .

(قوله لتقدم سبب عتقهما على وقفهما) قيل: قضية العلة أنهما إذا وقعا معاً كان وكل من

وفارق البيع بأنه أجنبي عن التعليق بكل وجه فألغاه من أصله، بخلاف الوقف فإن القصد منه ومن التعليق التقرب بانفكاك القن عن اختصاص الآدمي فلم يلغاه (لا) وقف ما لم يتوفر فيه جميع الشروط السابقة كنجس ومطعموم ونقد لا ليصاغ منه حلي وريحان لشمه وإن صح استئجاره له لأنه نادر، نعم المزروع يصح وقفه كما قاله النووي لبقائه مدة وآلة لهو و كلب وأحد عبديه وفارق العتق لأنه أنفذ بدليل سرايته وتعليقه وقن في ذمته كما لا يصح عتقه وحمل وإن صح عتقه فإن وقف أمه تبعها ومنفعة فقط وإن ملكها مؤبدا بوصية ولا وقف حر (نفسه) لأن رقبته غير مملوكة له (و) لا وقفه (مكاتبا) لا (أم ولد) إذ لا يقبلان النقل.

[الركن الرابع]: الموقوف عليه وشرطه إن كان معيناً واحداً أو متعدداً عدم المعصية وصحة تملكه فلا يصح الوقف إلا (على) من هو من (أهل تملكه) أي الموقوف حال الوقف من الواقف لأن الملك وإن كان لله تعالى إلا أن المنفعة تنتقل للموقوف عليه فلا يصح وقف قن مسلم ونحو مصحف على كافر (لا نفسه) فلا يصح وقفه عليها لتعذر تمليك الإنسان ملكه لنفسه لأنه حاصل ويمتنع تحصيل الحاصل وله حيل في الأصل وأحسنها أن يؤجر العين مدة طويلة معلومة بأجرة منجمة ثم يقفها ثم يستأجرها لنفسه تلك المدة (و) لا على جميع الناس ولا على (بهيمة) غير موقوفة ولو على أن يعلفها فإن قصد مالكها فهو وقف عليه.

أما الموقوفة أو المرصودة أو المصدقة في سبيل الله فيصح على علفها وكذا على حمام مكة كما يأتي (و) لا على أحد هذين ولا على (حمل) وفارق الوصية له بتعلقها بالاستقبال وهو تسليط في الحال، ومن ثم لم يصح منقطع الأول (و) لا على (مرتد) ولا

يقف عنه وأعتق هو وحصلاً معاً أنه لا يبطل الوقف فهل الأمر كذلك انتهى.

صورة المسألة أنه قال لقته إن دخلت الدار وإن مت فأنت حر ثم وقفه ثم وجدت الصفة فيعتق عنها، ويبطل الوقف لأنها أقوى لتقدم سببها وهو التعليق على إنشاء الوقف لقوله وقفته إلخ. وبهذا يعلم أنه لا يتصورها هنا معية والمثال المذكور ليس مما نحن فيه لأنه لم يوجد فيه إلا مقارنة صيغة وقف وصيغة عتق، ومعلوم أن العتق أقوى لأن الشارع متشوف إليه أكثر من الوقف ولأنه مزيل للعتيق عن الاختصاص الآدمي على كل قول، بخلاف الوقف ليس كذلك لأن لنا قولاً أن الموقوف ملك للواقف.

(قوله ولا على مرتد وحرابي) فارق الوصية بأنها ليست مقصودة للدوام، بخلاف الوقف مقصود له وهذان لا دوام لهما.

على (حربي) ولو غير آله حرب لانتفاء قصد القرية فيمن هو مقتول لكفره، وبه فارق صحته على زان محصن وقاطع طريق تحتم قتله وخرج بهما الذمي، نعم إن ظهرت فيه قصد المعصية كأن كان خادماً كنيسة التعبد لم يصح الوقف عليه على ما جزم به بعضهم (و) لا على (العبد نفسه) لأنه ليس أهلاً للملك، وإنما صح على الأرقاء الموقوفين لخدمة نحو الكعبة لأن القصد ثم الجهة والكلام هنا في الوقف على معين (و) الوقف على قن لغير الوقف إذا كان (مطلقاً) بأن لم يقيد بنفسه يصح ويكون وقفاً (لمالكه) وإن كان هو الذي يقبل بناء على اشتراط القبول كالهبة والوصية، وفارق ما مر في البهيمه لأنها ليست أهلاً للملك بحال وهو أهل له بالتملك على قول ويصح على البعض والمكاتب على تفصيل في الأصل (ولا) يصح الوقف (بشرط أن يأكل منه و) لا بشرط أن (ينتفع) منه بشيء كأن وقف مقبرة بشرط أن يقبر فيها أو مسجداً بشرط أن يصلي فيه أو عينا بشرط أن يقضي دينه من ريعها أو بنى في أرض استأجرها ثم وقف البناء بشرط أن تصرف الأجرة من ريعه لأنها صارت ديناً عليه، ومن ثم لو شرطه وقد أدى الأجرة أو الإجارة فاسدة أو بعد مضي مدتها صح على الأوجه فيصرف من ريعه لأن ذلك من مصالحه (إلا) إن وقف ليحج عنه منه إذ لا يملك شيئاً من غلته فإن ارتد صرف للفقراء فإن عاد للإسلام أعيد الوقف إلى الحج عنه، وإلا إن شرط الانتفاع (بأجر) مثل في مقابلة نظر شرطه لنفسه على وقفه لأن استحقيقه له حينئذ إنما هو من جهة العمل لا الوقف، ومن ثم لو شرط أزيد بطل الوقف (ولو وقف على الفقراء) مثلاً (فافتقر) أو على المسلمين (أخذ) معهم إن شاء لأنه لم يقصد نفسه أي استقلالاً إذ الذي يتجه الصحة وإن قصدها وكان فقيراً حال الوقف (وشرط) في صحة الوقف (قبول) متصل نظير ما مر في البيع كائن من بطن أول موقوف عليه (معين) لأنه تمليك هذا ما في المنهاج وأصله، لكن رجح في الروضة في السرقة أن الشرط عدم الرد، وأطال جمع متأخرون في اعتماده والاستدلال له بأنه المنقول عن النص والأكثرين، نعم ولو

(قوله وبه فارق صحته على زان محصن إلخ) الأحسن في الفرق أن المرتد والحربي لكونهما تجاوزا في الإهدار غاية لم يصل إليها غيرهما لم يكونا من أهل الوقف الذي من شأنه التقرر، بخلاف نحو زان محصن وقاطع طريق تحتم قتله فإنهما لما لم يصلا لتلك الغاية في الإهدار لم يكن في صحة الوقف عليهما بعد فتأمل.

(قوله إلا إن وقف ليحج عنه منه) قيل: مر أنه لا يصح لشرط أن يصلي فيما وقفه مسجداً فما الفرق بينه وبين شرط الحج حيث يصح انتهى. والفرق واضح لأن الحج مغلب فيه الأمور المالية إذ لها

وقف على وارثه الحائز شيئاً يخرج من الثلث لزم وإن رده (و) خرج بالبطن الأول من بعده فالشرط عدم ردهم لا قبولهم على ما رجحه جمع متأخرون حتى على الأول فلو قبل الأول في وقف الترتيب ثم مات (صار) الوقف (لمن بعده إن لم يرد) قبل أو لا لأن استحقاقه لا يتصل بالإيجاب، لكن الذي استحسسه الشيخان اشتراط قبولهم على الأول لأن الأصح تلقيهم من الواقف وإن لم يتصل بالإيجاب كالوصية، نعم رد الأول يبطله ورد من بعده يصيره منقطع الوسط ولو رجع بعد الرد لم يعدله ولو قبل حكم حاكم به لغيره على الأوجه .

أما الوقف على جهة عامة أو مسجد فلا يشترط فيه قبول، نعم جعلت هذا للمسجد كناية تملك فيشترط قبول قيمه وقبضه وشرطه إن كان جهة عامة الإباحة الصادقة بالقربة وغيرها (و) من ثم (بطل) الوقف (في جهة معصية) وحدها أو مع غيرها كوقف سلاح أو فرس على قطاع طريق كمعين ليقطعها ومال على كنيسة تعبد ولو من ذمي ولو على نحو حصر أو ترميم لأنه إعانة على معصية وإن أقروا على الترميم بخلاف كنيسة تنزلها المارة أو موقوفة على قوم يسكنونها، وإنما يبطله إن ترفعوا إلينا أو على اليهود أو الفساق، بخلاف أهل الذمة على ما فيه ما بينته في الأصل، أو على عمارة قبور غير الأنبياء والعلماء والصالحين، بخلاف غير المعصية كالأغنياء وتجهيز الموتى ويختص بمن لا مال له بصرفه في مؤن تجهيزه وشراء أو ان لمن تكسرت عليه وعمارة دار إن قال لطارقها أو كانت موقوفة، ويستثنى من صحة الوقف على الجهة المذكورة الوقف على الوحوش والطيور المباحة كما

فيه دخل بين ولا كذلك الصلاة، نعم يمكن استشكله من وجه آخر وهو أن هذا يؤول إلى أنه وقف على النفس كما لو شرط وفاء دينه منه بمجرد البناء مع النية هل يشترط وقوع النية وقد وجد من المسجد ما لو اقتص عليه في الأثناء سمي مسجداً أو يكفي مقارنتها لأول بناء يقع بشرط أن يتم اسم المسجد، كل محتمل، والثاني أقرب لأنه إذا قارنت نيته ذلك ثم أتمه وجدت فيه النية المخرجة له عن حكم الموات باعتبار النظر لآخر الأمر فاكتفى بذلك .

وبحث أنه لو قال أذنت في الاعتكاف فيه صار بذلك مسجداً أي من حيث إنه متضمن للإقرار بصيرورته مسجداً . قيل : بلفظ صريح حتى لو لم يكن سبق منه صيغة لا يكون هذا موجباً للمسجدية، ثم الظاهر أن هذا في البناء في الملك وكذا في الموات لأنه بالبناء على هيئة المسجد يملكه، فإذا قال بعد البناء أذنت في الاعتكاف فيه صار مسجداً على ما تقرر .

(قوله أيضاً إلا إن وقف ليحج عنه منه إلخ) لا يشكل بما مر من بطلان وقفه بشرط أن يصلي فيه لأن هذا شرط لنفسه انتفاعاً بمحل مخصوص من الوقف فهو من إجراء الوقف على النفس بخلاف مسألة الحج فإنه لم يصل إلى الواقف شيء من الغلة ولا نظر لكونه ينتفع بالحج عنه لأنه أمر تابع .

نقله الشيخان عن المتولي وأقره . وقال الغزالي : يصح الوقف على حمام مكة وتبعه ابن الرفعة وعلله بأن إطعامه فرض كفاية فالوقف عليه كهو على من يجب إطعامه ، وكان الفرق بينه وبين ما قبله تقيده بمحل مخصوص لا يخرج منه فلزم أهله إطعامه بخلاف غيره .

وللوقف شروط أربعة :

الأول : التنجيز (و) من ثم بطل إن وقع (معلقا) كوقفت داري إذا جاء رأس الشهر كالهبه ، بخلاف وقفها بعد موتي فإنه منزل منزلة الوصية فينفذ إن خرج بعد موته من الثلث وله الرجوع عنه . قال ابن الرفعة : ويصح أيضا جعلته مسجدا إذا جاء رمضان مثلا لأنه يشبه التحرير ، ويؤيده ما يأتي في التوقيت .

الثاني : التأييد كالوقف على الفقراء والعلماء ونحوهما من لا ينقرض قبل قيام الساعة أو ينقرض كأولاد زيد ، ولا يجب استيعاب نحو الفقراء بل يكفي ثلاثة من كل نوع .

وأفهم كلامه أنه لا يضر تعليق الصرف فقط كوقفته على زيد ولا يصرف إليه إلا أول شهر كذا مثلا أو إلا بعد موتي وهو متجه . وفارق وقفته على الفقراء على أن لا يصرف إليهم من ريع السنة الأولى فإنه باطل لأنه منقطع الأول بأن الوقف في مسألتنا نجز ، وإنما شرط لصرف جميع ريعه وقت معلوم وقد يكون له فيه غرض لشدة حاجة أو كمال رشد ، بخلافه في تلك فإنه منع صرف ريع السنة الأولى بالكلية بقوله على إلخ فأثر الشرط في صحة الوقف فلم يكن له مستحق فكان منقطع الأول ، ومن ثم بطل وقف (مؤقتا) صريحا كوقفته سنة ، نعم إن عقبه بمصرف آخر كعلى أولادي سنة ثم الفقراء صح اتفاقا أو كان شبيه التحرير كجعلته مسجدا سنة صح مؤبدا كما لو ذكر فيه شرطا فاسدا أو أبده بما يبعد بقاء الدنيا إليه كألف سنة صح أيضا . أما المؤقت ضمنا كمنقطع الوسط والآخر فصحيح كما يأتي .

الثالث : الإلزام (و) من ثم بطل إن وقع (بشرط خيار) فيه لنفسه أو غيره ولو الموقوف عليه إن لم يرد به أنه مخير بين قبوله ورده على الأوجه (و) بشرط (رجوع) فيه بوجه ما أو

فإن قلت : هل قياس الحج ما لو قال ليتصدق عني منه كل سنة بكذا أو يفرق باقي هذا ملكا لبعض الغلة بخلاف الحج ؟ كل محتمل ، والفرق المذكور فيه ما فيه بل كما استحق هنا المتصدق به قبل الصدقة تقديراً فكذا يقال في الحج ، وبهذا يتبين ما في هذه المقالة من الدعدة فتأمله .
[فرع] وقف على سبيل البر أو الخير أو الثواب صرف لأقرباء الواقف ثم لأهل الزكاة انتهى .

يزيد أو ينقص أو يقدم أو يؤخر لأنه ينافي اللزوم، وإنما لم يبطل العتق بشرط عوده إليه لأنه أنفذ كما مر.

الرابع: بيان المصرف فلا يصح وقفت هذا وإن قال لله خلافا للسبكي كوقفته على جماعة بل أولى، وإنما يصح أوصيت بثلاثي وصرف للمساكين لأن غالب الوصايا لهم ولأنه يغتفر فيها ما لا يغتفر هنا لصحتها بالمجهول والنجس، ومثلها نذر هدي أو صدقة من غير بيان المصرف فيصح (و) بطل وقف (منقطع ابتداء) كعلى من سيولد له أو مسجد سبيني أو أولاده الفقراء ولا فقير فيهم أو على أن يطعم المساكين ريعه على رأس قبره بخلاف قبر أبيه الميت إن عرف أو زيد ثم الفقراء فرده زيد فهذا ونحوه باطل على المعتمد، نعم يصح في الأولين تبعا كعلى ولدي وما سيحدث لي ومسجد كذا وما سبيني في تلك المحلة. والأوجه في وقفته عليه إن سكن مكان كذا ثم على الفقراء الصحة واحتمال الانقطاع بإعراضه عن السكنى أو عروض مانع منها لا يؤثر.

وخرج بمنقطع الابتداء منقطع الوسط كعلى زيد ثم رجل ثم الفقراء أو الآخر كعلى عقبه وهما صحيحان لأن فيهما مصرفا صحيحا بخلاف منقطع الأول، وإذا صحا (فبصرف) الوقف (مدة انقطاع غير) وهو الوسط أو الآخر (للاقرب) رحما لا إرثا (إلى الواقف) يوم انقراضهم (كأن) وجد وقف له مصرف لكن (جهل أهله) المستحقون لريعه لاندراش شرط أو غيره فيصرف هنا أيضا للاقرب المذكور كابن البنت وإن كان هناك ابن أخ مثلا لأن الصدقة على الأقارب أفضل وأفضل منه الصدقة على أقربهم فأفقرهم، ومن ثم وجب أن يختص به فقراؤهم فإن لم يكن له أقارب فقراء أو كان الواقف الإمام ووقف من بيت المال صرف لمصالح المسلمين في الجهل، وكذا في الانقطاع على ما في البويطي، لكن قال جمع متقدمون ونقل عن النص: يصرف للفقراء والمساكين أي ببلد الوقف ومحله في منقطع الوسط إن أمكن معرفة أمد الانقطاع لتعين الوسط كقن أو بهيمة وإلا فلا أثر له (و) من ثم (لغا مجهول توسط) فهو بعد زيد في المثال السابق للفقراء لا للاقرب لعدم معرفة أمد الانقطاع، وهذا من تفقهه وفيه كلام بينته في الأصل (و) لو وقف على اثنين معينين كوقفته (على هذين) أو على زيد وعمرو (ثم) على (الفقراء) ومات أحدهما أو بان ميتا

والظاهر أن المراد بأقربائه هنا جميع أقاربه بخلاف في المنقطع فإنه يختص بالاقرب رحماً. ويفرق بأن الانقطاع أمر منتظر قد يعود معه الوقف إلى الموقوف عليهم قبل الانقطاع أو إلى غيرهم فخص

كان (حق ميت) منهما (لباق) لا للفقراء لأن شرط الانتقال إليهم انقراضهما جميعا، وعبر أصله الآخر وهو أولى لشمول باق للفقراء، وكذا يصرف للباقي على الأوجه لو سكت عن من يصرف إليه بعدهما .

وخرج بحق ما لو أوصى بشراء عقار ووقفه عليهما ثم الفقراء فمات أحدهما قبل الوقف فما يخصه يصرف للفقراء كما ذكره الزركشي وبهذين ما لو فصل كوقفت على كل منهما نصف هذا فهو وقفان ذكره السبكي، وما لو رتب كزيد ثم عمرو ثم بكر ثم الفقراء فمات عمرو ثم زيد فينتقل منه لبكر عند القاضي وغيره لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه وللفقراء عند الماوردي وغيره لأنه رتبته بعد عمرو، وعمرو لم يستحق شيئا، والذي يتجه الأول وإلا لزم أن لا يستحق الفقراء شيئا لعين علته لأنه رتبهم بعد بكر، وبكر لم يستحق شيئا .

(وتبع) وجوبا (شرطه) أي الواقف حيث لم يناف الوقف (في تفضيل) لبعض الموقوف عليهم على بعض ولو أنشئ على ذكر (و) في (تسوية) بينهم في مقادير الاستحقاق وزمانه ومكانه وصفات المستحقين، نعم أفتى البلقيني بأن شرط الاختصاص بغير المتزوجين لاغ لمخالفته ما في الكتاب والسنة من الحث على التزوج، وبأن ترك المبيت المشروط بمدرسة لعذر لا يسقط المعلوم أخذا ما مر في مبيت مزدلفة ومنى (و) في (منع إجارة) للوقف أصلا أو مدة معينة ؛ ولو شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة ولا يورد عقد على عقد فخرم ولم تمكن عمارته إلا بجاره سنين جاز في عقود . وقول السبكي والأذرعى في عقد واحد مردود بأن الضرورة تتقدر بقدرها وشرط عدم الإيجار لا يقتضي منع الإعارة كما بينته ثم .

(و) تبع شرطه (في نظر) على الوقف لنفسه أو غيره وإن أوصى به بعد موته أو علقه كلفلان، فإن مات لفلان سواء قوله ووقفت وشرطت كذا أو بشرط كذا كما بينته ثم مع فوائد آخر، وذلك لأنه المتقرب بصدفته فاتبع شرطه في ذلك كما يتبع في مصارفه، وليس له عزل من شرط نظره أو تدريسه حال الوقف ولو لمصلحة وليس التفويض كالشرط فله العزل بعده مطلقا على الأوجه .

بالأقرب المذكور نظراً للأحقية إذ لا لفظ هنا يعول عليه، وفي مسألتنا لفظ يعول عليه فأخذنا بمدلوله لأنه الواجب . وألحق الزركشي بلد الوقف هنا ببلد المال في الزكاة .

والذي يتجه أخذاً من فتاوى النووي وغيرها أن المشروط نظره حال الوقف لو عزل نفسه أو فسق ثم عاد أو تاب عاد نظره، بخلاف ما لو لم يقبل النظر من أصله لأن رده إياه يصيره كالمسكوت عنه فإذا عاد وقبل فلا شيء له. وأما نحو الفسق فإنما هو مانع من تصرفه وليس سالبا لولايته من أصلها حتى لا تعود بعود صلاحه لقوتها بنص الواقف عليها، ومن ثم لم يكن لأحد عزله ولا الاستبدال به، وفي مدة الامتناع أو الفسق يقيم الحاكم غيره ولو شرطه لأرشد أولاده فأثبت كل أنه الأرشد ألغيت الأرشدية للتعارض فيها وبقي أصل الرشد فيشترك الجميع فيه.

وتبع شرطه النظر (ولو) كان (في بعض) من الموقوف أو التصرفات فلا يتعدى الناظر ما عين له ولو جعله لاثنين وأطلق وجب اجتماعهما، أو لعدلين من أولاده وليس فيهم الأعدل نصب الحاكم عدلاً آخر بدل المعدوم (فإن سكت) الواقف عن النظر فلم يشترطه لأحد (أو فسق ناظر) وإن شرط نظره حال الوقف أو اختلت كفايته (فللحاكم) النظر دون غيره لأنه الناظر العام، ولو رتبته بين اثنين ففسق الأول أو اختلت كفايته نظر الحاكم على الأوجه، وقول المطلب ينتقل إلى الثاني استبعده السبكي بأنه مخالف لشرط الواقف لأنه لم يجعله للثاني إلا بعد موت الأول (وإن شرطه) أي الواقف النظر (لنفسه ولي) غيره إن شاء (وعزل)ه إن شاء ولو لغير سبب خلافاً لمن قيد به لأنه نائبه كالوكيل يعزله موكله، ويؤيده أنهم جعلوه مثله في أن الشرط عدم رده للنظر لا التلفظ بقبوله. وخرج بشرطه له شرطه لغيره فلا يملك عزله وسكوته فهو للحاكم لا له كما مر.

(وشرط) في الناظر ولو الواقف العدالة والكفاية فلا يولي النظر إلا (عدل كاف) في التصرف كالوصي، وعبر كأصله بالعدالة بدل الأمانة لأنها أخص منها، ولا بد من العدالة الباطنة هنا مطلقاً، وإذا اختلت هي أو الكفاية نزع الحاكم الوقف منه فإن عادت عاد نظره إن شرطه له بعينه حال الوقف كما مر. والناظر على أمكنة لا يحتاج لثبوت عدالته وأمانته لكل منها بخلاف كفايته، ووظيفة الناظر عند الإطلاق العمارة والإجارة وجمع الغلة وحفظها كالأصول وقسمتها (فيعمر) ما رآه محتاجاً للعمارة (ويؤجر) بأجرة المثل فأكثر، ولا يؤثر بعدها به زيادة الأجرة وإن أجره سنين لأن العقد جرى بالغبطة في وقته فأشبهه زيادة الثمن بعد

(قوله أو فسق) أي أو كان فاسقاً حال الشرط علم به الواقف أم لا، ولعل سكوته عن هذا لأنه

يستفاد من فسق بالأولى على نظر فيه.

بيع مال المولي (ويستغل) أي يحصل الغلة (ويصرف)ها في مصارفها ويولي المدرس وينزل الطلبة والصوفية وإن لم يجعل الواقف ذلك له إلا أن جهل مراتبهم فينزلهم الشيخ، وليس له ولو الواقف أو الإمام الأعظم عزل أحد بدون سبب بل يفسق به، نعم لا يلزم الموثوق بعلمه وديانته بيان مستند العزل (وله) أي الناظر من غلة الوقف (ما شرط) له وإن زاد على أجرة المثل في غير الواقف لما مر، وإن كان مبهما كعشر الغلة أجرة لعمله وسومح فيه تبعا لربع المستحقين وإلا فالأجرة لا تكون من معدوم وبعزله يبطل حقه منها. بخلاف ما إذا لم يتعرض لكونه أجرة كجعلت للمتولي عشرها فيستحقه وإن عزله كما بينته ثم.

فإن ولي آخر شاركه المعزول حتى عمل ولم يشترط له شيء فمتبرع، فإن رفع الأمر للحاكم قدر له أجرة مثله وإن كان غنيا على الأوجه، وليس له أخذ شيء من مال الوقف، فإن فعل ضمن ولم يبرأ إلا بإقباضه للحاكم وإقراضه شيئا منه كإقراض الولي فيما مر فيه، ويصدق في قدر محتمل ادعى إنفاقه على عمارة أو جهة عامة كالفقراء دون المعين لأنه لم يأتمنه.

والذي يتجه أنه لا بد في اقتراضه أو إنفاقه من مال نفسه على نحو العمارة من إذن الحاكم وإلا كان متبرعا، فإن تعذر استئذانه أتجه أخذا من كلامهم في نحو هرب الجمال أنه يكفي أن يشهد على نيته الرجوع (و) للوقف أحكام لفظية، ففي وقت هذا على أولادي وأولادهم (الواو للشركة) بينهم في الاستحقاق لأنها لمطلق الجمع، ولا يدخل من بعد هاتين الطبقتين إلا إن زاد أبدا أو ما تناسلوا أو نحوه يسوى بينهم (وإن زاد) على ذلك (ما تناسلوا) لأنه لمزيد التعميم مثل وإن سفلوا فلا ينافي معنى الواو وكون التناسل بوضعه يفيد الترتيب ممنوع على أنه يفيد من حيث الوقوع لامن حيث اللفظ الذي الكلام فيه (و) في وقفته على أولادي وأولادهم (مع) تعقيبه بما يفيد الترتيب كقوله (الأعلى فالأعلى و) كقوله (الأقرب فالأقرب و) كقوله (الأول فالأول و) كقوله (بطنا بعد بطن) كل منها (للترتيب) في الاستحقاق لدلالة اللفظ عليه فلا يؤخذ بطن وهناك أحد من بطن أقرب منه، وما ذكره في بطنا بعد بطن تبع فيه جمعا متأخرين اعتمده ونقلوه عن الأكثرين، والمعتمد ما في أصله وصححه الشيخان أن ذلك للتشريك لأن بعد متراخية في الترتيب عن نحو الفاء فلم تقو على رفع الجمع المفاد أولا فمعناها الدلالة على استحقاق البطن الكائن بعد ما قبله وإن لم ينقرض ما قبله فهي لتعميم استحقاق من وجد لا لتقييده بوجوده منفردا بعد الذي قبله لأن هذا قدر زائد على مفادها (كثم) أو الفاء فإنها لترتيب الاستحقاق أيضا

في كل البطون إن قرنها بالكل وإلا ففيما قرنها به .

ولو عطف بالواو ثم قال من مات منهم فنصيبه لولده اختص ولد الميت بنصيبه وشارك الباقي (ويتناول ذرية) وقف عليها (وعقب) كذلك (ونسل) كذلك وولد كذلك (حافدا) وهو ولد الولد الذكر والأنثى وإن بعد لصدق اللفظ عليه ما لم يقل الذكر على من نسب إليّ منهم فلا يدخل أولاد البنات لأنهم لا ينسبون إليه .

أما المرأة فالمراد بالانتساب في حقها اللغوي إذ لا يتصور الشرعي لقولهم في النكاح لا مشاركة بين الأم والابن في النسب فيدخل أولاد بنيتها وبناتها لثلا يلزم إلغاء الوقف من أصله (و) يتناول أحد الثلاثة لا ولد الولد (حملا) لصدق الاسم عليه فيوقف نصيبه (و) يتناول (الولد ابنا وبنتا وخنثى) مشكلا لذلك لا حافدا إن وجد له ولد لأنه لا يسمى ولدا حقيقة، ولم يحمل اللفظ على مجازه أيضا لأن شرطه إرادة المتكلم له والكلام هنا عند الإطلاق (وإلا) يكن له ولد (فيه) يتناول (حافدا) لوجود القرينة، فإن حدث له ولد فالذي يتجه أنه يصرف إليه دون الحافد لأن الصرف له إنما كان لضرورة صون الكلام عن الإلغاء وقد زالت بوجود الحقيقة (لا حملا) فلا يتناوله ولد ولا ابن ولا بنت ولا حافد لأنه لا يسمى شيئا من ذلك، نعم يأخذ من ربيع وجد بعد انفصاله كولد حدث علوقه بعد الوقف؛ ولو وقف على ولده وليس له إلا حمل فهل يدخل كالحافد بجامع ضرورة صون الكلام عن الإلغاء، أو يفرق بأن الحافد يصح الوقف عليه لإمكان تملكه بخلاف الجنين لتعذر ملكه مع كون الوقف له تسليطا في الحال وبه فارق صحة الوصية له ؟ كل محتمل والأول الأقرب، ولا نظر لما ذكر لأنه في الوقف على الجنين قصدا وما هنا ليس كذلك، وعليه فلو كان له حمل وحافد فهل يقدم الحمل لأنه أقرب إلى اسم الولد من الحافد وإن كان تسمية كل ولدا مجازا، أو الحافد لما مر أنه أقوى منه لصحة الوقف عليه قصدا كل محتمل والأول أقرب هنا أيضا (و) لا (منفيا) بلعان الخروج عن كونه ولدا حتى يستلحق فيدخل ويرجع بما خصه في مدة النفي كما هو ظاهر (و) يتناول (البنات والبنون) إذا وقف عليهما (خنثى) لأنه باطنا لا يخرج عنهما، فإن فوضل بينهما أعطي اليقين ووقف الزائد للبيان (لا أحدهما) إذا وقف عليه فلا يتناول الخنثى لاحتمال أنه من الصنف الآخر، لكن لا يصرف جميع المال إلى من عينه منهما بل يوقف نصيب الخنثى إلى البيان كما في الميراث . ولو وقف على بني زيد لم تدخل بناته أو بني تميم دخلن لأنه يعبر به عن القبيلة (و) يتناول (الموالي) وكذا المولي

ومولاي على المعتمد إذا وقف عليهم (معتقاً) للواقف (وعتيقاً) له، فإن وجداً معاً اشتركا فيقسم بينهما نصفين كما اقتضاه كلام الرافعي أو أحدهما اختص به، فإن وجد الآخر لم يشاركه على الأوجه (و) مر أنه يراعي شرط الواقف، ففي وقت (على فقراء أولادي وأرامل بناتي) جمع أرملة وهي من لا زوج لها (أخذوا) مني غلة الوقف (ومنعوا) منها (بوجود الشرط) وهو الفقر وعدم التزوج أصالة أو حدوداً وهذا راجع لأخذوا.

وقضية ما تقرر أن من لم تتزوج أصلاً أرملة وعليه جمع وهو الأقرب لمقاصد الواقفين لكن المنصوص وصححه في الروضة في الوصية أنها التي فورقت بفسخ أو طلاق أي بائن أو وفاة، وكان منشأ الخلاف نقل الأزهر مرة أنها تسمى وأخرى أنها لا تسمى، ويشترط فيها الفقر على الأوجه خلافاً لما يوهمه المتن (و) بوجود (عدمه) أي الشرط وهذا راجع لمنعوا، فمن كان منهم غنياً أو استغنى أو متزوجاً أو تزوج بطل استحقاقه لانتفاء الشرط فإن وجد عاد وإن انتفى انتفى وهكذا، بخلاف: على أمهات أولادي إلا من تزوجت أو استغنت لأنها لم تخرج بالطلاق والفقر الطارئ عن كونها تزوجت أو استغنت ولأن قصد الواقفين بالأول غالباً صون فراشه عن أن يخلفه عليه غيره (وتشترك جمل) وأراد بها هنا ما يعم المفردات مجازاً بدليل أمثلتهم أو باعتبار المعنى فإن كلا من المفردات الآتية في حكم جملة مستقلة (عطف بعضها على بعض بواو) أو لم يعطف كما صرح به الرافعي في الأيمان (في وصف تقدم) عليها كعلى فقراء أولادي وأولادهم (أو تأخر) عنها كعلى أولادي وأحفادي المحتاجين، وكذا إن توسط على الأوجه لأنه بالنسبة لما قبله متأخر وما بعده متقدم.

وبه يندفع قول التاج السبكي المختار اختصاصها بما وليته، وعلى الأول جرى القاضي عضد الدين تبعاً لابن الحاجب وغيره (و) تشترك الجمل المذكورة في (استثناء) أو شرط أو ضمير أي إن صلح للجميع كما هو ظاهر تقدم أو تأخر أو توسط سواء أنوى العود للجميع أو أطلق أم لم تعلم نيته لأن الأصل اشتراك المتعاطفات في جميع المتعلقات.

وأفهم قوله بواو أن عطف الجمل أو المفردات بثم أو الفاء أو غيرهما لا ترجع معه الصفة أو الاستثناء إلى الكل بل يختصان فيما إذا تأخر بالأخيرة وهو كذلك كما رجحه الشيخان وإن أطال أكثر المتأخرين في رده وإنما تشترك المعطوفات بالواو وغير المعطوفات في الوصف أو الاستثناء أو الشرط أو الضمير (إن لم يتخلل) بينهما (كلام طويل) سواء الأجنبي أو غيره

(قوله ويشترط فيها الفقر) الظاهر أن المراد به الفقر بالمعنى الآتي في قسم الصدقات.
(قوله سواء أنوى العود إلى الجميع إلخ) ظاهره أنه لا يشترط هنا أيضاً نية نحو الاستثناء والوصف

بل ينبغي في الأجنبي أن قليله مضر كالبيع ويحتمل خلافه كخلع وإلا اختص بما وليه (والوقف) بعد تمام شرطه (لازم) في الحال فلا يصح الرجوع عنه و (يمنع) للزومه (تصرفا نافاه) لقدحه في غرض الواقف أو شرطه وإن لم يحكم به ولا قبضه المستحق كالعق، نعم مر في الشفعة أن للشفيع نقضه وهنا أنه لو قال داري وقف على الفقراء بعد موتي جاز له الرجوع فيه إذ لا يلزم إلا بموته وأنه لو نُجزه وعلق الإعطاء بالموت جاز كما علم ما مر في شرح قوله معلقا والأوجه في ريعه حينئذ أنه لمصالح الوقف خاصة (والمسجد) وإن اختص بطائفة كالشافية أو الحنفية (حر) أي كالحرفي أنه لا يملك منه عين ولا منفعة إجماعا وفي أن من منع منه الناس بغلقه مثلا له أجره عليه إلا إن انتفع وتصرف في مصالحه ومثله نحو مدرسة ورباط ومقبرة وكل ما يتعين فيه وجه الانتفاع العام كعرفة، بخلاف أرض موقوفة لمصالح المسلمين لأنها لم تتعين لنوع منفعة فلزم المستولي عليها أجره مثلها مطلقا (والوقف) أي الموقوف ولو على معين (ملك لله) تعالى أي ينتقل ملكه إليه بمعنى أنه ينفك عن اختصاص الآدمي كالعق فعمارتها ومؤنته من منافعه فالقن (نفقته في كسبه) والعقار عمارته من غلته (ثم) إن لم يكن له منفعة أو لم تف بمصارفه فهي ما عدا العمارة لأنها غير ضرورية في (بيت المال) كمن أعتق من لا كسب له، فإن تعذر ولو لجور فعلى مياسير المسلمين لا الموقوف عليه وحده بناء على الأصح أن الملك فيه لله تعالى، وما في الخاوي من أنها عليه بعد فقد الكسب مبني على الضعيف أنه ملكه لأن ملك المنفعة ليس من أسباب وجوب الإنفاق وإنما يكون الإنفاق من المنافع (إن لم يشترط) من جهة أخرى كمال الواقف وإلا تعين ثم بيت المال ثم المياسير، ويظهر أن شرط العمارة على الموقوف عليه معمول به نظير الوصية لفلان إن أعطى ولده كذا (ولموقوف عليه) عين مطلقا أو لاستغلال ريعها (لا لنفع خاص) منها (ريع) وهو فوائد الموقوف جميعها كما تفيد عبارة أصله فهي أحسن فيتصرف فيها تصرف الملاك بنفسه وبغيره ما لم يخالف شرط الواقف لأنها المقصود من الوقف كدر وثمر ووصف و (كولد حادث) بعد الوقف (ومهر) لأمة موقوفة وطئت مكرهة أو بشبهة أو نكاح وأجرة، نعم لو أجره الناظر سنين بأجرة معجلة لم يجز أن يعطيه إلا بقسط ما مضى وإلا ضمن الناظر وكأغصان شجر خلاف ونحوه ما يعتاد قطعه.

والشرط قبل فراغ المستثنى منه. وحينئذ يشكل عليه الطلاق وما ألحق به من الإقرار والعق والنذر. ثم رأيت عبارة شيخنا في منهجه وهي يصح الاستثناء في الطلاق كغيره بشرطه السابق في الإقرار، وهي تفيد دخول الاستثناء في الوقف في ذلك ويلحق بالاستثناء ما في معناه من الوصف

أما الحمل المقارن فوقف تبعاً لأمه وألحق به نحو صوف مقارن وأما إذا وقفت عليه عين لنفع خاص كدابة للركوب ففوائدها من در ونحوه للواقف، ولا يجوز ذبح ما لم تبق فيه منفعة، إن قطع بموتها ذبحت ولم يجز بيعها حية وهو أحق بجلد ميتة ما لم يخصه الواقف بغيره فإن اندبغ عاد وقفاً (لا وطء) لأمة موقوفة ولو من واقف أو موقوف عليه لعدم ملكهما بل يحدان حيث لا شبهة، وكأنهم لم ينظروا للقول بملكها لضعفه ولا يخلو عن نظر ولا مهر على الموقوف عليه إذ لو وجب له ولا قيمة ولدها الحادث لأنه ملكه، نعم إن وطئها غيره يظن أنها أمتة أو زوجته الحرة لزمه له قيمته لأنه حر (و) يجوز تزويجها كإجارتها لكن إنما (يزوجها قاض) بالولاية العامة لأن الملك فيها لله تعالى لا ناظر وإن شرطه حال الوقف وإنما يزوجها قاض (بإذنه) أي الموقوف عليه لتعلق حقه بها، وكذا بإذن الواقف معه إن وقفت لنفع خاص لما مر أنه يملك جميع منافعها ما عدا المنفعة التي خص بها الموقوف عليه ولا يجبر واحد منهما كهي ويزوجها قاض من شاء (لا منه) أي الموقوف عليه ولا من الواقف احتياطاً، ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه إن قبل وشرطنا القبول (وإن اندرس شرط واقف) بأن عرفت مصارفه وجهل الترتيب بين أربابه أو مقاديرهم والوقف في أيديهم أو لا بد لواحد منهم (سوى) بينهم في قسمة الغلة فلا يفضل أحدهم بذكورة ولا غيرها لعدم الأولوية، نعم من اطردت العادة بتفضيله كالمدرس بالنسبة للمعيد وهو بالنسبة للطلاب فضل كالعادة، وكذا يتبع تفاوت وجد في دفتر بعض النظائر لأن الظاهر استناد تصرفهم إلى أصل.

وقال النووي في فتاويه يرجع لعادة من تقدم كالمدرسين وفي غيرها يرجع لعادة نظار الوقف إن اتفقت أما لو كان لأحدهم يد فيصدق بيمينه إلا إن كان الواقف حياً فيؤخذ بقوله بلا يمين ثم وارثه ثم الناظر من قبله، وإذا جنى على قن موقوف بما يوجب قوداً جاز للإمام على المعتمد أن يقتص (و) فيما إذا جنى عليه بموجب قيمة أو أرش (يشترى ببدل عبد) موقوف أو أمة كذلك أو ببدل جزئه قن محافظة على غرض الواقف (مثله) ذكورة أو أنوثة وسنا وجنسا وغيرهما لاختلاف الغرض باختلافها والمشتري الحاكم أو نائبه دون غيرهما ولو ناظرًا خاصاً لأن الوقف ملك لله تعالى كما مر (ثم) إن تعذر شراء قن أو زادت قيمته على ثمن مثله اشترى (شقص) من قن لقبوله للوقف.

ونحوه وحينئذ لا إشكال، ولم يذكروا هنا حكم ما إذا نوى العود للبعض.
وقضية الطلاق أنه لا يقبل ظاهراً بل باطناً فله العمل بمقتضى نيته فيما بينه وبين الله تعالى.

وبه فارق عدم شراء شقص بقيمة الأضحية لتعذر التضحية به فإن تعذر الشقص اتجه ترجيح بقاء البديل إلى التمكن من شراء شقص به (و) لا يصير المشتري ما ذكر وقفا بنفس الشراء بل لا بد أنه (يوقف) من جهة الحاكم أو نائبه، وبحث أن الناظر الخاص مقدم عليهما هنا وفي الشراء ضعيف، وإنما صار المبني في عمارة الموقوف أو ترميمه وقفا بالبناء لأنه كالوصف التابع للأرض الموقوفة والقن الموقوفات بالكلية ويقتص من موقوف جنب فإن وجب مال فداه وإن مات الواقف كفداء السيد أم ولده فإن مات الواقف ولو عن تركه ثم جنى فمن كسبه (و) إذا تعطلت منفعة الموقوف بما لا يضمن كجفاف شجرة وقلع الرياح لها لم يبطل الوقف فلا يباع ولا يوهب بل (ينتفع) الموقوف عليه إن شاء بإيجاره وغيره (بجاف شجر) وقف رطباً ثم جف ولو بجعله أبواباً إن لم تمكن إجارته خشباً بحاله فإن لم يمكن الانتفاع به إلا بنحو إحراق ملكه الموقوف عليه فينتفع بعينه وليس له نحو بيعه هذا هو المعتمد كما بينته في الأصل (وبيع لمصلحة مسجد حصير) موقوف عليه إذا (بلي) بأن ذهب جماله ونفعه وكان المصلحة في بيعه

(قوله ويوقف) قد يشكل عليه قولهم في الأضحية: ثم إن اشتراه بعين القيمة أو في الذمة لكن بنية التضحية صار ضحية بنفس الشراء وإلا فليجعله بعد الشراء ضحية. وقد يجاب بأن الضحية من قبيل الأموال التي لم تخرج عن الاختصاص مطلقاً بل في بعض الأحكام كما يعلم مما يأتي في بابها فأدير الحكم على قيمتها وحينئذ لزم التفصيل بين العين وما في الذمة المقترن بالنية فلا يحتاج إلى إنشاء جعل لأنه كعينها، بخلاف الذي في الذمة ولم تقارن نية فإنه لا قرينة تخصصه بأنه عن الأضحية فوجب فيه الجعل، وأما الوقف فقد خرج عن الاختصاصات مطلقاً فاحتج بإنشاء الوقف في بدله مطلقاً.

(قوله فإن مات الواقف ولو عن تركه فمن كسبه) هذا هو ما في أكثر النسخ، وفي نسخة بأن مات الواقف ولم تكن له تركه فمن كسبه وبينهما تباين سببه حذف من ناسخ تارة وإصلاح أخرى. إذ الحاصل أنه إذا كانت الجناية في حياة السيد لزمته في ماله إن بقي وإلا ففي تركته، فإن لم تكن له تركه ففي كسبه أو بعد موته لم تتعلق بتركته بل بكسب العبد لأن حق الوارث هنا سبق لتعلق الجناية فوجب إحالته على الكسب لئلا يضيع حق المجني عليه كما أنه في الصورة الأولى إذا لم توجد تركه تتعلق بالكسب قياساً على هذه فإن لم يكن له كسب ضاع حق المجني عليه أي في الدنيا ما لم تحدث للميت تركه كصيد بشبكة نصبها في حياته وحينئذ فيجب أن يزداد في النسخ ثم حتى لتصير العبارة ولو عن تركه فمن كسبه ويضرب على قوله في النسخة الأخرى ولم يكن له تركه.

(قوله هذا هو المعتمد) قد يشكل على هذا ما يأتي في الحصير إذا لم يصلح إلا للإحراق أنه

لئلا يضيع ويضيع المكان بلا فائدة ومثله في ذلك نحاته الخشب أما الحصر الموهوبة أو المشتراة له فتباع لمجرد الحاجة أي المصلحة وإن لم تبلى وكذا نحو القناديل والمعتمد خلافا لما توهمه عبارته كأصله أنه يشتري بثمن الحصر حصرا ولا يصرف في مصالح المسجد (و) بيع لمصلحة مسجد (داره) التي لم توقف عليه بأن اشترت أو وهبت له وقبلها ناظره وإن لم تشرف على الانهدام لأنه حر يملك كما مر (ويأشرف) على الانهدام أي معه تباع جدران داره (وإن وقفت كجذعه) فإنه يباع لمصلحته وإن لم يشرف على الانكسار إن لم يوقف وإلا فحتى يشرف.

وأفهم كلامه بالأولى أنه يباع جدار داره المنهدم إن تعذر بناؤه وجذعه المنكسر إن تعذر جعله بابا ونحوه، وإلا اجتهد الحاكم واستعمله فيما هو أقرب إلى غرض الواقف وثمن ما يبيع يشتري به مثله، وجواز بيع ما ذكر هو ما صححه الشيخان وهو المعتمد وإن أطال جمع في رده وأنه غلط. وخرج بدار المسجد الموقوفة على غيره فلا تباع كما جرى عليه المصنف في شرحه، والأوجه كما بينته في الأصل أنها تباع (لا هو) أي المسجد فلا يباع ولا يعود ملكا بحال وإن دثر لإمكان الصلاة فيه، ويتجه ترجيح حفظ غلته ما رجي عوده وإلا صرفت لأقرب المساجد إليه ويأتي ذلك في رباط خرب، ولو خيف على نقض المسجد نقضه الحاكم وبنى به مسجداً آخر وقربه أولى إن رأى ذلك وإلا حفظه لا بئرا كعكسه ويدخر من غلته إذا زادت ما يعمره لو هدم.

يباع. ويجاب بأنه يمكن الفرق بأن من شأن الشجرة الموقوفة دوام وقفها مدة طويلة يقصدها واقفوها فالبيع فيها مناف لأغراضهم مطلقاً بخلاف حصر فإن واقفيها إنما يتطلعون لبقائها ما بقي فيها جمال. وقضية هذا أنهم لا يمنعون بيعها بعد ذهاب جمالها. فالحاصل أن الشيخين راعيا في المسألتين ما يغلب قصد في الأصل لإمكان رعاية غرض الواقف ببقائه ما بقيت بخلاف الحصر.

(قوله أنها تباع) أي يشتري بها مثلها كما علم مما مر.

وقضية ما مر أنه إذا لم يمكن تحصيل مثلها بثمنها اشترى به شقص فإن فرض أن ما وجب لا يأتي بشقص فهل يأتي فيه ما مر في بدل العبد الموقوف إذا لم يوجد شقص أنه ينتظر لاحتمال وجود شقص، وإنما يظهر هذا إن جوز بمقتضى العادة وجود شقص به في المستقبل، وإلا فالذي يتجه صرفه إلى الموقوف عليه لا إلى الأقرب للواقف.

[باب في الهبة]

أي : مطلقا .

(الهبة) المطلقة ثلاثة أنواع : هبة ، وصدقة ، وهدية ، وهي أعني الهبة المطلقة (تمليك) تطوع في الحياة فخرج بالأول نحو العارية والضيافة والوقف ، وبالثاني نحو البيع والزكاة والنذر والكفارة ، وبالثالث الوصية لأن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت ، ولا يرد عليه ما لو أهدى لغني من لحم نحو أضحية لأن فيه تمليكا وإن منع من التصرف فيه بنحو البيع .

وأما الهبة التي هي أحد الأنواع الثلاثة فهي تمليك بصيغة بلا عوض خال عما يأتي في النوعين الأخيرين وحيث أطلقت الهبة أي في كلام الفقهاء انصرفت إلى هذا ، وفي كلام الحالف انصرفت إلى المعنى الأعم فكل من هذه الثلاثة هبة بالمعنى الأعم لأن الأخص يطلق عليه الأعم ، ولا عكس أي ليست الهبة بالمعنى الأعم كل واحد من الثلاثة على حدته لأن الأخص لا يطلق على الأعم ، ونظير ذلك إطلاق النبي على الرسول ولا عكس ، ومن ثم يحنث من حلف لا يهب بأحدها لا إن عكس ، وتجتمع الثلاثة بل الأربعة فيما لو ملك لثواب الآخرة ونقله إليه إكراما بصيغة وأفضلها الصدقة .

[وأركان الهبة أربعة : العاقدان] ويشترط فيهما ما مر في البائع والمشتري ، نعم يعتبر في الملك أهلية التبرع وفي المتملك أهلية الملك ولو سقيا .

[والثالث] : الموهوب ، وهو غالبا (ما يباع) فما جاز بيعه من الأعيان جازت هبته وما لا كمغصوب من غير قادر وغير مرئي وزرع وثمر قبل بدو الصلاح من غير شرط قطع فلا يجامع أنهما تمليك في الحياة . وقد تجوز الهبة دون البيع كما في ثمرة البائع إذا اختلطت ولحم الأضحية (وحبتي بر) ونحوهما ما لا يتمول يجوز هبتهما لانتفاء المقابل ، وما ذكر في الأخيرة هو المعتمد وإن قيل إنه سهو ففي الدقائق لا خلاف فيه : أي لكن الأقرب تأويله بأن هبته بمعنى نقل اليد عنه لا تمليكه لعدم تموله (لا) الهبة في (موصوف في ذمته) كوهبتك ألف درهم في ذمتي ووصفها بصفة السلم ثم عينها في المجلس وأقبضه إياها فلا يصح .

ويوجه بأنه لا التزام هنا لعدم المقابل فكانت بالوعد أشبه ولا يرد على قوله ما يباع جواز بيع المريض لو ارثه لا هبته منه وبيع الولي مال موليه والإمام مال بيت المال والمكاتب ما في يده لا هبتهم لأنه لأمر خارج وهو عدم صحة تبرع الواهب لا لذات العين الموهوبة إذ لو صار مالكمها أهلاً للتبرع صحت هبته إياها، ولا ما لو أعطى نحو لبن أضحية مندورة لآخر أو ترك له حق التحجر أو أعطاه جلد ميتة لم يديغ أو رهنه نجساً للاستصباح به أو الضرة نوبتها لضرتها فإن ذلك كله ليس هبة إذ لا تمليك فيه وإنما هو مجرد نقل يد أو حق إلى الغير ومن سماه هبة أراد أنه على صورتها، ومن ثم أول في المجموع القول بصحتها في النجس الذي جرى هو عليه في الروضة في الأواني بأنه بمعنى نقل اليد فزعم إيراد ذلك على الضابط لجواز هبته دون بيعه سهو، نعم يجوز هبة المجهول في مسائل لكنها مستثناة للضرورة منها اختلاط حمام أحد البرجين بالآخر أو بره أو مائه ببر آخر أو مائه. وما وقف في الإرث إلى التبين والثمرة المختلفة في البيع ونحو ذلك، وإنما اشترطوا في الهبة المطلقة بأنواعها أن يكون التمليك بلا عوض احترازاً عن الهبة بشرط ثواب معلوم فإنها بيع حقيقة.

[الرابع]: الصيغة، ويأتي هنا خلاف المعاطاة فلا تصح الهبة غير الضمنية إلا (بإيجاب) كوهبت وملكت ومنحت بلا ثمن (وقبول) كقبلت ورضيت (متصل) به موافق له نظير ما مر في البيع فلو وهب له ألفاً فقبل نصفه لم يصح كما اعتمده الأسنوي وغيره، وكذا لو قبل أحد اثنين نصف ما وهب لهما كتنظيره في البيع على ما مر فيه. أما الضمنية كأعتق عبدك عني ففعل فلا يحتاج لإيجاب ولا قبول ويقبلها للمحجور وليه وإلا انعزل غير الأب والجد كما مر.

(قوله نحو لبن أضحية) إن قيل ما الفرق بينه وبين ما قدمه في لحمها؟ قيل: يفرق بأن اللحم جزء حقيقي لها فله حكمها في امتناع نحو بيعه وأما اللبن فتابع يطراً ويزول فلم يعط حكم أجزائها من كل وجه بل من بعض الأوجه فرقاً بين ما هو جزء ذاتي وجزء عرضي، ولا نظر إلى أن ما هنا في مندوره وذاك في متطوع به لأن النظر إلى الصورة فقط.

(قوله لم يصح كما اعتمده الأسنوي وغيره) الذي يتجه لي الآن الوجه المقابل لهذا وهو الصحة، ويفرق بينه وبين البيع بأن هناك معاوضة فلو صححنا القبول ثم ربما تضرر به البائع ضرراً لا يحتمل فاقضى ذلك المنع مطلقاً حذراً من الضرر والغرر ما أمكن، وأما هنا فلا ضرر ولا غرر يتصور بوجه أي مانع يتحقق هنا، ثم رأيت بعض اليمينيين اعتمد هذا الوجه أيضاً، ورأيت شيخنا في شرح الروض أشار إلى أن الأول مقتضى كلام الشيخين فلذلك كان معتمداً، ولم يقدح فيه ذلك الفرق وإن

وأفتى القفال فيمن جهز بنته بأمتعة بأنه يصدق بيمينه في أنه لم يملكها إياها والقاضي بأنه لو بعثها بها لدار الزوج فإن قال هو جهازها ملكته وإلا فهو عارية ويصدق بيمينه ولا يجوز توقيت الهبة ويستثنى العمرى والرقبي (و) إنما يصحان (إن وقت) الواهب الهبة (بعمر متهب لا غيره) من عمر نفسه أو أجنبي أو مدة أخرى ولو معلومة فإن وقتها بأحدهما كأرقتك أو أعمرتك هذا عمري أو عمر فلان أو سنة لم يصح، بخلاف ما لو وقت بعمر المتهب (كوهبت لك) هذا (عمرك) أو ما عشت (أو أعمرتك إياه أو أرقتك) أو جعلته لك رقبتي لأنه إنما يملك مدة حياته فكان ذلك تصريحاً بالواقع فمن ثم (صح) وإن لم يقل فإذا مت فهي لورثتك فهي الهبة بعينها لكنه طول العبارة، ولا يعود الموهوب للواهب بحال لقوله ﷺ «العمرى ميراث لأهلها» وقوله «أيا رجل أعمر عمرى فإنها للذي أعطيتها» لا ترجع إلى الذي أعطها بحال لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث، وخبر «من أعمر عمرى له ولعقبه فإنها إلخ» ذكر العقب فيه من باب ذكر بعض أفراد العام المستفاد من الحديث الأول وهو لا يخصص (وإن شرط) بالباء للمفعول (عوده) أي الموهوب (إليه) أي المعمر بالكسر (بعد موته) أي المعمر بالفتح (أو إلى وارثه) أي المعمر بالكسر كأن زاد على إحدى تلك الصيغ فإن مت عاد إليّ أو إلى ورثتي صح عقد الهبة، وكذا لو قال فإن مت صار العبد حراً ولغا الشرط (و) حينئذ (لا يعود) إليه ولا إلى وارثه للخبر، ويصح ويلغو الشرط أيضاً فيما إذا زاد فإن مت قبلي عاد إليّ أو إلى زيد وإن مت قبلك استقرت لك ولا يصح البيع بصورة العمرى كملكته بعشرة عمرك لتطرق الشرط إلى جهالة الثمن كذا فرقوا به وفيه نظر لاقتضائه أن غير هذا من الشروط الفاسدة لا يؤثر هنا لذلك، وليس كذلك

كان ظاهراً منقداً.

وحاصل ذلك أن الأول معتمد نقلاً والثاني أقوى مدرراً.

(قوله وأفتى القفال إلخ) ما أفتى به صحيح ولا أثر للبد لأنها لا ينظر إليها إلا إذا لم يعلم أصلها وأما إذا علم كما هنا كما هو الغرض فيما يظهر فلا ينظر إليها ومن ثم لو لم يعلم أن هذه الأمتعة للأب ولا يد له عليها قبل ذلك صدقت هي لا الأب عملاً باليد.

(قوله والقاضي إلخ) هو موافق للقفال حيث لم يصدر منه تصريح بقوله هو جهازها أو نحوه فيأتي فيه ما ذكرته في كلام القفال، وأما ما انفرد به من أنه إذا قال هو جهازها أو نحوه ملكته فهو واضح لأن ذلك يتضمن الإقرار لها بالملك أي ظاهراً كما هو واضح أيضاً، ومن ثم لو لم يصدر منه في الباطن مملك جاز له أن يتصرف فيه لنفسه فتنبه لذلك فإنه مهم.

فالحق أن اغتفار الشرط الفاسد في هذه الصورة لا غير إنما هو تعبد لصحة الخبر به كما تقرر و (لا بعثك) هذا (بلا ثمن) للتنافي وإنما صح وهبتك بألف بيعا لأن مطلق الهبة لا يقتضي عدم العوضية ومطلق البيع يقتضي العوضية (ولا) تنعقد الهبة (بتعليق) لها كإذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك كسائر التمليكات ولا بشرط كوهبتك كذا بشرط أن تشتري به كذا لأنه لم يطلق له التصرف، وفارق ما لو أعطاه درهما وقال له اشتر لك به عمامة أو اغسل به ثيابك مثلا فإن أطلق أو قصد إرفاقه تعين صرفه فيما عينه وإن ملكه مراعاة لغرضه، وإن قصد التبسط المعتاد تصرف فيه كيف شاء بأن ذاك عقد مستقل عقب بشرط يخالف مقتضاه، بخلاف هذا فإنه وضع على الخصوص من أول مرة، وإنما جاز لشاهد احتياج لمركوب فأعطى أجرته صرفها لغيره لأنه استحقها أجرة لا من باب البر والإكرام حتى يراعى غرض الدافع ولو أعطاه كفننا لمورثه فكفنه في غيره رده ما لم يقصد التبرع على الوارث أو يقل له ذلك على جهة التبسط المعتاد (وهبة دين لمدين إبراء) له عنه فلا يحتاج لقبوله نظرا للمعنى وتركه له كناية إبراء أما هبته لأجنبي فصحيحة إن علما قدره على ما صححه جمع تبعا للنص، وعليه فهو نظير ما مر في فصل المبيع قبل قبضه من صحة بيعه بل أولى، وتصحيح المنهاج للبطلان بناء على ما قدمه ثم في بيعه وقد علمت أن المعتمد خلافه ثم فكذا هنا، لكنه في الروضة جرى ثم على صحة البيع وهنا على بطلان الهبة، وفرقت بينهما في الأصل بما يوضح بقاء كل من كلاميهما على حاله وهو أنه يجري هنا نظير ما مر آنفا من الفرق بين صحة بيع الموصوف في الذمة وعدم صحة هبته.

وحاصله أن إيراد عقد البيع على ما في الذمة يتضمن التزام تحصيله للمشتري في مقابلة الثمن، ومن ثم اشترطوا في الدين ما مر والتزام ما فيها صحيح، بخلاف إيراد عقد الهبة فإنه لما لم يتضمن ذلك كان بالوعد أشبه فتأمل، وعلى الصحة فظاهر أخذا ما يأتي من اشتراطهم القبض الحقيقي هنا أنه لا يستقر ملك المتهب له إلا بعد قبضه بإذن الواهب ولو وهبه منافع داره سنة ففيه بسط في الأصل فراجع فإنه مهم.

(قوله للتنافي) أي ومن ثم لم تكن كناية هنا كما هو ظاهر ولولا ذلك لكان القياس أنه كناية للقاعدة المشهورة أن ما كان صريحا في بابه ولم يجد نفاذاً في موضوعه كان كناية في غيره لكنها أغلبية فلا يقال هذا يرد على هذه القاعدة.

(قوله إن علما قدره) لا يشكل بما مر أنه في الإبراء يشترط علم المبرئ فقط لأن هذا ليس من

وحاصل المعتمد منه أنها أمانة وأنه إنما يملك المنافع بقبضها هي دون قبض الدار فقيل الدار عارية فله الرجوع وقيل أمانة ويملك منافعها بقبضها، وهو بقبض الدار فلا رجوع له ورجح كلا مرجحون . وقضية إلحاقهم المنافع بالأموال في أكثر أحكامها ترجيح الثاني وليس الخلاف لفظيا خلافا لمن وهم فيه (وإنما تملك هبة) بأنواعها الثلاثة أي موهوب (بقبض) فلا تملك بالعقد وحده ولا إن اتصل به القبض وإنما الملك حينئذ من القبض فقط فالزوائد قبله للواهب، وذلك لما ورد عن جماعة من الصحابة (رضي الله عنهم) ولم يعرف لهم مخالف ولأنه صلى الله عليه وسلم أهدى للنجاشي مسكاً فمات قبل أن يصل إليه فقسمه صلى الله عليه وسلم بين نسائه، ثم إن أقبضه الواهب لم يحتج لإذنه وإلا احتاج إليه كما تقدم في الرهن مع ما يناسبه ومر بيان القبض في البيع، نعم لا يكفي هنا الإتلاف ولو بإذن الواهب كما صرح به الخوارزمي إلا إن أذن له في الأكل أو العتق عنه ففعل، أو أمر المتهب الواهب بإعتاقه فأعتقه عنه فإنه قبض ويقدر أنه ملكه قبل الأزدراد والعتق، ولا الوضع بين يديه لأنه غير مستحق له فاعتبر تحققه وقبض المشاع بقبض الجميع فإن منع الشريك من قبض المنقول وكله المتهب فيه فإن امتنع قبض له الحاكم أو نائبه وإن لم يمنع لم يحصل الملك إلا بقبض الجميع ونصيب الشريك أمانة تحت يد المتهب، ويكفي القبض (ولو) كان فاعله (وارثاً) قبض (من مثله) لقيام الوارث مقام المورث فيقوم وارث كل مقامه فيما كان له فعلم أن موت أحدهما لا يفسخ العقد لأنه يؤول للزوم، بخلاف نحو الشركة نعم يبطل الإذن في القبض كالحجر عليه وكالموت الجنون والإغماء، لكن لا قبض إلا بعد الإفاقة ويصح بيع الواهب قبل القبض وإن ظن لزوم الهبة .

ويؤخذ من قولهم إنه يؤول إلى اللزوم أنه كما يصح هنا إبطال العقد بنحو البيع يصح بالقول أيضاً كرجعت عنه وفسخته كالبيع في زمن الخيار، ويفرق بينه وبين ما يأتي في هبة الأصل من أن شرط صحة نحو البيع سبق الرجوع بالقول بأن العقد تم فلا بد من مبطل له قوي وهنا لم يتم فأبطله القول وحده ونحو البيع وإن لم يسبقه رجوع، وليس الإقرار بها ولو مع الملك إقرار بالقبض لجواز أن يعتقد لزومها بالعقد . وقضيته أن ذلك من العالم المقطوع بأن ذلك لا يخفى عليه إقرار بالقبض وهو محتمل (وكفى في هدية وهي) تملك (ما ينقل) غالباً أي يبعث بلا عوض إلى مكان المهدي إليه (إكراماً) له فخرج بغالباً ما يهدى بلا نقل وإكراماً الرشوة وما يعطى للشاعر خوفاً من هجوه ونحوهما كذا قيل، رد القول

السبكي الظاهر أن الإكرام ليس بشرط والشرط هو النقل إذ يدخل فيه الرشوة وما معها. ويرد بأنهما خرجا بقولهم هي تملك ما ينقل إذ كل من هذين لا تملك فيه فصح أن قولهم إكراما للغالب إن أرادوا قصده وإلا فهو لبيان أن من شأن النقل الإكرام، ولا يقع اسم الهدية على العقار لامتناع نقله ولا ينافيه صحة نذر إهدائه فيباع وينقل ثمنه لفقراء الحرم لأن استعمال الإهداء فيه تجوز ولذا بيع ونقل ثمنه (بذل) من جهة المهدي (وقبض) من جهة المهدي إليه. ويأتي جميع ما مر في قبض الهبة فلو مات أحدهما لم يكن للرسول إيصالها إلا بإذن جديد والكتاب هدية إلا إن شرط كتابة الجواب على ظهره فإنه يجب رده، وما يحصله خادم الصوفية لهم يملكه وحده إن قصده الدافع فقط ولو لأجلهم كمن أعطى شيئا لأجل عياله يملكه ويتصرف فيه كيف شاء، والهدية لخاتن ولده للأب إن أطلقت عن ذكر واحد منهما.

قال السبكي: وعن قصده وظرف الهدية هدية إن اطردت العادة بعدم رده وإلا وجب. ويحرم استعماله، وإلا إن اعتيد تناولها منه وهو بعد الاستعمال عارية مضمونة.

والأوجه أنه إذا لم يعتد تناول منه يجب تفرغه حالا وأنه متى أخر ذلك أو حبسه بعد تناول المعتاد من غير أن يعلم رضا مالكة كان ضامنا له (كصدقة) وهي تملك محتاج بلا عوض (لله) تعالى أي على وجه القرية ولم يقيد بالمحتاج كما فعلوه لما نبه عليه السبكي أخذا من كلام المجموع وغيره من أن الحاجة لا تعتبر قييدا بل كونها محتاج هو أظهر أنواعها والغالب منه فلا مفهوم له.

قال: وتمليك محتاج لا مع استحضار ثواب صدقة أيضا فالشرط إما حاجة أو قصد الثواب وتبعه الزركشي وغيره، وعليه فتمليك غني لا للهبة خاصة إن وجد شرطها أو هدية إن وجد شرطها وإلا فهو عقد يشبه الصدقة وليس بصدقة حقيقية، وإنما لم يشترط في الهدية والصدقة صيغة لما جرى عليه الناس في الأعصار من الاكتفاء فيهما بالبعث أو الإعطاء مع القبض والعبرة فيما ذكر بنية الدافع لا الآخذ، ولو أباحه طعام داره أو عنب كرمه جاز له الأكل من الموجود حال الإباحة فقط لا نحو حمله أو جميع ما في داره أكلا واستعمالا ولم يعلمه لغت الإباحة (ولا ثواب) أي عوض يجب في الهبة والهدية والصدقة إذ لا يقتضيه اللفظ ولا العادة (ولو) وقع ذلك من الأدنى (لأعلى) منه كما في إعارته له

إلحاقاً للأعيان بالمنافع فإن قيدها به فليبيع إن علم كما مر وإلا لم يصح بيعاً ولا هبة، ولو اختلفا في ذكره صدق المتهب لأن الأصل عدمه مع اتفاقهما على أنه ملكه (ولأصل) ذكرنا وأنشئ من جهة الأب أو الأم وإن علا ولو مع اختلاف جهة الدين (وهب) بالمعنى الأعم فشمّل الأنواع الثلاثة وخرج به نحو الإبراء وإن كان تمليكاً إذ لا بقاء للدين فأشبهه التالف (لفرع) وإن سفل (رجوع) من غير توقف على حكم حاكم وإن قبض الفرع أو كان صغيراً فقيراً لقوله ﷺ «لا يحل لأحد أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» وهو مخصص لعموم الخير المقتضي لجواز الرجوع ولو لغير الأصول وخصوصاً بذلك لانتفاء تهمتهم فلا يرجعون إلا للحاجة أو مصلحة، ويرجع الأصل فيما وهب (بزائد) أي مع زائد (اتصل) بالموهوب كسمن وتعلم صنعة لأنه يتبع الأصل، نعم الحمل الحادث لا يرجع فيه بل في أمه ولو قبل وضعه وذلك لحديثه على ملك المتهب كالزائد المنفصل ولا يمنع الرجوع تعلق حق بالموهوب تبقى معه ولاية الفرع فيجوز (وإن غرس) الأرض أو بنى فيها أو زرعها (ودبر) القن أو علق عتقه بصفة (وآجر وزوج) لبقاء ولاية الفرع عليه ويبقى الراجع الإجارة بحالها كالتزويج ويتخير في الغراس والبناء بين ما مرفي العارية ويبقى الزرع بلا أجر إلى الحصاد ويرجع أيضاً (وإن) تخمر ثم (تخلل عصير) موهوب لأن الملك الثابت في الخل سببه ملك العصير فكأنه الملك الأول بعينه والأصل ثبت له ما ذكر (كبائع فسخ) البيع بعيب الثمن المعين فإنه يرجع في المبيع بزائده المتصل وإن غرسه المشتري إلى آخر ما مر ما لم يسقط الرجوع بعد ثبوته خلافاً لما يوهمه كلام الحاوي وإنما يرجع إن لم يستهلك الموهوب ولم يتعلق به حق لازم ولم يزل ملك الفرع عنه (لا إن) استهلك كأن (تفرخ) البيض (أو نبت) الحب لأن الموهوب صار مستهلكاً وفارق ما مرفي الفلوس بأن حق البائع أكد من حق الأصل وفي الغصب بأن الغاصب متعد لا ملك له فلا يفيد هذا التغيير حدوث ملك (أو تعلق به) أي بالموهوب (حق) لازم كأن وهبه الفرع أو رهنه لغيره وأقبضه لزوال سلطنته، نعم لو كان الأصل هو المرتهن رجع على الأوجه إذا لا مانع منه حينئذ وكان جني الموهوب جناية تعلق أرشها برقبته ويمكن الأصل من فدائه ليرجع فيه كذا أطلقه في

(قوله وخرج به الإبراء) ينبغي أن يخرج أيضاً الواجب كزكاة وكفارة وفدية، وبه صرح البلقيني لأن الحق فيها بطريق الأصالة لله تعالى فلم يبق للمعطي تصرف فيها بعد ما وجد منه الإعطاء. قال: وكذا لو أرسل إليه لحم أضحية تطوع، وهو فقير أو غني فإنه لا ينبغي أن يرجع لأنه إنما يرجع ليستفيد التصرف وهو في مثل هذا ممنوع انتهى.

الروضة . وظاهره أنه يمكن من فدائه بأقل الأمرين، لكن الذي في الإسعاد كشرح البهجة لشيخنا أنه لا يمكن منه إلا بكل الأرش، بخلاف المرهون لما يلزم عليه من إبطال تصرف المتهب، نعم له أن يفديه بكل الدين لأن له أن يقضي دين الأجنبي، لكن بشرط رضا الغريم .

ويفرق بين هذا وما مر في الجاني على ما في الروضة بما تقرر أن هنا تصرفا من المتهب فاحتطنا له ولم نبطله إلا بوفاء كل الدين مع رضاه، وأما في الجاني فليس فيه ذلك فممكن من فدائه بالأقل وإن لم يرض المجني عليه وكأن حجر على الفرع بفلس لا سفه (أو) إن (كاتبه) كتابة صحيحة أو استولدها كالرهن المقبوض (و) محل ما ذكر في الحق اللازم غير الاستيلاء حيث (لم ينفك) تعلقه به وإلا رجع الأصل لزوال المانع (أو) إن (زال ملكه) بنحو بيع ولو من الواهب على الأوجه، ويوجه بأنه المالك دون الفرع فتعذر الرجوع، بخلاف رهنه منه لبقاء ملك الفرع ويمتنع الرجوع بزوال الملك (وإن عاد) إليه لأن ملكه الآن غير مستفاد منه حتى يزيله بالرجوع فيه، ومن ثم لو وهب الفرع لفرعه لم يرجع الأصل لأن ملك فرعه الثاني غير مستفاد منه فإن وهبه الفرع للجد ثم وهب الجد له رجع الجد دون الأب لذلك وإنما حصل الرجوع ولو من ولي المجنون (برجعت) في الهبة (ونقضتها) (ونحوه) كأبطلتها واسترجعته ورددته إلى ملكي، وكذا بكناية كأخذته وقبضته مع النية وكل منهما يحصله (وإن) كان الأصل قد (أسقط الرجوع) لتعلقه ببقاء العين في سلطنة الفرع (لا بتصرف) كبيع وإتلاف وعتق (ووطء) واستيلاء فلا يحصل به الرجوع، وفارق نحو البيع في زمن الخيار بأن الملك فيه ضعيف، بخلاف ملك الفرع هنا، ويلزم بالإتلاف والاستيلاء القيمة وبالوطء والمهر والتعزير، وتلغو البقية وهو بعد الرجوع أماته بيد المتهب، ولا يصح تعليق الفسخ بشرط ولا التقايل والتفاسخ في الهبة التي لا رجوع فيها، ولو ادعى المتهب أن الهبة في الصحة وباقي الورثة أنها في المرض صدق بيمينه لأن الأصل الصحة، ويكره تفضيل بعض الأولاد على بعض في الإعطاء إلا لتفاوت حاجة أو فضل على الأوجه، وعند التفضيل المكروه يسن على الأوجه أيضا الرجوع في الزوائد، ويكره عند التسوية إلا لمصلحة

قال أبو زرعة: ردًا لهذا لم يتعين في التصرف البيع ونحوه فقد يتصرف فيه بالأكل أو بإهدائه أو التصديق به على غيره انتهى .

ويتردد النظر في المنذور هل له الرجوع فيه كالزكاة أو لا ؟ والذي يتجه لا .

كأن يستعينوا به على معصية أصروا عليها فيندب أو يكونوا عققه فيكره إن زاد العقوق، ويسن إن أزاله ويباح إن لم يفد شيئا منهما قاله الأسنوي .

[باب في اللقطة]

وهي لغة: الشيء الملقوط . وشرعا: ما وجد من حق لغير حربي ضائع محترم وليس بمحرز أي غالبا ولا ممتنع بقوته ولا يعرف الواجد مستحقه، وفارقت المال الضائع وهو الذي يحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه بأنه المحرز بحرز مثله كالذي بمودع الحكم أو بمحل مغلق لا يعرف مالكة فيحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه إن رجاه وإلا صار لبيت المال فيصرفه مصارفه، واشترط الحرز فيه دونها غالب إذ منه ودائع مات عنها مورثه ولا يعرف مالكة، وثوب ألقاه هارب أو ربح في حجر إنسان فيلزمه رده فوراً مالكة إن عرفه وإلا حفظه أو أعطاه الإمام كما يأتي . ومنها درهم وجدته في أرض مملوكة أو بيته وشك أهو له أو لمن يدخله فعليه تعريفه لمن يدخله .

فإن قلت : القياس أن له التصرف فيه اعتمادا على كونه بملكه ويده عليه .

قلت : ممنوع لأن هذه دلالة ضعيفة لما يأتي في الشهادات أن اليد وحدها لا تكفي مستندا بالشهادة بالملك وقد عارضها الشك في كونه للغير فلزمه الاحتياط فيه .

فإن قلت : لم عدلت عن تعبير القفال بلا يدري أهو له إلى آخره وشك ؟

قلت : لأن الظاهر أنه لا يلزمه ذلك إلا عند الشك لأن فيه ترددا على السواء فلا مرجح، بخلاف الوهم فإنه عارضه ظن كونه له فجاز له العمل به .

[وأركانها ثلاثة: الأول والثاني] الملتقط بالكسر والفتح، وفي الالتقاط معنى الأمانة

والولاية والاكْتِسَاب وهذا هو المِغْلَب، ومن ثم جاز (لحر) ولو صيبا ومجنونا لهما نوع تمييز وسفيها وكافرا معصوما ومرتدا وفاسقا (و) لنحو (مبعض) لأنه يستقل بالتملك والتصرف كالحرف فما التقطه بينه وبين سيده إن لم تكن مهابة فيعرفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية فإن كانت مهابة فهي لذي النوبة كباقي الأكساب ولو نادرة على الأوجه والمؤن فتلك لمن حصلت في نوبته وهذه على من وجد سببها في نوبته، نعم أرش الجناية عليهما

[باب في اللقطة]

مطلقا لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة والجناية عليه كهي منه كما بحثه الزركشي (ومكاتب) كتابة صحيحة لاستقلاله كذلك والملتقط إما جماد فيصح (لقط) كل (ضائع) منه ولو نحو جلد ميتة وخمر محترمة وإما حيوان، وهو إما غير آدمي وسيأتي وإما آدمي فيجوز التقاط القن منه العبد أو الأمة إن كان غير مميز مطلقا (لا) التقاط (مميز بأمن) لأنه يصل للمالك بالدلالة بخلافه وقت نحو نهب أو حريق أو غرق وكذا وقت كثرة نحو السارقين فيها يظهر، وكذا إذا عرف منه الإباق وأنه لا يصل للمالك بالدلالة فيما يظهر أيضا أخذا من العلة المذكورة فيلتقط للحفاظ مطلقا، وللمتلك إن لم تحل له الأمة صيانة له عن الضياع وينفقه مدة حفظه من كسبه وما فضل يحفظه معه فإن لم يكن له كسب فعلى ما يأتي في الحيوان، ولو باعه فظهر مالكة وقال كنت أعتقته بطل البيع.

[الثالث] الالتقاط، وهو أخذ ما مر ليعرفه الملتقط ثم يتملكه ولا دور فيه لأن المراد بالملتقط معناه اللغوي وهو الأخذ، ويجعل التعريف جزءا من حده لا ينافي كونه حكما لأنه من أحكام اللقطة.

وأما أحكامه فهي النذب تارة وغيره أخرى ولا يجب وإن غلب على ظنه ضياع اللقطة وأمانة نفسه لأن الم أغلب فيه معنى الاكتساب والنفس تميل إليه فهو كالوطء في النكاح. ويفرق بين ما هنا والإيداع فإنه قد يجب كما يأتي بأن هناك مالكا يأتونه ويبدل مؤنة نفسه وحرزه فلا ضرر عليه فيه بوجه وهنا فيه ضرر لعدم من يبذل له ذلك، ورفع للحاكم ليفرضه له ليس على ثقة فيه أن الحاكم يجيبه لذلك وأيضا فالملك لو وجد هنا احتمال أن يضره بادعاء ما لم يكن، وأيضا فللحاكم تطلع على اللقطات، فرما أضره ولا كذلك في الوديعة، في الكل.

[تنبيه] لا يحصل الالتقاط إلا بالاستيلاء على الملتقط فلو دفعه بنحو رجله أي ولم ينفصل على ما دفعه به كما علم ما قدمته في إحياء الموات ليعلمه ثم تركه حتى ضاع لم يضمه وإن تدرج بسبب دفعه كما شمله كلامهم، وإنما ضمن ما تلف به دون ما درجته لأن ذاك ضمان بشرط وقد وجد والمتدرج ضمانه ضمان استيلاء ولم يوجد (ونذب) لكل من يصح منه (إن) كان أمينا و (وثق بدينه) لما فيه من البربل يكره تركه، ويسن الإشهاد

عليه للأمر به، وكان الصارف له عن الوجوب التخيير فيه بين إشهاد عدل أو عدلين والعدل لا يكفي على القول بالوجوب فدل الاكتفاء به على الندب وأن القصد منع ما قد يؤدي إلى الكتم، ومن ثم سن مع ذلك الإشهاد على بعض صفاتها ويكره للفاسق.

ثم لقط الضائع إما (لحفظ) له على صاحبه فيجوز مطلقاً وإما لتملكه فيجوز بشروط: منها أن يكون ضياعه إما (بسقوط) أي بسببه (و) إما بسبب نحو غفلة عنه فخرج ما ألقاه نحو ريح بحجره أو داره وما خلفه مورثه وجهل مالكة فلا يتملكه بل يحفظه أو يعطيه للإمام لأنه مال ضائع، نعم إن أيس من معرفة مالكة صار من أموال بيت المال كما مر. ومنها أن يوجد (فيما لم تحزه يد) كشارع ومسجد وموات فإن وجد فيما حازته يد كملوكة وموقوفة فلذي اليد ولو مستعيراً أي ما لم يشك كما علم ما مر فإن لم يدعها فلمن قبله كما مر في الركاز بتفصيله، وشرط ما لم تحزه يد أن يكون في دار الإسلام أو دار الحرب (وتم مسلمون) أو مسلم أو ذمي يمكن أن يكون له فيما يظهر فيهما ثم رأيت التصريح بالأول أو دخلها بأمان وإلا كانت غنيمة فخمسها لأهله والباقي للواجد وهذا (كدفين إسلامي) فإنه لقطة وإن كان عليه ضرب الجاهلية خلافاً للحاوي حملاً على أنه أخذه مسلم أو ذمي، ودفنه بخلاف دفين الجاهلية فإنه ركاز وإن لم يكن عليه ضربهم خلافاً له أيضاً كما مر ثم، وفي نسخة بإسلامي وهو تحريف لاقتضائه أن دفين الإسلام لقطه مطلقاً وليس كذلك، وإذا اجتمعت هذه الشروط جاز لمن مر لقط (لتملك) لما يملك (أو اختصاص بنحو كلب) يقتنى وغيره ما يختص به فيعرفه سنة أو ما يليق به ثم يختص به فإن ظهر صاحبه وهو موجود لزمه رده إليه وإلا لم يضمه ولا منفعتة.

وشرط ابن عجيل لالتقاط الكلب ما يأتي في الممتنع من صغار السباع، وإنما يجوز الالتقاط بقصد التملك أو الاختصاص أو لا بقصد نحو تملك ولا حفظ بالحل ولو عرفه كما اقتضاه كلامهم، وصححه صاحب الانتصار وكذا الحرم النبوي على المعتمد، لكن اختار البلقيني خلافاً لخبر صحيح فيه (لا بالحرم) المكّي فلا يلتقط فيه ولو حقيراً إلا للحفظ فيجب تعريفه أبداً لقوله ﷺ «لا تحل لقطته إلا لمعرفة» أي دائماً وإلا فسائر البلاد كذلك، وحكمته أن مكة مثابة للناس يتكرر عودهم إليها فرمما عاد مالكه أو نائبه، وتجب الإقامة للتعريف به أو دفعه للحاكم أي إن كان أميناً أخذ ما يأتي في الوديعة وإلا فالى ثقة يعرفه

نيابة عنه فيما يظهر فيهما، ويتخير كذلك في كل ما التقطه للحفظ (و) لا لقط (أمة تحل له) أي للملتقط فلا يجوز بقصد التملك ولو في زمن خوف قياساً على ما مر في اقتراضها، بخلاف ما لا تحل له إن لم تميز أو في زمن خوف (و) لا التقاط حيوان (ممتنع من صغار سباع) كذئب وتمر وفهد بقوته كإبل وبقر وحمير أو بعدوه كظبي مملوك أو بطيرانه فيمتنع التقاطه للتملك (بمفازة) هي المهلكة سميت بذلك على القلب تفاقماً (آمنة) للنهي عنه في الإبل وقيس بها غيرها ولأنه مصون بالامتناع عن أكثر السباع ومستغن بالرعي إلى أن يجده مالكة لتطلبه له فإن التقطه ضمنه ولم يبرأ إلا إن سلمه للحاكم. أما في العمران أو ما قرب منه فيلتقط ولو للتملك كزمن النهب ونحوه ولو من المفازة حفظاً له من كثرة امتداد الأيدي الخائنة إليه، وأما للحفظ فيجوز مطلقاً ويتأكد إن خاف الضياع وكان الأخذ أحفظ له، وأما غير الممتنع كفصيل وعجيل وشاة فيلتقط للتملك ولو في المفازة ولم يعتبروا كبار السباع لأنه قل ما يمتنع منها ضالة مع ندرتها.

(و) أحكام اللقطة أربعة:

الأول: الأمانة والضمان، فلا يجوز أن يلتقط للتملك (ما قارن لقطه قصد خيانة) فيه من ملتقطه لأنه حينئذ غاصب له يضمنه ضمان المغصوب فلا يستفيد تملكه، ولا الاختصاص به وإن عرفه لخيانته فإن طرأ قصد الخيانة فسيأتي، ولو لم ينو عند الأخذ شيئاً أو نسي ما نواه لم يضمن وله التملك.

الثاني: التعريف، فلا يجوز لمن مر إذا التقط لتملك أو اختصاص أن يتملك أو يختص إلا (بعد تعريف ما يقصد) بالنص، بخلاف ما لا يقصد لعدم تموله كزبيبة فيستبد به بلا تعريف، ويشترط في التملك لفظ أو ما في معناه يدل عليه كتملكت لأنه تملك مال ببدل فافتقر لذلك.

وبحث ابن الرفعة أنه لا بد في الاختصاص ما يدل على نقله (ووجب) تعريف الملتقط المقصود (وإن) أخذه لا للتملك بل للحفظ (و) (حفظ) به على المعتمد خلافاً للحاوي كالأكثرين لأن عدم التعريف كتمان مفوت للحق على صاحبه. وخرج بحفظ ما لو دفعه للحاكم فلا وجوب عليه (و) يجب التعريف أيضاً وإن (أكل) الملتقط الحيوان أو ما يسرع

فساده بعد تملكه حالا كما يأتي، ومحلّه إن لم يجده بصحراء وإلا لم يلزمه تعريف أي فيها لعدم فائدته بل في غيرها ولو على التراخي إذ لا يجب فوراً (وندب) للملتقط كما قاله الأذرعى وغيره. وقال ابن الرفعة: يجب، وظاهر الخبر بدل له إذ الأمر للوجوب أن يعرف وعاءها ورباطها ونوعها وقدرها وأن يكتب ذلك ومحل التقاطه وزمانه، وأن يقرن تعريفه للقليل والكثير (بأوصاف) لها أي بعضها لأنه أقرب إلى الظفر بالمالك. قال الأذرعى: ويأثم باستيعابها كيلا يعتمدها كاذب فإن فعل ضمن، وندب ذكر بعض أوصافها هو (كإشهاد بها) أي بعضها، ويكره استيعابها ولم يحرم لأن المحذور هنا أخف، ويحرم الإشهاد كالتعريف إن علم على أن ثم ظالماً يأخذها، ومر أن غير المتمول لا يعرف وأما المتمول (فقليل) وكثير فالقليل وهو ما يظن أن فاقده لا يكتر الأسف عليه ولا يطول طلبه له غالباً يعرف إلى أن يظن إعراض صاحبه عنه غالباً، ويختلف ذلك باختلاف الأموال والملاك فيعرف كل قليل (بقدره) اللائق به. قال الرويانى: فدائق الفضة يعرف حالا أي ويتملك حالا ودائق الذهب يعرف ثلاثة أيام، ولعل هذا باعتبار زمنه وأما زمننا فينبغي الزيادة فيه على ذلك لما غلب على أهله من الشح فينبغي الاحتياط ما أمكن، ومن ثم صرحوا أنه يأخذ في الملاك بالأسوأ على أن كثيرين صححوا أن القليل يعرف سنة أيضاً واختاره السبكي لعموم الخبر. قال: وهو المشهور في المذهب، وتبعه الأذرعى فقال: إنه المنصوص وما عليه الجمهور وإن أتجه الفرق من حيث المعنى انتهى.

(و) يعرف (كثير سنة) للخبر ولأنها لا تتأخر فيها القوافل، ولو التقطها اثنان عرف كل نصف سنة على الأوجه لأنها لقطة واحدة والتعريف من كل منهما لكلها لا لنصفها، قال الأذرعى: فإن أقاما واحداً عنهما أو أذن أحدهما للآخر أجزأت السنة قطعاً والواجب تعريف سنة (وإن) لم تكن على الفور أو (تفرقت) خلافاً للحاوي. قال الإمام: نعم يمتنع تأخير يؤدي لنسيان النوب السابقة، ويجب حينئذ ذكر زمن الوجدان في التعريف ليجبر التأخير المنسي انتهى.

(و) لا يجب استيعابها بل (يعرف) على العادة فينادي أول التعريف (كل يوم مرتين) في طرفيه ويستمر على ذلك إلى مضي أسبوع (ثم) في كل يوم (مرة) في أي جزء

من أجزائه إلى مضي أسبوع آخر (ثم كل أسبوع) مرة أو مرتين إلى مضي سبعة أسابيع (ثم كل شهر) مرة أو مرتين إلى آخر السنة بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى فالمدد المذكورة تقريبية والضابط ما ذكر، حتى لو فرض المرة في الأسابيع التي بعد التعريف كل يوم لا تدفع النسيان وجب مرتان كل أسبوع ثم مرة كل أسبوع وزيد في الأول لأن تطلب المالك فيه أكثر، ويبني الوارث على تعريف مورثه على المعتمد وعليه أن يعرف ما التقطه من بلد أو قرية (في بلدة) أو قريته في الأسواق ومجامع الناس وأبواب المساجد لا فيها لكرامته كما في المجموع أو تحريمه على ما صوبه الأذرع وغيره، ومحلها إن رفع صوته وكان في غير المساجد الثلاثة وليكثر منه في محل الالتقاط فإن أراد سفرا استناب بإذن الحاكم من حفظها ويعرفها فإن سافر بها أو استناب بغير إذنه مع وجوده ضمن لتقصيره أي إن كان أمينا (أو) يعرفه في (بلد ونحو) كقرية وقافلة تمر به (إن وجد بصحراء) إذ لا فائدة في تعريفه بها، ولا يلزمه العدول عن مقصده وإن بعد وطراً له قصده بعد الالتقاط إلى أقرب بلد من الصحراء وله استنابة من يعرف بشرط كونه مكلفاً غير مشهور بالخلاعة والمجون (ومؤنه) أي التعريف (على) أخذ لخيانة مطلقاً وعلى (متملك) أي قاصد للتملك ولو بعد التقاطه للحفظ لأنه سبب لتملكه فلزمه مؤن ما وقع بعد قصده وإن لم يتملك وهذا في مطلق التصرف فغيره إن رأى وليه التملك لم يصرف المؤن من ماله بل يرجع الأمر للحاكم لبيع جزءاً منها كما يأتي.

أما من قصد الحفظ ولو بعد قصد التملك فمؤن تعريفه بعد قصده الحفظ في بيت المال أي إنفاقاً لا اقتراضاً كما رجحه الأذرع، وللحاكم حيث لا سعة في بيت المال أن يقترضها على المالك من اللاقط أو غيره أو يأمره بصرفها ليرجع على المالك أو يبيع بعضها إن رآه وقصد الاختصاص كقصد التملك هنا وفيما مر وعدم قصد حفظ ولا تملك كقصد الحفظ.

الحكم الثالث: جواز بيع اللقطة وتملكها وغيرهما (وباع حيواناً) التقطه بشرطه السابق وتملك ثمنه بعد تعريف الحيوان الملتقط (و) باع أيضاً (ما يفسد) سريعاً كرطب لا يتتمر ثم يعرفه لیتملك ثمنه، وإنما يبيع في صورتين (بحاكم) أي بإذنه إن (وجد) وإلا استقل

(قوله بحاكم وجد) محله إن وجد بصفة الأمانة وإلا كأن خشى منه أنه إذا أطلقه عليه يأخذه ويتلفه على مالكة بنفسه فينبغي أن لا يجوز له حينئذ الرفع إليه أخذاً مما يأتي في الوديعة وغيرها

به ولا يتعين البيع بل باعهما إن شاء (أو تملك) إن شاء ما يفسد حالاً والحيوان بعد تعريفه (و) إذا تملكهما (أكل ما يفسد) مع غرم قيمته إذا ظهر مالكة وإن وجده بعمران لأنه معرض للهلاك وحيوانا وجده بمفازة مع غرم قيمته أيضا (لا حيوانا) وجده (ببلد) أي عمران وما قرب منه أو نقله إليه فلا يجوز له أكله لسهولة البيع فيه، بخلاف المفازة فقد لا يجد فيها من يشتريه ويشق النقل إليه. وإذا استوت هذه الثلاثة في الأحظية أعني التعريف ثم التملك والبيع وحفظ الثمن ثم التعريف ثم تملك الثمن وتملك الملقوط من مفازة حالاً وأكله وغرم قيمته بالأولى أولى من الثانية والثانية أولى من الثالثة، وزاد الماوردي رابعة وهي أن يستبقه حيا لدر أو نسل قال: لأنه لما استباح تملكه مع استهلاكه فأولى أن يستبيع تملكه مع استيفائه، والحيوان غير المأكول ليس فيه إلا الأوليان ولا يجوز تملكه حالاً وما يسرع فيه فساده ليس له فيه إلا الأخریان وهما أن يبيعه بإذن حاكم وجده ثم يعرفه ليتملك ثمنه أو يتملكه حالاً ويأكله وإن وجده بعمران، وهذا كله مأخوذ من كلام المصنف كما علمت من تقريره، لكن ينبغي أن محل التخيير المذكور إذا كان اللاقط عدلاً فأما الفاسق مع فقد القاضي فلا ينبغي أن يجوز له نحو بيع ولا أكل لأنه متهم فلا ولاية له عليه لما يأتي أنه لا يعتد بتعريفه وحده وأن القاضي ينزعه منه، وحينئذ فيظهر أنه يلزمه رفع أمره لعدل عارف يحكمه في التخيير كما علم ما تقرر فما حكم به لزمه فعله، وإذا أمسك اللاقط الحيوان وتبرع بالإنتفاق عليه فذاك وإن أراد الرجوع فلينفق بإذن الحاكم فإن لم يجده أشهد، وهنا تفاصيل مهمة في الأصل. وما اقتضاه كلام الحاوي من حل أكل الشاة في العمران حمل على شاة يخشى سرعة فسادها فتكون كالهريسة (ولغبطة) أي مصلحة (باع) الملتقط أو جفف (ما يجف) من رطب يتتمر ونحوه ما يمكن إبقاؤه بالمعالجة فيفعل الأخط من البيع رطبا والتجفيف إن وجد متبرعا بمؤنة وإلا باع بعضه لتجفيف باقيه وإن ساوى مؤنة التجفيف وإنما باع كل الحيوان لتكرر نفقته فيؤدي لاستغراقه، ولا يجوز له هنا الأكل ولو استوت الغبطة في البيع والتجفيف جفف.

وعلم ما تقرر خلافاً لما أوهمه كلام الحاوي ومن اغتر به أنه لا يجوز بيع اللقطة إلا لضرورة كخشية فساد نحو الهريسة وأكل نفسه في الحيوان والمصلحة فيما يجف (وهو)

وحيئنذ يستقل به اللاقط إن كان عدلاً هنا أيضاً وإلا يأتي فيه ما يأتي أنه يحكم عدلاً إلخ.

(قوله أو تملك إلخ) الحاصل هنا أنه في هذا يتملكه عند أكله بقيمته ثم بعد ذلك تصير القيمة

أي الملتقط مع زوائده (وئمنه) إذا بيع لما ذكر (قبل تملك) له من الملتقط ولو بعد مضي مدة التعريف (أمانة) فلا يضمه إلا بتفريط وإن التقطه للتملك لأنه ما دام لم يملكه يحفظه للمالك فأشبهه الوديع. أما بعد التملك فهو مضمون كالقرض ولو بدا لمن أخذ لحفظ التملك عرفه من حينئذ ولا يعتد بما مضى وحيث سلم ولو قاصدا التملك للحاكم لزمه القبول بخلاف الوديع لقدرته على ردها لمالكها (وإن طرأ) بعد الأخذ لحفظ أو تملك (قصد خيانة) لم يضمن بمجرد القصد كالوديع، فإن طرأت الخيانة ضمن لتحقيقها فإن أفلح عنها وعرف ليتملك جاز نظر الصحة قصده ابتداء، ومر ما يعلم منه أنه إنما يملك بعد تمام التعريف باللفظ الصريح كتملكت أو الكناية مع النية كإشارة أحرص ويختار نقل الاختصاص إليه، ومر جواز التقاط ذمي ومرتد وفاسق (و) حينئذ (عرف فاسق) ونحوه (لقط) ما يجب تعريفه (بمشرف) عدل عليه في التعريف، وإن كان الذمي عدلا في دينه بأن يعرف هو والعدل مراقبه فلا يكفي وحده لعدم ائتمانه.

ومنه يؤخذ أنه لو عرف سنة على ما ذكره جاز له فيما بينه وبين الله أن يملك لأن منع انفراد التعريف إنما هو لخشية خيانتة فيه وقد تحقق هنا عدم خيانتة، ثم بعد التعريف يملك (ونزع منه) ومن الآخرين (قاص) ما التقطه وسلمه إلى عدل لأنه ليس أهلا للحفظ وأجرة العدل في بيت المال ثم على نحو الفاسق كذا أطلقه الدارمي وفيه نظر لما مر أن مؤن التعريف على الآخذ للخيانة أو التملك فإن قصد الحفظ ففي بيت المال، فليحمل قوله في بيت المال على الآخذ للحفظ، وقوله على نحو الفاسق على الآخذ لغير الحفظ، وينبغي أن أجرة المشرف كذلك (و) نزع وجوبا (من صبي) أو مجنون صح التقاطهما أو سفيه (ولي) ما التقطه أحدهم إن علم به (وعرفه) لا من مال المولى بل يرفع الأمر للقاضي لبيع بعضه لذلك، ويصح تعريف السفيه لا الميز بإذن الولي (وتملك) له (حيث يقتض) أي يجوز له الاقتراض (له) لأن تملكه إياها في معنى الاقتراض فلم يجز إلا بشروطه السابقة فإن انتفى شيء منها حفظها أو سلمها للقاضي، وللولي وغيره أخذها منه التقاطا ليعرفها ويملكها، ويبرأ الصبي حينئذ من الضمان، وضمن صبي ونحوه لقطه (بإتلاف) صدر منه لها (لا تلف) بلا تقصير منه كالوديع.

فإن قلت: يأتي في الوديعة أنه لو أودع فتلف عنده ولو بتقصيره لم يضمنه .

قلت: يفرق بأن المالك ثم مقصر لأن الفرض أنه رشيد لا هنا إذ لا ائتمان منه (و) ضمن (بهما) أي بالإتلاف والتلف في يد المولى (ولي قصر) في انتزاعها منه كما لو قصر في حفظ ما احتطبه وحينئذ يعرف التالف ثم يتملك للصبى بشرطه المذكور، ولا يصح التقاط قن بلا إذن من سيده لأنه يعرض سيده للمطالبة ببدل اللقطة لوقوع الملك له بخلاف انتهابه أما بالإذن فصحيح ويتناولها الإذن في مطلق الاكتساب على الأوجه (و) ضمن (عبد) أو أمة (لقطا) شيئا (بلا إذن) من سيده في رقبته وإن تلف بغير تفريطه إن لم يعلم سيده وإلا ضمن (في رقبته مع سيد) له (علم) اللقطة (و) إنما يضمن معه إن كان قد (أهمل) أمرها (أو قرر)ها (معه وهو) أي والحال أن العبد (خائن) لتعديهما فيتعلق الضمان بالعبد وسائر أموال السيد كما لو رآه يتلف مالا لغيره فلم يمنعه أما لو قررها معه وهو أمين فلا ضمان عليه لأن يده حينئذ كيده، ويضمن لقطة مستولدته وإن لم يعلم لأن جنايتها عليه (والآخذ منه) أي من القن الملتقط بغير إذن سيده (لقط مبرئ) فإذا انتزعتها منه أجنبي صار ملتقطا لأن يده إذا لم تكن يد التقاط كان الحاصل فيها ضائعا ويسقط عن رقبته الضمان لوصلها إلى نائب المالك شرعاً أو السيد فكذلك لذلك .

الحكم الرابع: رد اللقطة أو بدلها (و رد)ها الملتقط وجوباً ولو بعد التملك (بحاكم) أقام المالك بها حجة عنده كعلمه أو شاهد ويمين وكوصفها إن رأى لزوم الرد به وألزم به فإن انتفى لم يجب الرد بل يجوز إن لم يصفها (و) ردها (جوازاً) بل ندباً (بتصديق واصف) في وصفه لها أي بسبب ظن به صدقه في ذلك وإلا لم يجز، فإن علم صدقه لزم الدفع إليه ولو ادعاها جمع ووصفها كل أو أقام بينة لم تسلم لهم ولا لبعضهم ولو ادعى عليه بلزوم التسليم أو علم الصدق فله الحلف أنه لا يلزمه ذلك أو لا يعلم لأن الوصف لا يفيد العلم وحيث ردها إليه من غير أن يلزمه الحاكم (لم يبرأ) من ضمانها لنسبته لنوع تقصير، نعم له الرجوع ببديلها الذي غرمه لمن أثبتها على واصف دفعها له فتلفت عنده إن لم يقر له بالملك وللمالك مطالبة الواصف أيضاً إن قبض من الملتقط عينها (وإن تملكها) الملتقط ثم عرف مالكة (ف) ليردها فوراً وجوباً وإن لم يطلبها إن بقيت ولم يتعلق بها حق لازم لا بد لها مع

الحاكم إن وجد ثم يتملكها، والمفرز ملك للمالك اللقطة وأمانة الآن في يد الملتقط . فلو تلف عنده بلا تفريط له لم يلزم الملتقط شيء وبرئت ذمته .

وجودها إلا برضاه (بزوائد) لها متصلة أي معها وإن حدثت بعد التملك تبعاً للأصل، بل لو حدثت قبله ثم انفصلت ردها (لا) مع زوائد (منفصلة) حدثت بعد التملك لحدوثها على ملك الملتقط (و) يردها مع (أرش عيب) حدث (بعد) أي بعد التملك لأن جميعها مضمون عليه فكذا بعضها، ولا يجاب المالك لبدلها إذا ردها الملتقط له مع الأرش لأنها معه كالتامة ووجوب رد الملتقط إن بقي هو (ك) وجوب رد (بدل) له من مثل أو قيمة (إن تلف وقوم) المتقوم (يوم تملك) لأنه يوم دخوله في ضمانه. أما إذا ظهر قبل تملكها، فإن تلفت بلا تقصير فهدر، وإن بقيت أخذها بزوائد، وإن انفصلت دون أرش عيب حدث بلا تقصير الملتقط.

[فصل في اللقيط وهو المنبوذ الآتي]

وأركانه أركان اللقطة. وشرط الملتقط إسلام في مسلم، وتكليف وحرية وعدالة، ولو مستورة ورشد فحينئذ (لحر عدل) ولو مستوراً (رشيد لقط) من يأتي لأنه ولاية ثبتت على الغير بالاختيار فاعتبر فيه ذلك كسائر الولايات فلا يصح من أضداد هؤلاء فينزعه الحاكم منهم، وكذا من ظاهره الأمانة إن أراد سراً به ولم يخبره لئلا يسترقه.

الثاني: اللقيط، وهو كل (منبوذ) لا يعلم له كافل ولو مجنوناً على الأوجه فإن فقد النبذ بأن علم أنه كان في كفالة أحد ولم يعلم الآن كافله وجب رده للقاضي لأنه نائب كافله المجهول، وإن علم له كافل الآن ولو ملتقطاً ووجد بمضيعة وجب رده إليه، ويلتقط المنبوذ المذكور (بإشهاد) على الالتقاط أي معه (وإن) كان قد (ميز) لحاجته إلى التعهد (و) على الملتقط (تربيته) بحفظه ورعايته لأنها المقصود من الالتقاط لا نفقته وحضانه السابقة في الإجارة لكثرة مؤنتها فإن عجز عن حفظه أو تبرم أو أعرض سلمه للقاضي، ولا يجوز له نبذه ويجوز في تربيته الجر والرفع.

الثالث: الالتقاط، (وفرضاً) على من ذكر أي الالتقاط مع الإشهاد والتربية، أو الالتقاط والإشهاد، والتربية لازمة للالتقاط على الكفاية حيث علم به أكثر من واحد وإلا فعلى العين، نعم إن علم به قبل التقاط الأول لزمه أيضاً، أما الأول فحفظاً للنفس المحترمة عن

فإن قلت: لما احتاج إلى تملك القيمة مع تملكه الأصل عند الأكل. قلت: لأن هنا حكمن متغايرين لا يلزم من أحدهما الآخرهما حل أكل الأصل وكون القيمة بدمته ثم كونها بدمته يترتب

الهلاك . وأما الثاني أعني وجوب الإشهاد على التقاط الملتقط له وإن ظهرت عدالته فخوفاً من أن يسترقه ولم يجب على اللقطة لأن الغرض منها المال وهو في التصرف المالي مستحب ومن اللقيط حفظ حرите ونسبه فوجب الإشهاد كما في النكاح، ويجب أيضاً على ما معه لثلاً يملك ويغني عنه التسليم من الحاكم فيسن حينئذ وينزعه إن شاء من لم يشهد لتدليسه فاقتضت مصلحة المنبوذ نزعه منه وإن لم يفسق (و) يجوز الالتقاط (لعبد) أو أمة أي عدل رشيد فيما يظهر (بإذن) من سيده وحينئذ السيد هو الملتقط والقن نائبه خلافاً لما يوهمه تخصيصه ذلك بالمكاتب .

فإن قلت : إذا كان السيد هو الملتقط فلمَ اشترط في القن العدالة والرشد ؟

قلت : لأن الغرض أن السيد أذن وغاب فاشترطنا لوضع اليد في غيبته ذلك ليؤمن عليه، بخلافه في حضرته وتقريره عليه بعد علمه به كالإذن، فإن انتفيا انتزعه الحاكم لأنه تبرع وليس من أهله (لا مكاتب) فلا يصح التقاطه، وإن أذن له سيده خلافاً للحاوي لذلك (إلا نيابة) عن السيد بأن قال له التقط لي فيكون السيد هو الملتقط ولا مبعوض ولو في نوبته لذلك أيضاً (ولكافر) حر رشيد عدل في دينه ومسلم كذلك (لقط كافر) لما بين الكافرين من الموالاتة .

[تنبیه] أفهم صنيع المتن مع ما تقرر فيه أن الفرضية خاصة بمن يصح التقاطه وإنه من القن بالإذن ومن الكافر لكافر جائز لا واجب . ويوجه بأن الأول آلة للسيد والثاني ليس فيه الأهلية المطلقة فلم يناسبها وجوب بل السيد هو المخاطب به وإن علم، نعم مقتضى كلامهم أن المسلم لا يلزمه التقاط الكافر وفيه نظر بل ينبغي الوجوب في الذمي (و) إذا ازدحم على منبوذ أكثر من واحد فإن لم يؤخذ جعله الحاكم عند من يراه ولو غيرهما، وإن أخذه أحدهما وهما أهلان (قدم سابق) بالأخذ لا بالوقوف عليه (ثم) إن استويا سبقاً بأن أخذاه معاً قدم (مقيم بقرية) أو بلد وجد بها على من يظعن به ولوالي بلد لأن بقاءه بمحل وجوده أقرب لحفظه نسبه (ثم) إن كانا مسافرين قدم (بلدي) على قروي لأن البلد أرفق به (و) إن ازدحم عليه حضري وبدوي وقد وجداه (ببادية) في نحو حلة أو قبيلة (لا مهلكة) بفتح أوله وثالثه (استويا) فيه من هذه الجهة لا مطلقاً فإن وجداه بمهلكة قدم حضري لأنه لا بد من نقله منها، وهنا فوائد مهمة في الأصل لا توجد في غيره فراجعها (ثم) إن استويا سبقاً

عليه أحكام منها أنها دين عليه وإن أفرزها كانت أمانة بيده ويملكها بعد التعريف ولو تلفت بيده بلا

وإقامة قدم (غني) على فقير لأنه قد يواسيه بماله ولا يقدم غني على غني، نعم يقدم الجواد على البخيل (و) قدم (معلوم عدالة) بالتزكية على مستورها احتياطا للقيط لا الأزيد عدالة (ثم) إن استويا في الصفات أو كان أحدهما غنيا مستور العدالة والآخر فقيراً معلوما (أقرع) بينهما لعدم الأولوية، ولا ترجيح بذكورة وإسلام واختيار مميز، ولا يترك في يدهما لتعسر الاجتماع على حفظه، ولا يخرج عنهما ولو ترك أحدهما حقه قبل القرعة انفرد به الآخر أو بعدها للآخر لم يجز كما ليس للمنفرد نقل حقه إلى غيره .

وبحث الأذرعى تقديم بصير على أعمى وسليم على مجذوم وأبرص إن قيل بأهليتهم للحضانة والمرضعة على غيرها (ونقل) اللقيط جواز السكنى وغيرها من محل الالتقاط (إلى مثل) له إن أمنت الطريق والمقصد وتواصلت الأخبار وكان الناقل عدلا كما مر (و) جاز نقله أيضا بهذه الشروط (من بدو لقرية) وإن بعدت (منهما) أي البادية والقرية (لبلد) وإن بعدت (ولا عكس) أي لا يجوز نقله من قرية أو بلد إلى بادية ولا من بلد إلى قرية كذلك لخشونة عيشهما وفوات العلم بالدين والصنعة فيهما، نعم له نقله من بلد أو من قرية لبادية قريبة يسهل المراد منها على النص وقول الجمهور (و) من التقط لقيطا (استقل بحفظ ماله) كنفسه بل أولى، ومحلله كما قاله جمع إن كان عدلا بحيث يجوز إيداع مال اليتيم عنده . أما التصرف فيه فلا بد من إذن القاضي له فيه والمال الذي يحكم بكونه له (كدار) أو خيمة أو بستان أي إن كان مثله يسكن عادة على الأوجه (حوته) بأن وجد فيها وحده ولم يعرف لها مستحق فإن كان معه غيره فحوصته بحسب الرءوس (وما) وجد (عليه) من نحو لباس أو لحاف ومال مربوط فيه وكيس مربوط بوسطه ودنانير منثورة عليه وفوق فراشه (و) ما وجد (تحته) من فراش ودنانير منثورة تحت فراشه أو بدنه وسائر ما يوجد تحت يده واختصاصه كدابة عنانها بيده أو مشدودة به أو بثيابه لأن له يدا واختصاصا، ومعنى كون ذلك له صلاحيته لأن يصرف عليه منه ودفع منازعه فيه لا أنه طريق لحكم القاضي بصحة ملكه ابتداء (لا) حال كون الموجود تحته (دفينا) في محل لم يحكم بأنه له كما في البالغ بخلاف ما إذا كان بمحل له (و) لا حال كونه (قريبا) منه عرفا وإن عد مستوليا عليه ما لم يحكم بأنه المحل له وإلا فله وإن بعد عنه، وإنما حكم بأن القريب من البالغ له مطلقا لأن له رعاية ولا أثر لقرعة مكتوبة بيده أو في نحو الدفين تدل على أن

تفريط لم يضمنها وبرئت ذمته، وهذا كله لا يغني عنه تملك الأصل لما تقرر أنه لحل الأكل المترتب

المال له (و) إذا كان للقيط مال ولو من جهة وقف على اللقطاء أو وصية لهم (أنفق) عليه الملتقط ولو قال مؤن لكان أخصر وأعم (منه) لأنه غني (بقاض) وحده أي بإذنه وإلا ضمنه لأن ولاية المال لا تثبت لقريب غير أصل فالأجنبي أولى (ثم) إن لم يمكنه استئذان القاضي أنفق عليه منه للضرورة و (أشهد) وجوباً بالإئناق كل مرة على ما نقله ابن الرفعة عن المدلجي وفيه من الحرج ما لا يخفى . فإن لم يشهد مع الإمكان ضمن ويضمن الزائد مأذون قاض أسرف ويمنع من التقدير ويصدق بيمينه في دعوى إئناق قدر لائق (ثم هي) أي نفقته حيث لا مال له عام ولا خاص من الموقوف على الفقراء إن وجد على الأوجه ثم هي، وإن حكم بكفر اللقيط على المعتمد بأن وجد ببلد كفر ليس بها مسلم (على بيت المال) من سهم المصالح بلا رجوع كالمعسر البالغ بل أولى (ثم) إن عدم أو كان مصرف أهم أو منع متوليه ظلماً اقتضى عليه الحاكم (من أغنياء) أي بلد شاء لكنه من أغنياء (بلده) أيسر فإن تعذر قسطها عليهم قرضاً فإن لم ينحصروا فعلى من يراه منهم فإن استنوا في اجتهاده تخير فعلم أنها منهم في كل الأحوال (إقراض) لا إئناق واجب من غير عوض كما يجب إطعام المضطر بعوض فيرجعون على سيد له ظهر لا على قريبه على ما بينته في الأصل مع بيان الرجوع إليه إن ظهر له مال أو اكتسبه وإلا قضى من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين لا من سهم المصالح لاغتنائهم بذلك .

وأحكام اللقيط أربعة: الإسلام، وهو إما بالمباشرة وشرطه التكليف ولو مكرهاً إن كان حربياً، ويدخل المميز بإسلامه الجنة قطعاً للحكم بصحته باطناً أي بالنسبة للآخرة ومن ثم لا تمنعه من نحو الصلاة . وخرج بباطنا نحو إرثه فيدار الحكم فيه على الظاهر وكذا الصلاة عليه فيما يظهر لأنها من الأحكام الظاهرة المتعلقة بالغير فلا تباح إلا بإسلام صحيح ولو على احتمال بأن تعارض عدلان في إسلامه وكفره كما مر، وأطفال المشركين يدخلونها على الأصح وأما بالتبعية وهي تبعية دار وساب وقرابة والأولى وهي المتعلقة باللقيط فإذا وجد (لقيط) ولو بدار كفر وهي ما استولى عليه الكفار من غير صلح ولا جزية ولم تكن للمسلمين قبل ذلك وما عدا ذلك دار إسلام وقد (جوز) كونه (من مسلم) بأن كان ثم مسلم ولو أسيراً أو ماراً يمكن كونه منه ولو نفاه، نعم الوجه كما دل عليه كلامهم أنه لا يكتفي بالمار في دار الحرب بل لا بد من سكنه ثم، بل قال الإمام ويتجه أن يكون المحبوس

بمطمورة كالمجتاز أي في الحكم بكفر الولد مع ذلك والفرق حرمة دارنا فاكتفى بأدنى الإمكان حتى المرور، بخلاف دار الحرب فاحتيج فيها إلى ظهوره بإقامة المسلم ثم، وإمكان اجتماعه عادة بأمر الولد (مسلم) تغليباً للإسلام فإن لم يمكن ثم مسلم يكن كونه منه فكافر فإن اختلفت مللهم جعل من أقربهم للإسلام، ويحكم بإسلام من ذكر (كطفل) أي غير بالغ ومجنون وإن طراً جنونه (أحد أصوله) مسلم وإن بعد ولم يكن وارثاً واختلفا رقا وحرية ولو كان الأقرب حياً وإن أسلم بعد العلوق لأن التبعية للفرعية وهي لا تختلف بما ذكر، والكلام في أصل يعرف بحيث يفيد النسب إليه التوارث بينهما ولو بالرحم وإلا لزم إسلام جميع الأطفال نظراً لآدم صلى الله على نبينا وعليه وسلم (أو من) أي صبي ومثله أيضاً المجنون، ويصح عطف من على أحد فيكون من واقعة على السابي، وعلى كل فلو قال أو سابه لكان أولى وأخصر (سباه وحده مسلم) ولو غير مميز وإن شاركه ذمي فيحكم بإسلام المسيبي تبعاً له في الأولى وتغليباً لحكم الإسلام في الثانية. وخرج بوحده ولو أبدله كالبهجة بقوله بدون أصل لكان أولى إذ لا عبرة بمن معه من غير الأصل من الأقارب ما لو سبى مع أحد أصوله. قال في الروضة: بأن كان في جيش واحد فيتبعه في دينه وإن مات بعد، واختلف سابيها لأن تبعية الأصل أقوى. وقضيته أنه لو تقدم سبي الطفل ثم سبى أصله منع تبعيته لسابيه وهو مشكل لأن القياس أنه بمجرد سبيه وحده فيتبعه فلا يتغير حكمه بما طراً إلا أن يجاب بأن تبعية السابي منتظرة أن لا يوجد بعدها تبعية أصل لقوته وبمسلم الذمي فيتبعه في دينه وإن باعه لمسلم لأن التبعية إنما تثبت في الابتداء (وإن كفر) مسلم بالدار بعد بلوغه (فأصلي) لا مرتد (إن أمكن) كونه من كافر في الدار فيقر على كفره وينقض ما أمضيته عليه من أحكام الإسلام قبل إفصاحه بالكفر نعم إن لم يكن في الدار كفار أصلاً حكم بإسلامه باطناً وظاهراً ولا يقر على كفره قطعاً قاله الماوردي وأقره ابن الرفعة (لا هذان) أي المحكوم بإسلامه تبعاً لقريب أو ساب فإن أحدهما إذا بلغ ووصف كفراً كان مرتداً فلا تنقض أحكام الإسلام الجارية عليه قبل الردة لأنه كان مسلماً ظاهراً وباطناً لأن الحكم بإسلامه مجزوم به لكونه على علم منا بحقيقة حاله، بخلافه في تابع الدار لبنائه على ظاهرها فإذا أعرب عن نفسه بالكفر بان خلاف ما ظنناه، ومن ثم قبل إقراره بالرق وإن حكم بحريته لأجلها لأنها ضعيفة (ولحق) المسلم بالدار (بذمي) أو نحو (ادعاه) أي ادعى نسبه

فيتبعه في نسب (لا في كفر) فلا يتبعه فيه باستلحاق أو انتساب بشرطه أو إلحاق قائف لاحتمال أنه من مسلمة بل (حتى يثبت) أنه ابنه فيتبعه حينئذ في الكفر أيضا، ويرتفع ما ظنناه لضعف تبعية الدار مع أن الغالب كفر ولد الكافر. وإذا حكم بإسلامه حيل بينه وبين أبيه فإن بلغ ووصف كفرا قرر لكنه يهدد لعله يسلم، ولو ألحق بقن بغير إثبات تبعه نسبا لا رقًا لاحتمال أنه من حرة.

الثاني: حرته ورقه (وهو حر) إن لم يدع أحد رقه ولا أقر على نفسه بالرق وهو أهل لذلك لأن الأصل والغالب في الناس الحرية ونازع فيه الزركشي بما لا يجدي.

الثالث: الجناية منه وعليه (ويقتص) لقيط حكم بإسلامه وحرته من حر مسلم جنى عليه بنحو قطع إن أفصح بالغأ عاقلا بالإسلام لأن التشفي له وقبل البلوغ أو الإفاقة يحبس الجاني ويقتص (به) ولو (من حر مسلم) قتله عمدا عدوانا أي للإمام قتل قاتله قبل البلوغ والعفو عنه بمال إن رآه مصلحة لا بغيره وكذا بعده إن أفصح بكلمة الإسلام (لا إن بلغ وسكت) عن الإفصاح بها بعد التمكّن فلا يقتص به على المعتمد كما بينته في الأصل لأن تبعية الدار ضعيفة مع بطلانها بالبلوغ ولم يثبت الإسلام بالاستقلال فكان شبهة في درء القود (بل) تجب (دية) نظرا لثبوت الحكم بإسلامه وحرته. وفارق القود بأنه يحتاط لحقن الدم ما لا يحتاط للمال وتوضع كالواجبة بقتل غير عمد في بيت المال (وحد قاذفه) إن أحصن ووصف الإسلام كما قاله المصنف وغيره نظرا لذلك أيضا وإلا عزر (و) يقتل بمكافئه بشرطه فإن وجب مال وأعسر ففي ذمته لكن (بيت المال عاقلته) فيتحمل عنه ما جناه خطأ أو شبه عمد (و) ذلك لأنه (وارثه) إذا مات فما وجب بقتله بوضع فيه كما أن ما عليه يؤخذ منه، بخلاف القن فأرث جانيته في رقبته والكافر فعليه ولا يتحمل بيت المال عنه شيئا وإن وضعت فيه تركته لأنه فيء لا إرث.

الرابع: نسبه، وهو كسائر المجهولين فيلحق من استلحقه بلا بينة ولا قافة بشروطه السابقة في الإقرار ولو كافرا وقتنا وإن كذبه سيده لاستوائهما مع ضدهما في مثبت النسب. ويسن سؤال الملتقط إذا استلحقه عن السبب لثلا يظنه الالتقاط بل بحث الزركشي وجوبه احتياطا للنسب (وإن استلحقاه) أي اللقيط اثنان معا أو مرتبا ولا يد لأحدهما وإن كان

أحدهما كافرا أو رقيقا (وأمكن) أن يكون من كل منهما (ولا بينة) لواحد منهما أو لكل منهما بينة وتعارضتا ولا ترجيح هنا باليد (فقائف) يعرض هو معهما عليه فبأيهما أحقه لحقه لأن القيافة حق كما دل عليها سروره عليه السلام بقول المدلجي في حبيه أسامة وأبيه زيد (رضي الله عنهما) وقد بدت أقدامهما وهذه الأقدام بعضها من بعض وكان المنافقون يطعنون في نسب أسامة لبون صفاته من صفات أبيه أما إذا لم يمكن كونه كذلك فلا يلحق من لا يمكن منه وأما إذا كان لأحدهما بينة فيحكم له بها ولو بعد إلحاق القائف له بغيره لأنه أقوى منه أو يد واستلحقه فلا يلتفت لاستلحاق آخر له بعد لثبوت النسب من الأول معتضد باليد إلا إن كان هو الملتقط فإن يده لا عبرة بها فإذا استلحق اللقيط ثم ادعاه آخر عرض على القائف وحيث رجع إلى القاذف اعتبر قائف (ذكر عدل) أهل للشهادات كما بأصله، نعم لا يعتبر سمعه ومع ذلك فعبارة أصله أصوب إذ القيافة كالحكم فلا تصح من لا ينفذ حكمه ولا لمن لا ينفذ حكمه له كأصله أو فرعه ولا على عدوه فيقبل إثباته الولد لعدوه لا لخصمه ولخصم بعضه لا له، ولا يشترط تعدده ولا كونه مدلجيا لأن القيافة علم فكل من علمه عمل به (مجرب) لأنه بدون التجربة لا وثوق بقوله وصح: لا حكيم إلا ذو تجربة، وتعرف تجربته بعرض ولد عليه في ثلاثة أصناف ثلاث مرات بلا واحد من أبويه ثم رابعة في صنف رابع فيه أحدهما هذا ما ذكره الحاوي كالشيخين وغيرهما وهو لبيان أقل مجزئ في معرفة تجربته، وإلا فالأكمل خلافا لما يوهمه كلام المصنف من وجوبه أن يجرب (بعرض أصناف) عليه من الرجال والنساء وهن أولى لتيقن الولد منهن ثلاث مرات فأكثر. وقال الإمام: العبرة بغلبة الظن وقد يحصل بدون ثلاث (في كل صنف) منها أو في بعضها من غير أن يخص به الرابعة (ولد لبعض) من ذلك الصنف فإذا عرض عليه صنف مع ولد لبعضهم فعرف أصله ثم صنف كذلك فعرف ثم ثالث كذلك فعرف وثق بقوله من غير تجديد للتجربة ولو في غير اللقيط (كأن وطئا) أي اثنان امرأة وطأ يلحق به الولد فولدت فيلحقه بأحدهما وإن أنكرها إن أمكن من كل منهما بأن تلده لما بين ستة أشهر وأربع سنين من الوطأين ولا بينة لأحدهما أو لكل منهما بينة وتعارضتا، ثم إن لم يكن الأول زوجا بنكاح صحيح اشترط في العرض عليه وقوع وطئهما في طهر واحد كوطء مشتركة وطئها بائعها في طهر واحد (و) إن لم يقع وطئهما في طهر واحد لم يعرض على القائف بل (يتخلل) أي مع تخلل

(حيضة) بين الوطأين والأول بنكاح فاسد أو شبهة والثاني كذلك أو بنكاح صحيح، وكذا لو كان الوطأان بنكاح صحيح (لغا) الوطء (الأول) لانقطاع فراش صاحبه بما يدل غالباً على براءة الرحم وكان الولد للثاني لبقاء فراشه (لا فراش زوج) وطئ في نكاح صحيح ثم حاضت ثم وطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد فأتت بولد فلا يلغو الوطء الأول بل يبقى تعلق الزوج بالولد فيعرض معه ومع الآخر على القائف لأن النكاح الصحيح قوي فلا ينقطع أثره بذلك، ومن ثم لو طلقها وحاضت مرتين أو أكثر ثم وطئت بشبهة قبل انقضاء عدتها كان للمطلق تعلق به فيأتي ذلك العرض هنا أيضاً لأنه يكتفي في اللحوق به بإمكان الوطء بخلافه في النكاح الفاسد لا بد من تحققه، وإذا ادعى زيد وعمرو ولدا وعرض على قاذف (فإن أحقه بزيد) مثلاً لحقه (ثم) إذا أحقه هو أو قائف آخر بعد ذلك (بعمرو ولم ينتقل) نسبه إليه لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، نعم لو أحقه الأول بالشبه الظاهر والثاني بالخفي نقل إلى الثاني ولو لم يوجد قائف على دون مسافة القصر أو تحير أو أحقه بهما أو نفاه عنهما انتظر بلوغ من جهل نسبه من لقيط أو غيره فحينئذ (من مال إليه) منها بطبعه الجبلي وقد عرفهم أو شاهدهما عند الانتساب حال كونه (بالغا) فطنا صحيح الذكاء لحق به لأن طبع الوالد يميل إلى طبع والده فلا يكفي انتسابه بالتشهي ولا مع فقد شرط ما ذكر لأن الاختيار هنا ملزم لا يقبل رجوعه عنه وواجب فيحبس له إلا إن عدم الميل فيتوقف حتى يجده.

[تنبيه] ظاهر فطنا صحيح الذكاء أنه لا يكتفي هنا بالعقل التكليفي بل لا بد من العقل المعيشي وهو الإحاطة بخفايا المشتبهات لما استفاده من المعاشرات والتجربات وهو بعيد بل ينبغي أن المراد أن لا يكون به نحو بله ما يقضي عرفاً بأن اختياره لأحدهما لم ينشأ عن ترو يستدعي إدراك صدق الميل.

فإن قلت: مقتضى ما يأتي في اختيار المميز لأحد أبويه أنه يكفي مجرد العقل التكليفي.

قلت: ذاك الأمر فيه محتمل أن يكون كما هنا وأن يفرق بأن من شأن الصبي ضعف العقل فاكتفي فيه بأدنى تفهم بخلافه هنا، ويؤيد الفرق أن له الرجوع بخلاف هذا وينفقان

عليه مدة الانتظار ثم إذا انتسب لأحدهما رجع عليه الآخر إن أنفق بإذن الحاكم ولم يدع الولد فإن انتسب لثالث وأمكن كونه منه وصدقه لحقه ولو عارضه إلحاق قائف قدم تقدم أو تأخر لأنه أقوى إذ هو كالحكم، نعم لا يقبل رجوعه عنه كما بينته ثم (وإن قال كل) من اثنين أنا (لقطته) فلي ولاية حفظه وحضانتها (فاليد) هي المرجحة فيقدم ذووها مع يمينه لأنها تشهد له فإن كانت لهما وحلفا أو نكلا أقرع بينهما وإن حلف أحدهما فقط خص به فإن أقام كل بينة قدم به من سبق تاريخ بينته على المعتمد، والذي يثبت الرق به في اللقيط وغيره ثلاثة لأنه إما أن يثبت بالدعوى (و) حينئذ (رق) صغير أو مجنون (مجهول) رقا وحرية ولو غير لقيط (بدعوى ذي يد) رقه والحال أنه (لم يلتقط) به بأن علم أنه غير لقيط أو لم يعلم هل اليد عن التقاط أو غيره وإن أنكر المميز عملا بالظاهر، نعم لا بد من يمين المدعي لخطر الحرية أما غير ذي اليد أو ذو اليد الملتقط فيحتاج كل منهما لبينة لأن الظاهر الحرية (لا وهو بالغ) عاقل (حينئذ) أي حين دعوى ذي اليد الرق (و) قد (جحد) كونه رقيقا فلا يثبت رقه بمجرد الدعوى ولو مع اليمين بل لا بد من البينة وإلا صدق بيمينه.

وخرج بحينئذ ما لو بلغ أو أفاق بعد الدعوى وادعى الحرية أو أقر لغير السيد فلا يقبل إلا ببينة للحكم برقه، نعم له تحليف السيد وبالجمد سكوته فيثبت رقه بمجرد الدعوى وإن لم يعترف (أو) ثبت ببينة تشهد للملتقط أو غيره بملك صغير أو مجنون، لكن لا تقبل شهادتها وإن كانت من أهل العلم والدين إلا إن (بينت سببه) أي الملك من نحو إرث وشراء لئلا يكون اعتمادها على ظاهر اليد التي هي يد الالتقاط، ولا بد من بيان السبب في الدعوى ومن بيان السبب قول البينة ولو أربع نسوة نشهد أنه عبده ولدته أمته في ملكه فإنه يكفي كما لو قالت نشهد أنه (ابن أمته) أو ولدته أمته فإنه يكفي وإن لم تذكر الملك إذ الغالب أن ولد أمته ملكه مع انتفاء احتمال استنادها للالتقاط فعلم أن ذكر الملك وأنه عبده في الأولى مجرد تصوير به، وإنما لم يفد مدعي عبد في يد آخر قول بينة إنه ابن أمته لأن القصد فيه تعيين المالك لاتفاقهما على الرق وهو لا يحصل بذلك وفيما نحن فيه القصد معرفة الرق من الحرية وذلك يفيد لأن ولادة أمته للحر نادرة فلم يعول عليها وتنظير الإسنوي فيه مردود، ومن ثم فرق ابن العماد بفرق آخر يؤيد الفرق الأول وهو أن اليد نص في الدلالة على الملك فاشترط في زوالها ذكر ذلك بخلاف الحكم بحرية الدار فإنه ظاهر

والرق محتمل ولهذا اختلف في وجوب القود على قائله لاحتمال الرق (أو) ثبت (بإقراره) به فيقبل إن كان بالغاً عاقلاً مختاراً ولم يسبق منه اعتراف بالحرية ولم يكذبه المقر له ولم يتصرف كسائر الأقارير.

وقيده البلقيني بما إذا لم يكن في جواب خصومة وإلا لم يؤثر واستشهد له بمسائل منها رجوع مشتر على بائعه بالثمن إذا ثبت أن المبيع ملك لغير بائعه، وإن قال في جواب الدعوى هو ملكي وملك بائعي: أي فكما أن قوله ملك بائعي لا يمنع رجوعه لكونه وقع في جواب الدعوى، وكذا إقراره هنا بالحرية إذا وقع في جواب الدعوى لا يمنع إقراره بالرق بعده، ورده شيخنا بما فيه نظر للمتأمل، وأوضح منه أن يرد بأن الحرية حق مؤكد لله، والشارع متشوف إليها حيث وجد أدنى سبب يقتضيها كما هو صريح كلامهم في أماكن كثيرة ولأجل هذا التأكيد الذي لا نظير له وجب اتباع إطلاقهم تأثير إقراره بالحرية مطلقاً، بخلاف تلك المسائل التي استشهد بها فتأمل ذلك فإنه دقيق فإن سبق منه تصرف يقتضي نفوذه الحرية قبل إقراره في أصل الرق وفي حكمه المستقبل مطلقاً وأما في الماضي فيقبل فيما يضر به (لا فيما يضر غيره في تصرف سابق) كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره فإنه يقبل عليه لا على غيره وإذا لم يقبل فيما يضر بحق الغير (فيبقي) فيما إذا نكحت ثم أقرت بالرق (نكاحها) وإن لم يحل له نكاح الأمة لأن انفساخه يضر الزوج فيما مضى. ويأتي أنه يخير فإن فسخ بعد وطئها طالبه المقر له (بالأقل من مسمى ومهر مثل) لأن الزائد منهما يضره (فإن غر) بحريتها بأن شرطت في العقد (خير) في فسخ النكاح لفوات الشرط، بخلاف ما إذا لم تشرط وإن توهمها فإن فسخ بعد الدخول لزمه ما مر أو قبله فلا شيء خلافاً لما يوهمه كلامه، وإن أجاز لزمه المسمى لأنه هو الذي لزمه بزعمه (والولد) منه إذا علقته به (قبله) أي الإقرار (حر) لظنه حريتها فلا يلزمه قيمته. أما الحاصل بعده ففن لأنه وطئها عالماً برقها (وتعتد) إذا طلقها ولو بعد الإقرار بالرق عدة الحرة وله الرجعة قبل انقضاء عدة الرجعي لأنه منعه منها يضره (وتسلم) إلى الزوج (كحرة) أي ليلاً ونهاراً، وإن تضرر السيد بذلك لثلاً يتضرر الزوج (و) تعتد (لموت كامة) لعدم تضرره بنقصها لأن الحق فيها لله تعالى ولهذا وجبت قبل الدخول (و) إن كان المقر بالرق ذكراً (فسخ نكاحه) بعني انفسخ كما بأصله فعبارته أحسن وذلك لأنه لا يضر على الزوجة، ويطلب (بنصف المسمى) إن لم يدخل بها

(وبكله إن دخل)، لأن سقوط ذلك يضرها (وتؤدي ديونه) التي عليه وقت إقراره بالرق ومن جعلتها المسمى (ما في يده) بناء على أن إقراره لا يضر بغيره في الماضي فلا تقضى من كسبه لأنها لا تتعلق بكسب العبد بعد الحجر عليه فيما أذن له فيه، بخلاف المهر فإنه يقضى ما في يده (و) من (كسبه) في الحال والاستقبال فإن لم يف ما في يده بها تعلق باقيها بذمته إلى أن يعتق ويقتص منه بقن جنني عليه قبل إقراره بالرق لأنه لم يفضل.

[تنبيه] ما حملت عليه كلامه في الكسب هو ما جرى عليه شيخنا في شرح الروض، لكنه جرى في شرح البهجة على ما اقتضاه كلام الحاوي، وفروعه أن الديون تتعلق بالكسب مطلقاً، وعليه فكان الفرق بين ما هنا وما مر أنها لا تتعلق بكسب العبد بعد الحجر عليه بأن معاملته ثم لما أقدم على معاملته مع علمه برقه وطئن نفسه على عدم تعلقها بالكسب بعد الحجر عليه فأخذناه بذلك، بخلافه هنا فإنه لم يوطن نفسه على مثل ذلك فعلقناها بكسبه مطلقاً جرباً على القاعدة أنه لا يقبل إقراره فيما يضر بغيره (ولغا) الإقرار بالرق (إن تقدمه إقرار) بعد كماله (بحرية) أو كذبه المقر له وإن عاد وصدقه للمناقضة (أو) إقرار بعد كماله (برق لغير وإن كذب) به ذلك الغير لأن هذا الإقرار تضمن نفي الملك عن نفسه لغيره فإذا نفاه ذلك الغير خرج عن كونه مملوكاً وصار حراً بالأصل، والحرية مظنة حقوق الله تعالى والعباد فلا سبيل إلى إبطالها بالإقرار الثاني، بخلاف نظيره من المال. وقضيته أنه لا يلزمه قيمته للثاني على أن إقراره ليس هو المفوت لحق الثاني وإنما المفوت له الأصل مع تكذيب الأول له، وبه فارق من أقرت بالنكاح لزيد ثم لعمرو، والله أعلم.

باب في الفرائض

أي مسائل قسمة الموارث جمع فريضة بمعنى مفروضة أي مقدرة لما فيها من السهام المقدرة فغلبت على غيرها.

والفرض لغة: التقدير وشرعاً هنا نصيب مقدر للوارث وورد الحث على تعلمها وتعليمها، وأنه نصف العلم أي لتعلقه بالموت المقابل للحياة، وأنه أول علم ينزع أي بموت أهله (يقدم) وجوبا (في تركة) وهي ما يخلفه الإنسان من مال كديته، وحق يتعلق به كالخيار والشفعة وغيرهما كالقود وكخمر تخللت بعد موته وصيد وقع بشبكة نصبها في حياته (حق) لله تعالى أو لآدمي (تعلق بعين) أي: بنفس التركة لتأكد تعلقه بها (لا) إن كان تعلقه بها (لحجر) أي: لأجله فلا يقدم كما يأتي، والعين التي تعلق بها لا لحجر (كمرهون) رهنا جعليا فالمرتهن يقدم به على غيره (وجان) تعلق برقبته مال ولو بالعفو عن القود فالجني عليه مقدم على غيره بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد، بخلاف المتعلق برقبته قود أو بذمته مال فإن صاحب المال أو القود لا يقدم بل للوارث التصرف فيه (و) ذو (مبيع) بثمن في الذمة إذا (مات مشتريه مفلسا) بثمنه وإن لم يكن حجر عليه بالفلس قبل موته فالبائع مقدم به بمعنى أنه يختار الفسخ ثم يرجع حيث لم يتعلق بالمبيع حتى لازم وإلا لم يتقدم، وتقدم أيضا الزكاة المتعلقة بعين التركة كما قدمه وإن كانت من غير الجنس وللسبكي فيه وفيما قبله إشكال ذكرت جوابه في الأصل مع ذكر بقية الصور المتقدمة على مؤن التجهيز، والإشارة إلى أن بعضها يعلم من كلامه في محله وإلى ما فيها من نقض ورد وإلى المقدم منها عند تعارضها، وزاد لا لحجر احترازا عما إذا حجر الحاكم على المفلس فإن

(باب في الفرائض)

(قوله أي بنفس التركة) ظاهره أن المراد التركة المذكورة أو لا المفسرة بما ذكر الشاملة للحق المالي كالشفعة والخيار والقود، وعليه فمعنى تعلق الحق بنحو هذه الثلاثة سواء المتعلق بالعين أو بالذمة أن الوارث إذا أجاز أو فسخ أو أخذ بالشفعة أو عفا عن القود على مال تعلق ذلك الحق بالمبيع أو الثمن أو الشقص أو الدية.

حقوق الغرماء وإن تعلقت بعين ماله قبل موته لكن يقدم عليها مؤن التجهيز.

(ثم) بعد الحق المتعلق بعين التركة يقدم (تجهيزه) أي: مؤن تجهيز الميت ولو كافراً، وتجهيز ممونة الميت معه أو قبله من نحو كفن وحنوط وأجرة غسل وحمل وحفر لاحتياجه إلى ذلك (بالمعروف) بحسب يساره وإعساره الآن ولا عبرة بحاله في حياته، ولو اجتمع مع ممونة قدم أو جمع من ممونه فإن ماتوا معا قدم من يخشى تغييره ثم أبوه ثم أمه ثم الأقرب فالأقرب فإن استويا قريبا فالأسن، ويقرء بين زوجته إذ لامزية ولذلك تنمة في الأصل.

(ثم) بعد مؤنة تجهيزه يقدم (دينه) المتعلق بذمته لله أو لآدمي وإن لم يوص به لأنه حق واجب عليه (وهي) أي: التركة قبل قضاء الدين (كالمرهون به) وإن لم يكن مستغرقاً لأنه أقرب لبراءة ذمة الميت (فيلغو تصرف) صدر من الوارث في شيء منها بغير إذن الغريم قبل وفاء الدين وإن جهله أو كان قليلاً ما لم يكن إعتاقاً عنه لا عن أجنبي أو إيلادا وهو موسر، نعم لو لم تف التركة بالدين فوفى قدرها انفكت عن الرهنية خلافاً لما يوهمه تشبيهه كأصله بالمرهون، فعلم أن معنى تعلقه بها تعلق رهن أنها فيما إذا كان أكثر منها رهن بقدرها منه لا بجميعة، هذا كله في دين الأجنبي أما دين الوارث ففيه بسط ذكرته في الأصل، وإنما يلغو تصرفه لأجل دين موجود وإن لم يعلم به (لا لدين) أي: لأجله إن لم يكن موجوداً وإنما (حدث) بعد تصرفه بسبب تقدم على الموت كأن وجب (بنحو ترد) من آدمي أو بهيمة (في بئر) حفرها قبل موته عدواناً (و) نحو (رد بعيب) لما باعه قبل موته وفسخ للبيع بخيار أو إقالة فلا يلغو تصرفه لأجل هذا الحادث لأنه كان سائغاً له ظاهراً وباطناً (بل إن لم يؤد وارث) أو غيره كأجنبي تبرعاً وكالعاقلة غير الورثة في صورة الضمان بالتردي (فسخ) ذلك التصرف ما لم يبرئ المستحق ليصل إلى حقه وخرج بحدث الأولى من قول أصله شهر ما وجد سببه عند التصرف لكن خفي فإن التصرف حينئذ باطل لوجود المانع عنده والجهل به لا يؤثر.

(ثم) بعد دينه تقدم (وصاياه) وما ألحق بها من نحو تبرع نُجز في مرض الموت أو ما

وفي هذا يصح أن يقال إن حقه تعلق بحق مالي غير عين نظراً لمبدأ المتعلق، وأن يقال لم يتعلق

ألحق به (من ثلث ما بقي) بعد الدين على ما يأتي في بابها، ومن للابتداء فتدخل الوصايا بالثلث أيضا به (ثم الباقي) من التركة بعد ما ذكر (لوارثه) بمعنى أنه يتسلط عليه بالتصرف وإلا فتعلق ما مر بالتركة لا يمنع الإرث، ومن ثم كان له الإمساك والقضاء من غيرها وكان ما حدث من زوائدها ملكا له وإن لم تف بالدين.

وأسباب الإرث أربعة قرابة، ونكاح صحيح ولو بلا وطء، وولاء، وجهة الإسلام، وسيأتي كل، ثم الوارث إما عاصب أو ذو فرض.

(والفروض المقدره في كتاب الله ستة) الربع والثلث وضعف كل ونصفه (فنصف) فرض لخمسة (لزوج) ليس لزوجته فرع وارث بالقرابة الخاصة كما يأتي للآية، وولد الابن وإن نزل كالولد المذكور فيها إجماعا (وبنت وبنت ابن) إذا انفردتا بأن لم يكن مع الأولى بنت ولا ابن آخر ولا مع الثانية ولد صلب ولا ولد ابن للآية في البنت، ويأتي في بنت الابن ما مر (وأخت لأبوين و) أخت (لأب) إذا انفردتا أيضا بأن لم يكن مع كل أحد من جنسها وفقد ولد لأبوين في الثانية للآية في الأخت الشاملة لها دون الأخت للأم لما يأتي (والثلثان) فرض لأربعة إذ هو (لكثيرهن) يعني ما زاد على الواحدة من المذكورات وهن البنت وما بعدها إذا انفردن عن يعصبهن أو يحجبهن للآية في البنات، ومثلهن بنات الابن كما مر^(١) وفي الأختين والبنات وبنات الابن مقيستان بالأولى على الأختين إن لم يجعل فوق صلة.

واعلم أن العاصب إما بنفسه وهو ذو الولاء وكل ذكر نسيب يدلي إلى الميت بلا واسطة أو بواسطة محض الذكور وسيأتي، وإما بغيره وهو كل ذات نصف معها ذكر يعصبها وأخت فأكثر لغير أم معها بنت أو بنت ابن فأكثر، وأكثرهم يجعل هذه قسما ثالثا ويسميها عصبه مع الغير لأن المعصب لها اجتماعها مع من ذكر وقد جرى كأصله والشيخين على الأول فقال (وعصب كلا) من الأربع مع وحدتهن أو كثرتهن (أخ ساوته) يعني في كيفية الإدلاء لا في الدرجة لاستحالة وجود أخ غير مساو فيها اصطلاحاً حتى

حقه إلا بعين نظرا للغاية المذكورة في قولي إذا أجاز إلخ بخلاف خمر التركة فإن الحق تعلق بها باعتبار

(١) (قوله كما مر) أي من قوله آنفاً وولد الابن وإن نزل إلخ فيقال هنا: وبنت الابن النازل كبنت غير النازل إجماعاً. اهـ.

يحترز عنه بأن يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين .

أما غير المساوي في كيفية الإدلاء فلا يعصب كالأخ لأبوين لا يعصب الأخت لأب بل يحجبها والأخ لأب لا يعصب الأخت لأبوين بل تأخذ فرضها معه (و) عصب (الأخريين) أي: الأخت لأبوين والأخت لأب (الأوليان) أي: البنت وبنت الابن فإذا اجتمعت بنت وأخت فأكثر أو بنت ابن وأخت فأكثر فللبنت أو بنت الابن النصف والباقي للأخت أو الأخوات بالتعصيب، أو بنت وبنت ابن وأخوات فللبنت النصف ولبنت الابن السدس والباقي للأخوات فإن كن متفرقات فالباقي للشقيقة (أو) عصب الأخريين (جد) لأن حكم الأخوات معه كحكمهن مع الأخ كما يأتي فلا يفرض لهن معه ولا تعال المسألة لأجلهن (نعم في الأكدرية) وهي أخت شقيقة أو لأب وزوج وأم وجد (فرض للواحدة) وهي الأخت النصف (وله) السدس وللزوج النصف وللأم الثلث فهي من ستة وتعول لتسعة ثم يضم نصيبه إلى نصيبه (و) إذا ضما (قسم) الحاصل بينهما (أثلاثا) له الثلثان ولها الثلث فتصح حينئذ من سبعة وعشرين للزوج ثلاثة في ثلاثة وللأم اثنان في ثلاثة وما بقي بينهما أثلاثا فله ثمانية ولها أربعة وإنما فرض لها فيها لأنه لا يمنع من أصل فرضه ولا سبيل إلى إسقاطها فرجعت إلى فرضها، ولما استحال تفضيلها عليه فرض لها بالرحم وقسم بينهما بالتعصيب رعاية للجانبين، ولو كان بدلها أخ سقط لأنه عصبه بنفسه ولم يفضل له شيء، أو أختان قاسمهما الجد في الثلث الباقي ولا فرض ولا عول، أو أكثر تعين له السدس ولهن السدس الباقي، وسميت بذلك لأن الزوج أو السائل أو بلد الميتة اسمه أكدر، وقيل غير ذلك (وعصب بنت ابن لا فرض لها ابنة) أي: ابن الابن (وإن سفل عنها) بدرجات كثيرة أما تعصيبه من في درجته فكالابن والبنت وأما تعصيبه من سفل عنها فلتعذر إسقاطه لأنه عصبه ذكر وانفراد بالميراث مع وجود أقرب منه فجعل كأنه في درجتها، ولهذا لا يعصب من سفلت عنه لوجود مسوغ انفراده ولا من علت عليه إذا كان لها فرض لاستغنائها عنه (وربع) فرض لاثنين (لزوج) إذا كان (مع فرع) للزوجة وارث بالقرابة الخاصة ذكر أو غيره منه أو من غيره للآية .

الخل الذي ستصير إليه لا باعتبار ذاتها فهو تعلق ابتداء بعين لكنها عين منتظرة فلذا عطفها على كديته.

وخرج بوارث نحو الرقيق وبما بعده الوارث بعموم القرابة كفرع البنت وجعل له في حالتيه ضعف ما لها في حالتها لأن فيه ذكورة وهي تقتضي التعصيب فكان معها كالابن مع البنت (ولزوجة) ولو رجعية (فأكثر) وإن زدن على أربع إذا كان الميت كافرا (دونه) أي: دون فرع لزوج الوارث بالقرابة الخاصة للآية وقد ترث الأم الربع فرضا في إحدى الغراوين الآتية فيكون مستحقه ثلاثة ولو حدث له ولد بعد الطلاق الرجعي لم يرد لها إلى الثمن على ما رجحه صاحب الوافي من احتمالين له وفيه نظر، بل الوجه خلافه لأن بقاءها في عدة الرجعي كهو في العصمة (و) للزوجة فأكثر كذلك (معه) أي: الفرع المذكور (ثمن) فهو فرض واحد فقط للآية (وثلاث) فرض لاثنتين (لأم) ليس لميتها فرع وارث ولا عدد من الإخوة والأخوات ولا أب مع أحد الزوجين بقريته ما يأتي للآية والمراد بالإخوة فيها الاثنان فأكثر (ولولدي أم فأكثر) يستوي فيه الذكر وغيره لآية ﴿وإن كان رجل يورث كلالة﴾ والمراد بالأخ والأخت فيها أولاد الأم للتصريح بذلك في قراءة شاذة وهي كالخبر الصحيح (ويشاركهم) أي: الأخوة لأم فيه أي: في الثلث (عصبة لأبوين مع زوج وأم أو جدة) وهذه هي المشتركة أي: المشترك فيها بين الشقيق ولولدي الأم.

(وأركانها) زوج وذات سدس من أم أو جدة وذو ثلث من ولد الأم وعصبة شقيق فالثلث الباقي يشارك فيه العصبة لأبوين ولولدي الأم فأكثر للاستواء في قرابة الأمومة أما لو انفرد ولد الأم فله السدس والباقي للعصبة

وخرج به أخت أو أكثر لأبوين أو لأب فيفرض لها أو لهن وتعال وأخ لأب فقط فيسقط فإن اجتمع معه أخت أو أكثر لأب عصبهن وسقطن وهو الأخ المشتموم (وثالث باق) بعد فرض الزوج أو الزوجة يفرض (لأم) إذا كانت (مع أحد زوجين وأب) ففي زوج وأبوين المسألة من ستة للزوج ثلاثة وللأم واحد وللأب اثنان، وفي زوجة وأبوين هي من أربعة، للزوجة واحد وللأب اثنان وللأم واحد فما أخذته الأم فيهما هو ثلث الباقي لثلاث يلزم تفضيلها على ذكر من جنسها وهو خلاف الأصل، ويعرفان بالغراوين لشهرتهما بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين حتى صاروا كالكوكب الأغر أو كغرة الفرس، ولو كان مع الأم ولدها لم يظهر لهما أثر إلا في الثانية لأنها تصح حينئذ من اثني عشر للزوجة ثلاثة وللأم اثنان وللأب سبعة فحجبت بهما عن نصف السدس إذ لو كانت إحدى الغراوين لكان

لها ثلاثة وخرج بالأب الجد فلها معه الثلث كاملاً لأنه لا يساويها درجة وقد يفرض الثلث للجد مع الإخوة وقد يرث معهم ثلث الباقي (وسدس) فرض لسبعة (لقربى) من (بنات ابن) واحدة كانت أو أكثر حيث (أدلت) تلك القربى (بذكر) كبنت ابن ابن، بخلاف بنت بنت ابن (و) السدس للأولى أما (مع بنت) فقط فللبنت النصف ولها السدس (أو) مع بنت ابن (أقرب منها) إلى الميت كبنت ابن وبنت ابن ابن للأولى النصف وللثانية السدس وخرج بذلك ما لو كانت مع بنتي صلب أو بنتي ابن أقرب منها فأكثر فلا شيء لها لاستغراق الثلثين إلا أن يكون معها ذكر كما مر (ولأخت لأب فأكثر مع أخت لأبوين) قياساً على بنت الابن أو بناته مع بنت الصلب ومحلها حيث لم يكن أخ كما قدمه ولا يعصب هنا إلا المساوي بخلافه في بنات الابن لأن ابن الأخ لا يعصب أخته فأولى عمته بخلاف ابن الابن فلو خلف شقيقة وأختاً لأب وابن أخ لأب أخذ الثلث الباقي وأخذت السدس إلا إن تعددت الشقيقة فلا تأخذ شيئاً (ولجدة فأكثر) من قبل الأب أو الأم (ما لم تدل بذكر بين أنثيين) بأن أدلت بمحض ذكور كأبي الأب أو إناث كأب أم الأم أو بمحض إناث إلى ذكور كأب أم أبي الأب لأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أعطى الجدة السدس وقضى للجدتين من الميراث بالسدس بينهما.

أما إذا أدلت بذكر بين أنثيين كأب أم فإنها لا ترث بخصوص القرابة لإدلائها بمن لا يرث (ولا تميز) جدة (ذات جهتين فأكثر بزيادة من السدس على جدة ذات جهة بل يقسم بينهما بالسوية لأن الجدود قرابة واحدة، فلو نكح ابن ابن هند بنت بنتها فأولدها ولدا فهند أم أمه وأم أبي أبيه فهي ذات جهتين؛ فلو خلف معها أم أبيه كان السدس بينهما مناصفة لا مثالثة (ولولد أم) أخا كان أو أختاً (ومع فرع) للميت وارث بخصوص القرابة كما مر يكون السدس بينهما مناصفة لا مثالثة (ولولد أم) أخا كان أو أختاً (ومع فرع) للميت وارث بخصوص القرابة كما مر يكون السدس لثلاثة (لأب وجد لم يدل) إلى الميت (بأنثى ولأم) للآية في الأبوين والجد كالأب ولو كان الفرع أنثى واحدة أو أكثر أخذ الأب بعده ستة وفرض الأنثى الباقي بالتعصيب، وله حالة ثالثة يأخذ فيها بمحض التعصيب وستأتي، والجد مثله في الأحوال الثلاثة.

أما جد أدلى بأئشي كأبي الأم وأبي أم الأم وأبي أم الأب فلا يرث بخصوص القرابة بل هو من ذوي الأرحام ويفرض للأم السدس مع الفرع كما تقرر كما يفرض لها أيضا (مع أخوة) بوزن أبوة (بكثرة) يعني اثنين فأكثر أشقاء أو لأب أو لأم أو مختلفين للآية إذ المراد فيها بالأخوة اثنان فأكثر أما بنو الأخوة فلا يحجبونها، والمتصقان كالاثنين إن علم استقلال أحدهما بالحياة بدون حياة الآخر كما بينته في الأصل (وباق) من التركة عن الفروض إن كان ذو فرض (أو كل) منها إن لم يكن ذو فرض (لعصبة) لقوله ﷺ: «فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» وفائدته بيان أن الرجل مقابل المرأة وهو مطلق الذكر لا مقابل الصبي وهو الذكر البالغ، وأولى بمعنى أقرب لا أحق لأننا لا ندرى من الأحق، وتطلق العصبة على الواحد والجمع والمذكر والمؤنث والمراد بها في قوله وباق ما يعم أقسامها الثلاثة السابقة، وفي قوله أو كل ما يشمل العصبة بنفسه وبغيره لا مع غيره.

وأفهم كلامه أن العاصب يسقط عند الاستغراق، ومحلّه مالم ينتقل لفرض كالشقيق في المشتركة والعصبة بنفسه يعرف بالحد وبالعد، وآثره لظهوره مع أنه ضمنه بيان تقديم بعضهم على بعض الذي هو المراد بالحجب الآتي فقال (وهي ابن) فهو أولها (ثم ابنه وإن سفل) لأنه أقوى من الأب إذ له معهم السدس فقط (ثم بعدهم) يقدم أب (على الجد لإدلائه به (ثم أبوه) وهو الجد (وإن علا وولده) أي: ولد الأب وهو الأخ لأبوين ثم لأب، وأفادت الواو استواء الجد والإخوة وسيأتي، ولولا الإجماع لكان القياس سقوطه بهم لأنهم أقوى لإدلائهم بالبنوة الأقوى من الأبوة وعند اجتماع الإخوة الأشقاء ولأب (يعاد) الشقيق العاصب الجد (بغير وارث) من الإخوة وهو ولد الأب أي يحسبه عليه في القسمة ثم يفوز بحصته لأنه محجوب به؛ ففي جد وشقيق وأخ لأب يدخل هذا في القسمة، ثم يأخذ الجد الثلث والشقيق الباقي لأنه الذي حجب الأخ للأب، فإن كان بدله أختا لأب أخذ الجد خمسين والباقي للشقيق.

وإذا اجتمع الجد والإخوة فحيث لم يكن معهم ذو فرض كان (للجد الخير من) أمرين (ثلث) لجميع المال (وقسمة) لهم كأخ ثم إذا أخذ الثلث فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، أو هو خير له حيث زادوا على مثليه وهي خير له حيث لم يبلغوا

مثليه وذلك في خمس صور أخ أخت أخ وأخت أختين ثلاث أخوات، ويستويان إن بلغوا مثليه وذلك في ثلاث صور أخوين أخ وأختين أربع أخوات (وحيث) كان في المسألة (فرض) أي: جنسه (ف) له إن بقي بعد الفرض أكثر من السدس الخير (من) ثلاثة أمور (ثلث باق) بعد الفرض (وسدس) من جميع المال (وقسمة) لما هو مقرر في الأصل، ثم إن كان الفرض النصف كانت أغبط مع أخ وأخت أو ثلاث أخوات فإن زدن واحدة استوى الثلاثة فإن زدن أخرى استوى الأولان وكانا أغبط منها، وإن كان فوق النصف ودون الثلثين كبرت زوجة كانت خيراً مع أخ أو أختين والسدس خيراً مع أكثر وإن كان الثلثين كبرت كانت خيراً مع أخت وهي والسدس سواء مع أخ أو أختين وهما أحظ من ثلث الباقي وفيما عدا ذلك السدس خير أما إذا لم يبق إلا السدس كبرت أم فإنه يفوز به فإن نقص كبرت زوج أو لم يبق شيء كبرت أم وزوج فرض له وأصيل في الأولى وزيد في العول في الثانية ولا شيء للإخوة في هذه الأحوال الثلاثة، وإنما يأخذ المعاد جميع حصة ولد الأب فيما مر إن كان عاصباً فإن كان أنثى شقيقة لم تأخذ ذلك كله (فلأخت) لأبوين (عادت) الجد بولد الأب (إلى النصف) فقط سواء أبلغ النصف أم لا (و) أما (الباقي) بعد النصف فهو (لولد الأب) ففي شقيقة وأخ لأب وجد المال على خمسة سهمان للجد ونصفها للأخت ونصف سهم لولد الأب، وفي زوجة وشقيقة وأخ لأب وجد المسألة من أربعة للزوجة الربع والربع على خمسة لا ينقسم فيضرب في أربعة للزوجة خمسة وللجد ستة وللشقيقة تسعة وهي أقل من النصف (ولأكثر) من أخت في المعادة كأختين فصاعداً (إلى الثلثين) سواء أبلغهما أم لا، ففي شقيقتين وأخت لأب وجد المال على خمسة له سهمان ولهما ثلاثة وهي دون الثلثين وفي شقيقتين وأختين لأب وجد له معهن الثلث وإن كثرن.

ومر قريباً أن الجد مقدم على الإخوة في الأحوال الثلاث المذكورة ثم، ولأجل ذلك رتب المصنف بينه وبينهم بقوله (ثم) إن لم يخلف الميت فرعاً ولا أصلاً وارثين فالعصبة (أخ لأبوين ثم) أخ (لأب ثم بنوهما كذا) أي: مثل هذا الترتيب بين الأخ للأبوين والأخ لأب وبين الأخ للأب وبنو الإخوة في أن الأقرب يقدم وإن كان لأب، والمدلي بأصلين يقدم عند الاستواء في القرب فيقدم ابن أخ لأب على ابن ابن أخ لأبوين وهكذا وابن الأخ لأبوين

على ابن الأخ لأب، وهكذا عند الاستواء في القرب (ثم) بعد بني الأخ لأبوين أو لأب (عم لأبوين ثم لأب ثم بنوهما كذا) أي: مثل هذا الترتيب فيقدم ابن عم لأبوين على ابن عم لأب وابن عم لأب على ابن ابن عم لأبوين وهكذا (ثم عم أب) لأبوين ثم لأب (ثم بنوه) نظير ما تقرر (ثم عم جد) لأبوين ثم لأب (ثم بنوه) كذلك (وهكذا) أي: ثم عم أب الجد ثم بنوه ثم عم جد الجد ثم بنوه، وهكذا يقدم البعيد من الجهة المقدمة على القريب من الجهة المؤخرة.

والحاصل أنه يقدم جهة البنوة فالأبوة فالأخوة فالعمومة، وأنه حيث وجد استواء في جهة قدم الأقرب أو في جهة وقرب قدم الأقوى بأن أدلى بأبوين (ثم) بعد فقد عصبه النسب يرث من مسه رق بالولاء (معتق) له بأي وجه كان (ولو عاوضه) بكتابة أو غيرها كانت حر على ألف أو بعثك نفسك بألف لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمه النسب» وقوله: «إنما الولاء لمن أعتق» (ثم) العصبه بعد المعتق (ذكور عصبه) له من النسب لأن العتيق لو كان رقيقا لاستحقوه فكذا ميراثه وهم المتعصبون بأنفسهم كأبيه وأخيه دون عصباته بغيره، ومع غيره فلا ترث امرأة بولاء إلا من عتيقها أو المنتمي إليه بنسب أو ولاء، ولا يرث ذكور العصبه العتيق إلا (بتقدير أنه) أي: المعتق هو (الميت) يوم مات عتيقه (على دين العتيق) فإن مات العتيق مسلما ورثه من العصبه من كان مسلما لأنه الوارث للمعتق بتقدير موته يوم مات العتيق على دين العتيق وإن كان المعتق قد مات كافرا، وكذا يقال في عكس ذلك لأن اختلاف الدين لا يمنع ثبوت الولاء وإنما يمنع الإرث به.

وأفهم بقوله بتقدير أنه الميت أنه لا يشترط موت المعتق تحقيقا بل لو مات العتيق ومعتقه حي مخالف له في الدين ورثه عصبته الموافقون للعتيق في الدين، وأنه لو خلف المعتق ثلاثة بنين فولد أحدهم واحدا والآخر أربعة والثالث خمسة وهلك الثلاثة وبقي بنوهم اقتسموا إرث العتيق أعشارا لأنه لو كان الميت المعتق ورثوه كذلك، وترتيب العصبات هنا كهو في النسب (و) لكن (يؤخر هنا) أي: في الإرث بالولاء (جد عن أب وابنه) وأبو الجد عن العم وابنه، بخلاف النسب جريا هنا على القياس في أن البنوة أقوى

من الأبوة وإنما خولف في النسب للإجماع (ثم) العصبية بعد ذكور عصبية المعتق (معتقه) أي: معتق المعتق (ثم عصبته) المتعصبون بأنفسهم على ترتيب عصبية المعتق ثم معتق معتق المعتق ثم عصبته وهكذا؛ ثم الولاء إما ولاء مباشرة على من مسه الرق أو سراية على عتقائه العتيق وعتقائه وعتقائه والعصبية فيه من ذكر (أو) ولاء استرسال وسراية وهو الذي يثبت على أولاد العتيق وأحفاده تبعاً والعصبية فيه (معتق أصل) أب أو أم وإن علا بالنسبة (لمن رق أحد آبائه) أي: أصوله من جهة الأب (دونه) فيرثه معتق ذلك الأصل باسترسال الولاء منه إليه لأن النعمة عليه نعمة على فرعه.

وأفهم كلامه أن شرط هذا أن يمس الرق أحد آبائه فلا يكفي مسه لأمه وحدها فلا ولاء عليها لمواليها لأن الانتساب إلى الأب وهو حر مستقل لا ولاء عليه فليكن الولد مثله وأن لا يمسه رق وإلا كان ولاؤه لمعتقه فعصبية معتقه فمعتق معتقه فعصبته لأن ولاء المباشرة أقوى فإن فقدوا فلبيت المال، ويتصور حر بين رقيقين في صور منها إذا غر عبد بحرية أمة في النكاح إذ أولاده منها قبل العلم أحرار وفيما إذا وطئ عبد أمة ظننها زوجته الحرة، ومر أن من رق أحد آبائه دونه يثبت ولاؤه لمعتق أحد أصوله (و) حينئذ (الأولى به) أي: بالولاء من حيث الإرث به (فيجرحه) من موالى أمه أو جده (لا) بالنسبة (لنفسه) فإنه لا يجرحه بل يبقى لمن كان له قبل ذلك كما يأتي (معتق أب) دون معتق أم أو جد لأن الولاء كالنسب وهو للآباء دون الأمهات فكان معتق الأب أولى به فيقدم ويتقرر له (ثم) معتق (أب) للأب (فأب) للجد، وهكذا يقدم الأقرب فالأقرب من معتق الآباء على معتق الأم فيما إذا عتق الأبوان فإن لم تعتق إلا الأم ثبت الولاء لمعتقها ما لم يعتق الأب في حياة الولد فإنه يجرح ولاءه لمعتقه فإن عتق الجد بعد موت الأب رقيقاً انجر الولاء لمواليه واستقر أو قبله انجر ولم يستقر فإذا عتق الأب انجر لمواليه.

وأفهم قوله لا لنفسه أنه يجرح ولاء أبيه وإخوته إليه من موالى أمه إذا ملك أباه فعتق عليه بخلاف ولاء نفسه فإنه لا يجرحه إليها من موالى أمه أو جده لامتناع كونه مولى نفسه (ثم) إذا لم يعتق أحد من آبائه العصبات فالمقدم الذي يجرح الولاء إليه هو معتق (ذي قرب) من غير العصبات فيقدم معتق الأم على معتق أم الأب وهذا على معتق أم أم الأم،

وهكذا سواء في ذلك جهة الأم وجهة الأب (ثم) إن استوى المعتقان في عتق ذي القرب كمتعق أم أم الأب ومتعق أبي أم الأب فالمقدم معتق ذي (ذكورة لم يتمحض) بأن أدلى بأنثى (بجهة أب) أي: فيها وهو الثاني في المثال المذكور لأن الذكورة أقوى (ثم) المقدم بعد معتق ذي الذكورة بأن لم يوجد أو وجد ولم يعتق معتق ذات (أنوثة) من الجهة المذكورة وهي جهة الأب فهو أولى ممن أعتق ذا ذكورة من جهة الأم إذا استويا قريبا فيقدم معتق أم أم الأب على معتق أبي أبي الأم لأن الأب أولى (ثم) بعد فقد جهة الأب يكون الترتيب (بجهة أم كذلك) أي: كالترتيب بجهة الأب في تقديم الذكورة من جهتها على الأنوثة من جهتها فيقدم معتق أبي الأم على معتق أم الأم لما مر، وكذا يقال في الانجرار، فلو خلق حر من حرين لم يمسهما رق وكان في أجداده أرقاء كأب أمه ثم عتقت كان لمولاهم ولاؤه تبعاً لولاء أمه فإذا عتق أبو أمه انجر لمولاه فإذا عتقت أم الأب انجر لمولاهم فإذا عتق أبو أبيه انجر لمولاه واستقر عليه.

ومعنى الانجرار: انقطاع الولاء عمن كان له من حين عتق الذي الانجرار بسببه لا تبين أنه لم يزل في جانب المنجر إليه، والاستقرار أنه لا ينتقل ولا يعود إلى من انجر عنه عند انقراض من انجر إليه بل يكون لبيت المال، ويتفرع على نوع الولاء مسائل (فلبنت انفردت) في صورة رقيق له ابن وبنت حران فاشترياه نصفين فعتق عليهما ثم مات بعد الابن عن البنت فقط فلها (من) تركة (أب أعتقته هي وابن) يعني عتق عليهما لكن لما تسببا فيه نسب إليهما (ماسوى الثمن) وهو سبعة أثمان النصف فرضاً ونصف الباقي بالولاء على نصف أبيها مباشرة ونصف الربع الباقي بولاء الاسترسال لأنها مولاة أخيها سراية من أبيها وأخوها مولى الأب في النصف فهي مولاة مولى الأب في النصف فورثت بجهة فرض وجهتي ولاء على الترتيب، والثمن الباقي لبيت المال ولهذه البنت (من) عتيقه) أي: عتيق أبيها إذا مات بعده نصف وربع أما النصف فلكونها معتقة نصف معتقه، وأما الربع فلكونها معتقة نصف أصل معتق نصف من أعتقه إذ هي مولاة نصف أخيها سراية وأخوها معتق نصف أبيه وأبوه معتق هذا الميت فهما جهتا ولاء متربتان إحداهما مقدمة وهي كونها معتقة معتق، والثانية مؤخرة وهي كونها معتقة أصل معتق، ولو مات عتيق الأب عنها وعن أخيها أو عصبه غيره كأخ للمعتق أو عم كان

الولاء له لأنه عصبه المعتقد من النسب دونها لأنها معتقة المعتقد وهو متأخر عن عصبه المعتقد فلا نظر لكونها أقرب في بعض الصور خلافا لما وهم فيه كثيرون كما (لها من الأخ) إذا مات بعد الأب وتركها وحدها (نصف وربع) النصف فرضا والربع لكونها معتقة نصف أبيه والباقي هنا وفيما مر لبيت المال ولينت انفردت بالإرث (من أخت) لها في صورة ما إذا (أعتقت) الأخت (معها الأم) وقد أعتقت (الأم) المذكورة (وأجنبي الأب) أي: أبا الأختين بعد أن اشترياه ثم تموت الأخت بعد موت الأبوين وتنفرد أختها بالإرث فلها (الثلاثان) من مال الميتة (وثلث) باق (للأجنبي) السابق لأن للأخت النصف بالفرضية والنصف الباقي لمعتقد الأب ومعتقة الأم والأجنبي فربع الجميع للأجنبي والربع للأم فيكون لمعتقها ومعتقها الأختان فلكل منهما الثمن، لكن إحداهما ميتة فنصيبها لمعتق أبيها ومعتقة الأم والأجنبي، لكن الأم ميتة فنصيبها وهو نصف الثمن لمعتقها وهو الأختان فتدور المسألة لكنه دور يعلم منه أن للأجنبي من النصف ضعف ما للأخت فجعل النصف بينهما أثلاثا وأقل عدد له نصف ولنصفه ثلث ستة فيجعل أصل المسألة نصفها للأخت فرضا وسدسها لها بالولاء وثلثها للأجنبي (ثم) إن فقدت العصبه بنسب أو ولاء أو فضل عنها شيء فعصبته (بيت المال) فتصرف إليه التركة أو باقيةا إرثا للمسلمين عصبوبة أي: لمن لم يقم به مانع من نحو كفر أو رق من أهل بلد الميت فلا يجوز صرف تركته إلى غيرهم كالزكاة.

وقضيته أن العبرة ببلد المال لا الميت وأن الإمام يجوز له نقاه ويجوز تخصيص واحد به والصرف لمن ولد أو أسلم أو عتق بعد موته ولمن أوصى له بشيء هذا كله إن انتظم بيت المال بأن تولاه أهل عادل يصرفه في مصارفه (ثم) المعتمد أنه إن لم يكن بيت مال أو كان ولم ينتظم وهناك من يرث بفرض غير مستغرق فإنه يرد ما فضل عنه إليه إرثا، ثم إن اتحد أخذ فرضه والباقي بالرد وإن تعدد من صنف كبنات فبالسوية أو من أكثر رد الباقي (بالنسبة في ذوي الفرض) أي: بنسبة فروض من يرد عليه ويجعل عدد سهامهم أصل المسألة ففي بنت وأم أصلها من ستة وسهامها أربعة فتجعل أصل المسألة للأم واحد وللبنات ثلاثة، وفي بنت وأم وزوج ليس للزوج إلا الربع ويقسم الباقي حينئذ على أربعة أصل مسألة الرد بدون زوج ولا يصح ولا يوافق فيضرب في مخرج الربع فتصح من أصلها

سنة عشر للزوج أربعة وللبنت تسعة وللأم ثلاثة، فعلم أن الرد زيادة في قدر السهام ونقص من عددها ضد العول الآتي (لا) حال كون الفرض (لزوجيه) فلا يرد على الزوجين شيء لفقد علة الرد من الرحم فيهما فإذا كان أحدهما مع ذي فرض رد عليه دونه كما مر تمثيله ولو كان أحدهما ذا رحم أخذ الباقي بالقرابة لا بالرد (ثم) إن لم يكن من يرد عليه فالوارث (ذو رحم) ولو غنيا وهو بقية الأقارب لقوله ﷺ: «الخال وارث من ولا وارث له» قيل: وكيفية إرثهم أنه يقدم الأقرب منهم إلى الميت ويسمى مذهب أهل القرابة والأصح مذهب أهل التنزيل وهو أن ينزل (كل) منهم (كمن يدل به) ثم بعد هذا التنزيل (يقدم الأسبق إلى وارث) اعتبر السبق إليه تعددا وانفرادا على غيره ممن لم يسبق إليه وإن سبق للميت (ثم) إذا استتوا في السبق إليه (افرض) أنت (الوارث) المذكور هو الذي (ورث) هذا الميت الآن وافرض أيضا أنه بعد أن ورث مات وأن الذين سبقوا إليه هم الذين ورثوه، وكذا لو كان السابق واحداً افرض أنه الذي ورثه.

وحاصل ذلك أنك ترفع السافل بطنا بطنا وفي العالي تعكس، وأنه لو فرض حجب بعضهم بعضا سقط المحجوب وورث الحاجب، وأنت تقدر أن الميت خلف من يدلون به من الورثة ثم يجعل نصيب كل واحد للمدلين به على حسب إرثهم منه لو كان هو الميت فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين (و) لكن (سو) أنت (بين فروع ولد الأم) وهو الأخ والأخت للأم لاستواء ذكور ولد الأم وإناثهم، فعلم مما تقرر أن أولاد البنات كالبنت وأولاد بنات الابن كبنت الابن نظرا للقرب من الوارث.

ففي بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما أربعا للثانية الربع على الثاني الأصح، وفي بنت ابن بنت وبنت بنت ابن المال للثانية اتفاقا، وفي بنت بنت وابن وبنت من بنت أخرى يقدر المال بين بنتي الصلب نصفين بالفرض والرد ثم يجعل نصف البنت الأولى لبنتها ونصف الثانية لولديها أثلاثا، وأن بنات الإخوة وبني الإخوة للأم وأولاد الأخوات ينزل كل من الأول والثاني منزلة أبيه وكل من الثالث منزلة أمه وعند التسفل يرفعون فمن سبق للوارث قدم فإن استتوا في السبق إليه قسم المال بين الأصول فما أصاب كل واحد قسم بين فروعها.

(قوله إنك ترفع إلخ) أي ترفع ذوي الأرحام الذين هم في الفروع كأولاد البنات لتقدم الأسبق

ففي بنت أخت وابني أخت أخرى وهما لأبوين أو لأب النصف للبنت والنصف الآخر للابنين وفي ثلاثة بني أخوات متفرقات المال بينهم على خمسة كأمهاتهم فرضاً ورداً وينزل كل من الساقط من الأصول منزلة ولده، ومن الأخوال والحالات منزلة الأم ويقتسمون إذا انفردوا على حسب ما يأخذون من تركتها لو كانت هي الميتة ومن الأعمام للأم والعمات منزلة الأب كذلك، وأولاد الأخوال والأعمام للأب كأبائهم انفراداً واجتماعاً، وأولاد الحالات والعمات كأمهاتهم كذلك (و) من ثم كانت (خثولة كأومومة وعمومة كأبوة) فأخوال الأب وخالاته بمنزلة أم الأب التي هي أختها وعماته بمنزلة أب الأب وأخوال الأم وخالاتها كأم الأم وأعمامها وعماتها كأبي الأم ولو لم يوجد أحد من ذوي الأرحام وجب على من ظفر بالتركة وكذا سائر أموال المصالح أن يأخذه ويصرفه في مصارفه إن عرفها وإلا فوض أمره لثقة يعرفها.

واعلم أن الحجب لغة المنع وشرعاً منع من قام به سبب الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه. والثاني حجب النقصان وقد مر وهو يدخل على جميع الورثة. والأول حجب الحرمان إما بوصف مما يأتي ويدخل على جميعهم أيضاً أو باستغراق أو شخص وهو المراد هنا (و) من أدلى إلى الميت بنفسه لا يحجب وهم الأب والأم والابن والبنت والزوجان، وأنه (يحجب كل) ممن أدلى بغيره (غير ولد الأم) بنصب غير على الاستثناء (بمن يدلي به) كابن الابن بالابن والجد والأخ بالأب بخلاف أولاد الأم فإنهم وإن أدلوا بها لا يحجبون بها، وتحجب (جدات) لأم أو أب (بأم) لأنها أقرب منهن، ومن ثم كانت القربى من جهة الأب تحجب البعدى من جهته وإن لم تدل بها والقربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهتها كأم أم وأم أم (و) تحجب جدة (بعدي لأب) بجدة (قربى لأم) ولا عكس أي لا تحجب بعدي أم بقربى من جهة أب كأب أم وأم أم بل يشتركان في السدس لأنها إذا لم تحجب بالأب فأولى أن لا تحجب بأمه المدلية به (و) تحجب (بنت ابن به) أي: بالابن وإن لم يكن أباه (و) تحجب أيضاً (ببنيتين) للصلب لاستكمالهما الثلثين (لا إن عصبت) بذكر في درجتها أو أسفل كما مر (و) يحجب (ولد أصل) وهو الأخ والأخت والعم من أي جهة كانوا (بأب وابن وابنه) إجماعاً في الشقيق وقياساً لأولوا في غيره (و) يحجب (ولد أب

إلى الوارث وتخفف ذوي الأرحام الذين هم في الأصول كأبي الأم وأصوله لتقدم الأقرب إلى الوارث

بعصبة) أي: أخ (لأبوين) إجماعاً ذكرًا كان مع أنثى أو دونها أو أنثى مع بنت أو بنت ابن (و) تحجب (أخت لأب) فصاعداً (بأختين لأبوين) فصاعداً لاستكمالهما الثلثين (لا إن عصبت) بأخ لأب فلهما الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين (و) يحجب (ولد أم) اتحد أو تعدد (بجد) وإن علا (وفرع) من ابن وبنت وابن ابن وبنت ابن إجماعاً، ومر أنه يحجب بالأب أيضاً.

وشرط الحاجب أن لا يقوم به مانع من الإرث وإلا لم يحجب حرماناً ولا نقصاناً، بخلاف من لم يرث لتقدم غيره عليه فإنه قد يحجب، فعلم أنه لا يحجب (غير وارث) حرماناً مطلقاً ولا نقصاناً (إلا) في ثلاث صور:

الأولى (أخوان) من أي: نوع كانا (مع أبوين) فإنهما مع حجبهما بالأب يردان الأم إلى السدس.

(و) الثانية (ولد أم) مع أم وجد (أو أحدهما وآخر لأبوين) أو آخر لأب مع (أم وجد) فولد الأم مع حجبه بالجد يردها إلى السدس استقلالاً أو بمشاركة شقيق أو الأب. (و) الثالثة (المعادة) فإن ولد الأب مع حجبه بالشقيق يحجب به النقص على الجد كما مر.

وإذا علم أن من لا يرث لا يحجب (فلأم أم مع أب وأمهم سدس) لحجب أم الأب به فلا تحجب أم الأم عن نصف السدس^(١) ولا يأخذ الأب نصيب أمه وإن حجبتها (كجد حجب ولد أم وساواه ولد) أبوين أو ولد (أب) فإن نصيب الأخ للأم لا يرجع للجد وإن حجبه لاختلاف جهة إرثيهما فإن الأب في الأولى والجد في الثانية يرثان بالعصوبة والمحجوب فيهما يرث بالفرض وبه فارق ما مر في المعادة (وترث عصبة) اجتمع فيها مع ذلك جهة فرض (بفرض أيضاً) أي: كما ترث بالعصوبة (كابن عم أخ لأم) أو زوج وكمعتق زوج فإنه يرث السدس أو النصف فرضاً والباقي تعصيباً (ولا يقدم بها) أي: بالأخوة للأم المفهومة مما قبلها (على ابن عم) ليس أخاً لأم بل الباقي بعد فرض الأخوة للأم

(١) (قوله عن نصف السدس) أي: الذي كان لها لولا الأب الذي تدلي به، وحينئذ يصير السدس كله لأم الأم.

بينهما سواء (إلا في ولاء) فإن ابن العم الزائد بأخوة الأم يقدم فيه على الآخر فيرث دونه وفارق ما قبله بأن أخوة الأم ثم تقتضي فرضا فلم تتمحض للتقوية بخلافها هنا (ولا يرث) واحد (بفرضين) ويتصور في أنكحة المجوس للمحارم ووطء الشبهة (بل) إنما يرث (بما) هو الأقوى فقط وهو ما (يحجب) الجهة الأخرى كبننت هي أخت لأم فترث بالبننتية لأن البننت تحجب ولد الأم (أو لا يحجب) أصلا كأم هي أخت لأب فترث بالأومومة لأن الأم لا تحجب والأخت للأب تحجب بجمع كما مر (أو) ما (حجبه أقل) كأم أم هي أخت لأب فترث بالجدودة فقط لأن أم الأم أقل حجبا إذ لا يحجبها إلا الأم والأخت يحجبها جمع (وإن حجب) الفرض الذي حجبه أقل (فبالآخر) من الفرضين، وهو ما حجبه أكثر يرث كما إذا مات ولد عن أمه وأمها التي هي أخته لأبيه فتأخذ أمه الثلث وأم أمه النصف بالأخوة لأن جدودتها سقطت بالأم.

(و) موانع الإرث سبعة وهي حجب بالوصف فعقب بالحجب بالشخص منها أنه (لا يرث قاتل) أي: من له دخل في القتل مباشرة أو سببا أو شرطا بأي وجه كان ولو بحق وإن وجب عليه قتله من مقتوله شيئا لعموم قوله ﷺ: «ليس للقاتل شيء» أي من الميراث، نعم الذي يتجه أن المفتي بقتل مورثه يرث منه لأنه لا دخل له في قتله بوجه إذ الإفتاء لا يختص بأحد وبه فارق الحاكم وقد يرث المقتول بأن يموت الجراح قبل مجروحه (و) لا (مخالف في إسلام) ممن خالفه فيه فعلا أو تركا كمسلم من كافر وعكسه وإن أسلم قبل القسمة لخبر الصحيحين بذلك (و) لا مخالف في (عهد) كحربي من معصوم بذمة أو أمان أو عهد لانقطاع الموالاة بينهما، ويتوارث الحريان وإن اختلفت دارهما وغيرهما وإن اختلفت ملتتهما لأن الكفر كله كالملة الواحدة (و) لا يرث (حر بعض) وإلا لكان بعض المال للمالك بعضه القن وهو أجنبي عن الميتة (و) لكن (يورث) عنه ملكه ببعضه الحر لأن ملكه تام عليه فلا شيء للسيد فيه (و) لا يرث (مرتد) ونحو يهودي تنصر وإن أسلم بعد الموت إجماعا (ولا يورث) لأنه لا موالاة بينه وبين أحد بل ماله فيء، نعم قد يورث عنه القود كما يأتي في بابيه (كزندق) وهو من لا يتدين بدين فلا يرث ولا يورث لذلك (ورقيق وإن كوتب) فلا يرث لنقصه ولا يورث لأنه لا ملك له (ولا يرث منفي) بلعان (و) لا (ولد زنا) من أحد من الأصول والحواشي (إلا من أم وأخ) أو أخت (منها) لأن اللعان يقطع النسب من الأب ومن

ينتمي إليه، وكذا الزنا بخلافه من الأم وفروعها، ومن ثم لم يرثهما أيضا الملاعن والزاني وورثتهما أمهما وفروعها (و) لا يرث (من جهل تأخر موته) من متوارثين ماتا بنحو غرق ولم يعلم أسبقهما موتا وإن علم سبق لانتفاء تحقق حياة الوارث بعد موت المورث فمال كل لورثته فإن علم أسبقهما ونسي وقف الميراث إلى البيان أو الصلح.

(و) من الموانع الدور الحكمي ومر في الإقرار وقسم (مال مفقود) انقطع خبره إن (ثبت موته) ببينة ولا يحتاج بعد ثبوته بها إلى الحكم به على الأوجه (أو حكم به) بأن مضى من ولادته مدة لا يعيش فوقها (ظنا) ولا يقدر بمدة فيعطى ماله حينئذ من يرثه وقت قيام البينة أو الحكم لا من مات قبل ذلك ولو بلحظة، هذا إن أطلقت البينة الموت فإن أسندته إلى وقت سابق أعطي من يرثه ذلك الوقت (وإلا) يوجد الثبوت، والحكم (وقف) ماله لأن الأصل الحياة وقسمة الحاكم ماله لغلبة ظن موته متضمنة للحكم بموته لأن تصرفه في أمر رفع إليه ليفصله حكم وفي غير ذلك ليس لحكم على المعتمد، ووقف ماله فيما ذكر (ك) وقف (نصيبه) إذا مات من يرثه قبل ثبوت موته حتى يتبين حاله، ويعمل في حق الحاضرين بالأسوأ، فمن سقط على احتمال لم يعط ومن نقص على احتمال أعطي المتيقن ومن لا ولا أعطي حقه ففي زوج وعم وأخ لأب مفقود يعطى الزوج نصفه ويؤخر العم (و) كنصيب (أسير) لم يدر حياته أو موته فإذا مات من يرثه الأسير جرى في نصيبه وفي الحاضرين ما مر (و) كنصيب ولد (محتاج لقائف) مات أحد المتداعيين له فيوقف نصيب الولد ويؤخذ في حق غيره بالأسوأ وإذا مات الولد وقف نصيب الأب إلى التبين (و) كنصيب (حمل) يرث لو انفصل مطلقا أو بتقدير كحمل امرأة الأخ فيوقف نصيبه إلى انفصاله حيا ويظن وجوده لظهور مخائله ككونها قريبة عهد بالوطء واحتمال الحمل قريب، ثم إن لم يكن وارث سواء أو كان والحمل يحجبه ولو بتقدير وقف جميع التركة، فإن كان له مقدر لا ينقص أعطيه أو ينقص بتقدير أعطي المتيقن عائلا إن أمكن عول كزوجة حامل وأبوين لها ثمن ولهما سدسان عائلا لاحتمال أن الحمل بنتان فتعول إلى سبعة وعشرين وهي المنبرية، لأن عليا رضي الله عنها كان يخطب على منبر الكوفة على روي العين والألف فسئل عنها فقال ارتجالا صار ثمن المرأة تسعا ومضى في خطبته، وإن لم يكن له مقدر كأولاد لم يعطوا شيئا (و) ذلك لأنه (لا ضبط لعد) ده (فقد يكثر وقد يقل، ولذلك حكى أن امرأة ولدت في بطن أربعين

وشرط إرثه أن ينفصل وبه حياة مستقرة يقينا، وأن يعلم وجوده عند الموت بأن ينفصل لأربع سنين حيث لا فراش أو لدون ستة أشهر حيث ثم فراش أو تعترف الورثة بوجوده عنده، وقسم المال في كل من الصور بالأسوأ كما تقرر (ك) ما إذا كان وارث (مع) وارث آخر (خنثي) مشكل وهو من له آلتا الرجال والنساء أو ثقبه تقوم مقامهما فإنه يقسم (بأسوأ الأحوال) إن اختلف إرثه بالذكورة والأنوثة فيعمل باليقين فيه وفي غيره ويوقف ما شك فيه حتى يتبين الحال أو يقع الصلح؛ ففي زوج وأب وولد خنثى للزوج الربع وللأب السدس وللخنثى النصف ويوقف الباقي بينه وبين الأب، وإذا عرفت أصل المسألة فإن ساواها سهامها سميت عادلة وإن نقصت عنها سميت ناقصة (وإن زادت أجزاء الفروض) على أصل المسألة (أعيلت) وسميت عائلة، ولا يعول من الأصول إلا ما له سدس، وهو الستة الاثنى عشر والأربعة والعشرون (فإلى سبعة) تعول ستة كزوج وأختين لغير أم (و) إلى ثمانية تعول ستة كهؤلاء وأم (و) إلى (تسعة) تعول ستة كهؤلاء وأخ لأم (و) إلى (عشرة) تعول ستة كهؤلاء وأخ آخر لأم (و) إلى (ثلاثة عشر) تعول اثنا عشر كزوجة وأم وأختين لغير أم (و) إلى (خمسة عشر) تعول اثنا عشر كهؤلاء وأخ لأم (و) إلى (سبعة وعشرين) تعول أربعة وعشرون كبنتين وأبوين وزوجة وممر أنها المنبرية، وإنما أعالوا ليدخل النقص على الجميع كأرباب الديون والوصايا إذا ضاق المال عن قدر حصصهم، أو حذف من أصله الكلام على تأصل المسائل وتصحيحها مطلقا، وإذا كان فيها رد وقسمة التركات والمناسخات لأن الأئمة أفردوا ذلك بالتصنيف، ومع ذلك لو ذكره لكان أحسن، وقد بينت في الأصل حاصل ذلك باختصار.

(باب في الوصية الشاملة للإيضاء)

هي لغة الإيصال. وشرعا لا بمعنى الإيضاء تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحقا بها حكما كال تبرع المنجز في مرض الموت أو الملحق به، وهي سنة مؤكدة لقوله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» أي ما الحزم أو ما المعروف من الأخلاق إلا هذا فقد يفجأه الموت، وتجب إن كان عليه حق ولو لم يوص به لضاع على مستحقه بتقدير إنكار الوارث، وتكره

بالزيادة على الثلث وتحرم إن كان فيها تضييع عياله وإن نقصت عن الثلث أو زادت عليه وقصد حرمان ورثته على ما بحثه الأذرعى .

(وأركانها أربعة موص وموصى له وبه وصيغة فالأول) شرطه التكليف والحرية والاختيار (و حينئذ تصح وصية حر مكلف^(١)) مختار عند الوصية ولو محجورا عليه وحرىا وسكران ومبعضا فيما يستحقه ببعضه الحر، بخلاف القن ولو مكاتبا إلا بإذن سيده وغير المكلف والمكره لعدم صحة تبرعهم .

والثاني: إما جهة عامة أو غيرها فالجهة شرطها انتفاء المعصية فلا تصح وصية من ذكر إلا (لجهة حل) قربة كانت كبناء مسجد ولو من كافر، ونحو قباب وقناطر على قبور الأنبياء والعلماء في غير مقبرة مسبلة وتسوية قبورهم ولو فيها لا بناء القبور ولو للأنبياء ولو في غيرها للنهي عنه، أو غير قربة ولا معصية كفك أسرى الكفار من أيدينا أما جهة المعصية فلا تصح الوصية بها كترميم كنيسة تعبد أو إسراجها ما لم يقصد انتفاع من بها أي: لغير تعبد فيما يظهر بالضوء، وكتابة نحو التوراة لأن القصد بالوصية تدارك ما فات من الإحسان، بخلاف بناء نحو رباط يسكنه أهل الذمة دون غيرهم

ويشترط عدم المعصية في الوصية لغير جهة أيضا خلاف ما يوهمه صنيعة فلا تصح لكافر بنحو مسلم (و) غيرها بأن يكون معيناً شرطه وجوده عندها فتصح (لموجود) خاص لا لحمل سيوجد وإن وجد حالة الموت لاستحالة تملك المعدوم، وإنما صحت بالمعدوم لأنه يغتفر فيه الجهالة ونحوها مما يأتي (وشرط) أيضاً (تعيينه) فلا تصح لأحد الرجلين لإبهامه هذا فيما إذا كان بلفظ الوصية (لا) فيما إذا كان بلفظ (أعطوا) هذا لأحدهما والفرق أن الأول تملك منه للمبهم وهو لا يصح والثاني وصية بالتمليك من الموصى إليه فيصح ويرجع لاختياره، وشرط أيضا أن يكون ممن (يملك) أي: يتصور له الملك (عند موت موص) لأن الوصية تملك فتصح للحمل إن انفصل وبه حياة مستقرة لوقت يظن وجوده حال الوصية بأن ينفصل لدون ستة أشهر منها، وكذا لأربع سنين فأقل إذا لم تكن فراشا أو كانت ولم يمكن كونه من ذي القراش لأن الظاهر وجوده عندها لندرة وطء الشبهة، وفي تقدير الزنا

(١) (قوله حر مكلف) دخل فيه السفه محجوراً كان أو غير محجور فتصح وصيته لأن عبارته صحيحة .

إساءة ظن وفيما عدا ذلك لا يستحق لاحتمال حدوثه كما لو لم تكن فراشا قط وقد انفصل لسته أشهر فأكثر.

وعلم مما تقرر أن الأربع ملحقة بما دونها والسته ملحقة بما فوقها وهو كذلك لأن العلق قد يقارن أول المدة وإن كان نادرا فاعتبر هنا لأن الأصل عدم الاستحقاق مع قرينة قيام الفراش ولم يعتبر في نحو العدد احتياط للإبضاء وثاني التوأمين تابع للأول مطلقا، وأفاد قوله عند موت موص أن من لم يكن أهلا عند الوصية ثم صار أهلا عند الموت صحت له (كعبد) أو أمة وإن قصد الموصي تملكه على الأوجه لأن الاستحقاق هنا منتظر فقد يعتق قبل موت الموصي فيستحق أولا فلما لکه بخلافه في الوقف فإنه ناجز (عتق) بعد أن أوصى له بشيء وقبل الموت فإن الوصية له صحيحة ويستحق الموصى به لأنه من أهل الملك حين الموت (وإلا) يعتق قبل موت الموصي بأن عتق مع موت الموصي فيما يظهر من كلامهم أو بعده، ولو قبل القبول (فلما لکه) عند الموت تكون الوصية كما لو لم يعتق أصلا إذ الوصية للعبد وصية لسيده أي: تحمل على ذلك لتصح، لكن لا يصح قبولها إلا من العبد إن كان أهلا وإلا قبل سيده، وبيع العبد الموصى له كعتقه فيما ذكر فإن كان قبل الموت فالملك للمشتري وإلا للبايع، ولو أوصى أو وهب لمن بعضه حر ولم يخص قاسمه السيد حيث لا مهياة وإلا فالكل لذي النوبة يوم الموت هنا، والقبض في الهبة (كدابة زيد) المملوكة له أو حش المملوك له على الأوجه فإن الوصية لها وصية لملكها (إن قصد) الموصي (علفها) بسكون اللام المصدر وفتحها المأكول أي الصرف فيه وإن لم يتلفظ بذلك لأن علفها عليه فهو المقصود بها، كالوصية بعمارة داره، ومن ثم اشترط قبوله (فتعلف) بالموصى به لها وجوبا لتعين صرفه لعلفها رعاية لغرض الموصي، ويتولى الإنفاق عليها الموصي أو نائبه من المالك أو غيره ثم القاضي أو نائبه كذلك ويتعين الصرف لها (وإن) انتقل الملك عنها كأن (بيعت) لانتقال الوصية للمشتري كما في العبد.

وقضية التشبيه أن محمل ذلك إذا انتقلت قبل الموت وإلا فهو للبايع وهو كذلك ومع ذلك فإذا قبل قبل البيع لزمه الصرف لعلفها على الأوجه أما إذا قصد تملكها أو أطلق فإن الوصية تبطل لأنها لا تملك، وفارقت تملك العبد بأنه يخاطب ويتأتى قبوله وقد يعتق قبل موت الموصي بخلافها وظاهره أنه إذا قصد مالکها صحت مطلقا (و) تصح الوصية ولو من

(قوله وإلا قبل سيده) يشمل ما لو أوصى له وهو حمل فقبل سيده حينئذ ثم انفصل فيتبين

كافر (لمسجد) ونحو رباط موجود وإن أراد تملكه لأن له ملكا وعليه وقفا ومن ثم صحت الهبة له ويتعين صرفه في أهم مصالحه باجتهاد قيمه (و) لكافر نحو (حربي ومرتد) لم يمت على رده لقوله ﷺ: «في كل كبد حرا أجر» وإنما لم يصح الوقف عليهما لأنه صدقة جارية فاعتبر في الموقوف عليه الدوام، ولا تصح لأهل الحرب والردة ولا لمن يحارب أو يرتد كما علم مما مر.

ومر في البيع أنه لا تصح الوصية لكافر بما لا يصح بيعه له (وقاتل) للموصي ولو تعديا بأن أوصى لإنسان فقتله أو لجارحة ثم مات بالجرح لعموم الأدلة ولأنها تملك بصيغة كالهبة بخلاف الإرث وخبر «ليس للقاتل وصية» ضعيف جدا بل باطل ولو صح حمل على وصيته لمن يقتله فإنها باطلة لأنها معصية وقضيته أنه لو جاز قتله صحت الوصية لقاتله كتران محصن، وتعزيز قاتله إنما هو لمعنى خارج وهي الافتيات على الإمام وتسميته قاتلا من مجاز الأول (و) تصح الوصية كالوقف والإبراء (لوارث بإجازة) أي: معها من بقية الورثة المطلق التصرف فإن لم يجزوا أو لم يكن له وارث غير الموصى له بطلت ولو بدون الثلث، وإجازتهم هنا وفيما يأتي تنفيذ لصحة الوصية لكنها غير لازمة رعاية لهم لا ابتداء تملك فلا رجوع لهم، ولا يشترط لفظا هبة بل نحو أجزت أو أمضيت وولاء^(١) من أجاز وأعتقه للميت، وتصح من المفلس على الأوجه، وإنما يعتبر كونه وارثا ومجيزا (بعد موت) للموصي يعني وقته بالنسبة للوارث فلو أوصى لغير وارث كأخ مع ابن فصار وارثا بموت الابن فوصيته لوارث ولا أثر هنا وفيما يأتي لإجازة ولا رد قبل موت الموصي ولا بعده مع الجهل بقدر المال أو الثلث إلا إن كانت بمعين لأنه معلوم والجهالة في غيره بخلاف غيره فيقبل فيه حيث لا بينة بعلمه دعوى المميز الجهل بقدر التركة بيمينه، والحيلة في الوصية لوارث أن يوصى لأجنبي بقدر بشرط أن يتبرع لوارثه بقدره مثلا (كزائد لداه) أي: عند الموت فلا نظر لماله يوم الوصية ولا ما بعده قبل وقت الموت (عن ثلث) فإنه تصح الوصية به للأجنبي بإجازة الوارث الحائز المطلق التصرف فإن رد بطلت في الزائد لأنه حقه كما إذا لم

صحة قبوله نظير ما لو قبل الحمل الموصى به وهو حمل ثم انفصل لوقت يعلم وجوده عندها فيتبين صحة القبول (قوله لزمه الصرف لعلفها على الأوجه) يؤخذ منه ومما قبله أنها إذا انتقلت قبل الموت

(١) (قوله وولاء إلخ) لعل الأولى تأخير هذا عن قول المتن كزائد لداه عن ثلث لأن عتق العبد ليس وصية لوارث وإنما هو تصرف يحتاج الزائد عن الثلث فيه على الثلث فيه إلى الإجازة اهـ.

يكن وارث خاص لأن الحق للمسلمين، ويتجه في غير مطلق التصرف بطلانها فيه أيضا، نعم إن توقعت أهليته عن قرب اتجه الوقف إليها، ولو أجاز بعض الورثة فقط صح في قدر حصته من الزائد، ولو وقف مريض داره وهي تخرج من الثلث على وارثه الحائز لم يجز له إبطال شيء منه فإن زادت عليه فله إبطال الزائد، ويسن نقص شيء في وصيته عن الثلث، وتفتقر الوصية للوارث إلى الإجازة (ولو) كان الإيصال (بعين كحصته) من التركة كذي ثلاثة بنين وثلاثة عبيد وكل بمائة وأوصى لكل بواحد لاختلاف الأغراض (و) الوصية للوارث (بقدرها) أي: حصته من التركة مشاعا (لغو) لأنه يستحقه من غير وصية (ولو ارث مريض) مرض الموت (ابتياح) أي: شراء والتعبير به أوضح وأخصر منه (بقيمة) لمثل ما ابتاعه بلا إجازة إذ لا تبرع حينئذ.

الثالث: الموصى به وشرطه قصده وحل الانتفاع به وقبوله للنقل فلا تصح الوصية إلا (بمقصود) للانتفاع به شرعا، ومن لازمه أن ينتفع به حسا ولو حبتي بر كصحة هبتها كما مر، بخلاف ما لا يقصد حسا كالحشرات والدم أو شرعا كخمر غير محترمة وخنزير، ولا يصح أيضا إلا بما (ينقل) أي: يقبل النقل من شخص إلى آخر بالاختيار فلا يصح بمستولدة و (لا قصاص وحد قذف) وحقوق تابعة للملك كخيار وحق شفعة لم تبطل بالتأخير وإن ورثت لأنها لا تقبل النقل المذكور، نعم تصح بالقصاص وحد القذف لمن هو عليه والعفو عنه في المرض وتصح الوصية (وإن أبهم) الموصى به كأن قال أوصيت لزيد بنحو (أحد ذين) العبدین لأنها تحتمل الجهالة كما يأتي فاحتملت الإبهام والتعيين للمبهم منهما واجب على الوارث أي: حيث لا وصي وإلا فهو المخاطب به كما هو ظاهر، وإنما لم يصح أوصيت بهذا لأحد هذين لأنه يحتمل في الموصى به ما لا يحتمل في الموصى له (تصح بحمل) ونحوه من كل موجود جهلت عينه ووصفه لكن بشرط أن ينفصل الحمل حيا لوقت يعلم وجوده عند الوصية أو ينفصل حمل الأمة لا البهيمة مضمونا بجناية والفرق أن ما وجب في جنين البهيمة بدل مانقص منها فيكون للوارث وما وجب في جنين الأمة بدله، ويصح القبول قبل وضعه لأنه يعرف (أو ملك) أي: مملوك (يحدث) بعد الوصية

فالمنتقل إليه هو القابل لأنه المالك عند الموت أو مع الموت أو بعده، فالملك للبائع وهو القابل وإن لزمه الصرف لعلفها. وفائدة الملك حينئذ أنها لو ماتت كان الفاضل للبائع لا للمشتري فإن لم يقبل بطلت الوصية، ولا يقبلها المشتري لأنه لا ملك له فلا أهليه فيه للقبول.

كان أوصى بما يحدث من نحو حمل أو ثمر أو صوف أو لبن أو بهذا إن ملكه (١).

لأنها شرعت رفقا بالناس فاحتمل فيها وجوه من الغرر فصحت بالمعدوم والمجهول، ثم إن قال بما تحمله هذا العام أو كل عام فواضح وإن أطلق عمت كل عام على الأوجه (ومنفعة) كمجرد سكنى أو خدمة مؤبدة ومطلقة وتتأبد وتصح بالمنفعة لواحد وبالعين الآخر (و) تصح الوصية بكل (محرم صلح) بفتح اللام وضمها (باسمه) أي: مع بقاء اسمه (لمباح) أي: لاستعمال مباح كطبل لهو وعوده صلحا لمنفعة مباح مع بقاء اسمها وإن غيرت هيئتهما حملا له على المباح ما لم يقل أردت أن ينتفع به على ما هو عليه على الأوجه فإن لم يصلح له أو صلح بتغيير لا يبقى معه الاسم لم يصح وإن كان نفيسا ولو لم يذكر كونه طبل لهو أو آلة محرمة على الأوجه لأنه معصية (وكذا) أي: ومثل ما مر في صحة الوصية به (زبل) ولو من مغلظ على الأوجه (وخمر محترمة) وإن استحكمت وأيس من عودها خلا على الأوجه لأن ذلك لا يخرجها عن الاحترام كما هو ظاهر فلا يمتنع إمساكها لمنافع قد تعرض كإطفاء نار وعجن طين (وكلب نافع) ولو مالا بأن يكون قابلا للتعليم لصيد أو حراسة بشرط أن يكون للموصى له ذلك على الأوجه، وكل نجس يحل الانتفاع به كدهن متنجس ولحم ميتة ولو مغلظة على الأوجه لإطعامه الجوارح أما ما لا يحل الانتفاع به كخنزير وخمر غير محترمة وكلب عقور فلا تصح الوصية به، والحمل وما بعده من أمثلة ما قبله خلافا لما توهمه زيادته بحمل وكذا لرد إبهام بأصله، وإنما تصح الوصية بالثلاثة التي ذكرها (إن كانت) حاصلة (له) أي: للموصي عند موته لثبوت الاختصاص فيها وإن أوصى بأحدها أو بها وليس ذلك عنده بطلت لتعذر شرائه ولا يلزم الوارث اتهابه (ونفذ) الإيضاء (فيها) أي: الثلاثة المذكورة ونحوها (إن ملك) الموصي (متمولا لم يوص

(قوله بشرط أن يكون إلخ) أي يشترط لصحة الوصية بالكلب أن يكون الموصى له صاحب

(١) (قوله بهذا إن ملكه) حاصل ما في الروضة أنه إن أوصى بعبد غيره أو به إن ملكه صحت على الأفقه كالمعدوم بل أولى، وقيل لا إذ الشيء الواحد لا يكون محلا لتصرف اثنين وبه قطع الغزالي فيهما والرافعي في الكتابة في الأولى، واعتمده البلقيني ونقله كالإسنوي عن النص فقال: لا تصح بملك غيره على النص المعمول به خلافا لما صححه في الروضة، ثم ذكر الثانية وصحح فيها ما في الروضة فكان الفرق أن الأولى صرح فيها بالمنع وهو ملك الغير، بخلاف الثانية فإنه اقتصر فيها على مجرد المميز سواء كان بإشارة كهذا أو وصف أو اسم مميز كفلان ويرد بأن التصرف منتظر في الوصية فلم يمنع إلا ما يقارن الموت دون ما سبق عليه كما هو المعروف من قواعد الباب.

بثلثه) وإن كثرت وقل المتمول لأن قليله خير من كثير غيره إذ لا قيمة له (وإلا) يملك متمولا أو ملكه وأوصى بثلثه كاملا (ففي ثلثها) تنفذ الوصية ويوقف الباقي على الإجازة لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو مقابل الثلث الموصى به فلا يحسب عليهم مرة أخرى في وصية غير المتمول، ويعتبر ثلثه إن تعدد واتحد جنسه بالعد لا بفرض قيمة خلافا للحاوي، وتعبيره كأصله بمتمول أحسن من تعبير كثير بمال لاستلزامه أن له قيمة بخلاف المال (و) يعتبر (في) متعدد (مختلف) منها ككلب وزق خمر وطبل لهو وهو ما يضرب به المثلون وسطه ضيق وطرفاه واسعان (بفرض قيمة) لها عند من يراها على الأوجه لا بالعدد ولا بالمنفعة إذ لا تناسب بين الرءوس (وما فوته) الإنسان من مال أو اختصاص أو منفعة حال كونه (معلقا) له (بموت) وإن صدر التعليق في الصحة (أو) حال كونه منجزا له (في مرضه) أي: الموت وفي معناه تعليق صحيح العتق بصفة توجد باختياره فأوجدتها وهو مريض باختياره (من ملك) لعين أو منفعة إن كان تفويته (مجانا) كأن عاوض بمحابة فوق ما يتسامح بمثله وإن لم يقصدها بأن غبنه المشتري (أو) من (يد) ولو غير مجان أو فيما لا يتمول كالوصية بتأجيل الدين والبيع نسيئة ولو بأكثر من قيمته ثم مات قبل الحلول فذلك كله محسوب (من الثلث) أي: ثلث المال الباقي بعد الحقوق المتعلقة بعين التركة وبعد مؤن التجهيز وقضاء دين الميت كما قدمه في الفرائض، ثم ما يفوت عليهم يعتبر بوقت التفويت في المنجز وبوقت الموت في المضاف إليه لأنه وقت الاستحقاق وما يبقى للورثة بالأقل من يوم الموت إلى يوم القبض، وإنما حسب كل الثمن في بيعه بمؤجل لأنه فوت اليد عليهم وتفويتها كتفويت المال إذ الغاصب يضمن بالحيلولة بالإتلاف.

وأفهم كلامه صحة تصرف مريض عليه دين مستغرق حتى لو أبرأ الغريم مثلا نفذ وتقييده بالموت والمرض النفوذ من رأس المال في غيرهما فلو قال صحيح لقنه إن مت فجأة فأنت حر قبل موتي بلحظة وإن مت بمرض فأنت حر قبل مرض موتي بلحظة ثم مات أو مرض بعد التعليق بأكثر من لحظة عتق من رأس المال (وضمن ما زاد) على الثلث (متهب) قبض ما وهبه له المريض بإذنه وهو أكثر من ثلثه ثم (أتلفه) لأن الزائد أمانة بيده فضمنه بإتلافه للوارث الذي لم يجز لا بتلفه فإن أتلفه غيره ضمنه الغير (ونفذ) الاتهاب في الكل

صيد أو زرع أو نعم وإلا لم تصح الوصية به اهـ. (قوله كالوصية إلخ) مثالان لتفويت اليد فيما يتمول، ومثال تفويتها فيما لا يتمول أن يوصي بنحو جلد ميتة اهـ إسعاد بتصرف.

(إن ظهر له) أي: للميت (مال) يقتضي خروج الموهوب من الثلث فلا يضمن لأنه أتلف ملكه فإن لم يف بذلك نفذ ما يخرج من الثلث.

وفرع على الضابط السابق ما فهم منه إيضاحا فقال (فمن ثلثه) يحسب (تدبير) ولو في الصحة لأنه معلق بالموت لا إيلاد كاستهلاكه المستلذات ولو نجز عتق أم الولد في مرضه لم يحسب من الثلث (وكتابة) في المرض وإيصاء بها وإن قبض قبل موته النجوم الأكثر من قيمته من كسبه أو من الزكاة على الأوجه لأنه قابل ملكه بملكه فتعتبر قيمة المكاتب من الثلث بخلافها في الصحة وإن سلم النجوم في المرض (وإعارة) من المريض لنحو عبده لخدمته وإيصاؤه بها فتعتبر أجرة مدتها من الثلث لكونها تبرعا بما يطمع فيه الورثة لا إعارته أو إيجارته لنفسه إذ لا مطمع للورثة في ذلك (وإقباض هبة) أي: موهوب في المرض وإن وهب في الصحة اعتبارا بحالة القبض لتوقف الملك عليه والمحابة في نحو بيع هبة لبعض المبيع لكن في ضمن معاوضة فمن ثم لم تتوقف على قبض، ولو اختلف الوارث والمتهب هل أقبض في الصحة أو المرض صدق المتهب بيمينه لأن العين في يده وقضيته أنها لو كانت في يد الوارث صدق وهو محتمل (و) يحسب من الثلث أيضا (عتق مكفر خير) في كفارته بين العتق وغيره كأن حنث في يمين (إن أوصى به) أي: بالعتق (و) وفي به الثلث فتحسب قيمة الرقبة بكمالها منه لحصول البراءة بدونها فإن وفي برقبة مجزية أعتقت عنه وإلا يف بها بطلت الوصية (وعدل عنه) إلى إطعام أو كسوة على المنقول المعتمد خلافا للحاوي، ونصوا على العتق لزيادته على الآخرين غالبا وإلا فالعبرة بزيادة ما أوصى به منها على أقلها (و) يحسب من الثلث أيضا (الأقل من نجوم وقيمة في مكاتب) كوتب (في صحة) ثم (أبرىء) من النجوم أو أعتق أو أوصى له بذلك كما أفادته عبارة أصله فهي أحسن (بمرض) أي: فيه لأن الأقل إن كان هو النجوم فالزائد عليها تبرع في الصحة أو القيمة فرمما كان يعجز نفسه فلا يبقى لهم إلا الرقبة وهي قدر القيمة (و) يحسب منه أيضا (ثمن من عتق عليه)^(١) من بعضه أو من أقر بحريته (بابتياع) أي: بشراء لأنه لم يفوت

(١) (قوله وثمن من عتق عليه إلخ) في النهاية ولو ملك أي: مجانا في مرض موته من يعتق عليه فعتقه من الأصل وإن اشتراه بثمن مثله صح، ثم إن كان مديونا بيع للدين وإلا فعتقه من الثلث أو بدون ثمن المثل فقدر المحابة هبة يعتق من الأصل ولا يتعلق به الدين وإذا عتق من الثلث لم يرث أو من الأصل ورث اهـ.

إلا الثمن ومحلّه إن لم يكن على المريض دين يضر العتق صاحبه وإلا صح شراؤه ولم يعتق عليه دفعا للضرر عن الدائن (لا) ثمن من عتق عليه ممن ذكر (بغير عوض) كإرث وهبة ووصية، ولا قيمة من عتق بعوض غير محض كصداق وخلع وصلح دم فلا يحسبان من الثلث على المعتمد إذ لم يفوت في مقابلته ملكاً ولا يداً (و) يحسب منه في شراء مريض بعض من يعتق عليه أو وهب له مثلاً فعتق عليه وسرى للباقي (قيمة سراية) أي: ما سري إليه العتق مع ثمن الشقص إن كان، لأن تفويت القيمة بسبب حاصل باختياره بخلاف ملكه له قهراً كإرث إذ لا سراية (و) يحسب منه أيضاً قيمة (محاباة) في نحو بيع بزيادة على ما يتسامح بمثله كما مر، وذكرها هنا توطئة لقوله (لا) حال كونها (في قراض) بأن شرط المريض للعامل أكثر من أجره عمله فلا يحسب الزائد من الثلث على المعتمد إذ لم يفوت مالاً حاصلًا بخلاف مثله في المساقاة لأن الثمرة كالحاصلة لحصولها بنفسها في وقت معلوم بخلاف الربح (ولا) حال المحاباة (في أجر عينه) بأن أجرها بأقل من أجره المثل إذ لا مطمع للورثة في عمله كما مر (وهي) أي: المحاباة (في النكاح تبرع على وارث) فلو نكح مريض امرأة بأكثر من مهر مثلها وورثته فالزائد عليه وصية لوارث فيتوقف على إجازة بقية الورثة، وإن تزوجت مريضة بأقل من ذلك وورثتها فوصية لوارث أيضا فلبقينة ورثتها طلب تكميل مهر المثل (وحيث لا إرث) بينهما لنحو تخالف دين أو تقدم موت الموصي له (فهي) أي: المحاباة حال كونها (منه لا منها) محسوبة (من الثلث) فلو نكح مسلم ذمية بأكثر من مهر مثلها حسب الزائد من الثلث فإن وفي به نفذ بلا إجازة إذ لا يلزم فيه الجمع بين التبرع والإرث أو بأقل منه لم يعتبر النقص من الثلث فلا يكمل المهر.

قال الشيخان: وإنما جعل ذلك وصية في حقه وارثاً دونه غير وارث لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده وهذا ليس بتفويت وإنما هو امتناع من التحصيل ولأن المنع إنما هو فيما يتوهم بقاؤه للوارث وانتفاعه به والبضع ليس كذلك انتهى.

واعترض كل من التعليلين بأنه لا يصلح للفرق بين الحكيمين وقد بسطت ذلك والجواب عنه في الأصل بما فيه وأجبت بما حاصله أنهم توسعوا في الوصية لغير وارث بما لم يتوسعوا به في الوصية لوارث (و) يحسب منه أيضاً (قيمة) ما باعه المريض بثمن (مؤجل ولو) كان المبيع (بغبطة) بأن يبيع بأزيد من ثمن مثله مؤجلاً هذا (إن مات) البائع (ولم يحل) الثمن

كما مر بعلته فإن حل قبل موته لم يعتبر من الثلث وإن أعسر المشتري (وقدم) من التبرعات المحسوبة من الثلث إذا اجتمعت وعجز عنها (ما رتب بتنجيز) أي: بسبب تنجيز الموصى بعضها قبل بعض كأن أبرأ ثم وهب وأقبض ثم أعتق فيقدم الأول ثم تاليه وهكذا إلى استغراق الثلث ثم ما بقي إن أجزى (أو) بسبب (شرط) من الموصى ولو بعد موته كأعطوا فلانا فلانا كذا بعد موتي ثم فلانا أو أعتقوا سالما فغانما فيقدم الأول فالأول إتباعا لشرطه بخلاف: إذا مت فسالم حر فيقرع بينهما لأنه ثم اعتبر وقوع الشرط من غيره مرتباً فاشترط وقوعه على وفق اعتباره بخلافه هنا وإلا تكن مرتبة منجزة كانت أو معلقة كأن أبرأ أو أعتق جماعة دفعة أوصى لجمع معا أو أحدا بعد واحد من غير اشتراط ترتيب، أوقال وأعطوا بعد موتي زيدا مائة وأبرئوا عمرا عن مائة وأعتقوا سالما أو تصدق واحد من وكلائه ووقف آخر وأعتق آخر معا (قسط) الثلث على التبرعات باعتبار القيمة أو المقدار.

نعم لو دبر عبدا قيمته مائة وأوصى له بمائة وثلثه مائة قدم عتقه ولو تعدد العتق مع غيره قسط عليهما ثم ما يخص العتق يقرع فيه هذا كله في غير محض العتق والكتابة (لا عتق وكتابة) أي: محضهما فلا يسقط فيهما (بل يقرع) كما يأتي في القسمة فلو كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم مرتبا كإذا مت فأعتقوا سالما ثم غانما ثم نافعا قدم الأول فالأول، أو معا كإذا مت فهم أحرار أو فسالم حر ثم غانم حر كما مر أقرع بينهم لأن وقت استحقاق عتقهم واحد، ومن ثم لم يقدم معلق بالموت على موصى به وإن احتاج هذا إلى إنشاء عتقه بعد الموت فإن علم الترتيب ولم يعلم الأول أو علم ثم نسي عتق من كل بعضه ولا إقراع خلافا لما يوهمه كلامه كأصله (و) كذا يقرع و (لو لثلاثة) أي: لأجل ثلاثة أعبد (أعتق بعض كل منهم) دفعة واحدة ولا يملك غيرهم وقيمتهم سواء كثلث كل منكم حر أو أثلاثكم أحرار حذرا من التشقيص هذا إن عتق بعض كل منهم منجزا (لا) إن أضافه إلى ما (بعده) أي: الموت كثلث كل منكم حر وأثلاثكم أحرار بعد موتي فيعتق من كل ثلثه بلا إقراع إذ لا سراية حينئذ فإن زاد ما أعتقه على الثلث كأن قال نصفكم حر بعد موتي أقرع لرد الزيادة كما قاله الشيخان.

(فلو مات واحد) من ثلاثة أعتقهم أو بعضهم في مرضه أدخل في القرعة وإن مات

(قوله حذرا من التشقيص) أي في عبده لأن إعتاق بعض عبده كإعتاق كله فصار كما لو قال أعتقتكم (قوله كما قاله الشيخان) رد به على من نقل ذلك كشيخنا في شرح البهجة عن بعض

بعد السيد لكن قبل دخوله في يد الوارث فإذا أقرع (وخرجت له) القرعة بالحرية (عتق) أي : بأن عتقه وموته حراً موروثاً عنه (ورقاً) أي : الآخرا بكمالها إذ الفرض أنهم سواء (أو) خرجت (لحي فثلثاه) يعتقان فقط وكان الحيان كل التركة وإن خرجت بالرق على الميت لم يحسب على الوارث لأن قصده المال ولم يصل إليه والمعتق قصده الثواب وقد حصل بإعتاق الميت ثم بين يقرع الحين ثانياً فمن عتق ثلثاه هنا أيضاً (و) يعتق أحدهما (كله إن) قرع وقد (ضمن الوارث الميت) بأن استولى عليه باختياره فيحسب عليه لدخوله في ضمانه بخلافه بلا اختياره كما إذا مات الموروث وهو معه في داره فإنه يصير مستولياً على الدار وما فيها قهراً فلا تدخل العبيد في ضمانه بذلك كما بينته في الأصل (وإن علق) مريض (عتق سالم بغانم) أي : بعته كأن أعتقت غانماً فسالم حر وزاد في حال إعتاق غانماً ثم أعتقه ولم يف ثلثه إلا بأحدهما أو ببعضه (قدم غانم) لسبقه بلا قرعة لثلاث يخرج بالحرية لسالم فيرق غانم فيفوت شرط عتق سالم فإن وفي بزائد على غانم عتق أيضاً (وممكن) الموصى له (مما) وفي نسخة ما على نزع الخافض (ممكن الوارث ضعفه) بنصبه بنزع الخافض شذوذاً أي : من ضعفه فلا يتسلط على الموصى به إلا إذا تسلط الوارث على مثليه فإن أوصى له بعين حاضرة هي ثلث ماله وباقيه غائب وإن قرب وسهل الوصول إليه على الأوجه ملك ثلثها فقط لجواز تلف الغائب ومنع من التصرف ولو باستخدام حتى في ثلثها إلى أن يحضر ما يخرجها من الثلث لتوقف تسلطه على تسلط الوارث على مثليه، ولا يتسلط الوارث على ثلثها ولو باستخدام لاحتمال سلامة الغائب فإن تصرف فيهما فبان تلف الغائب صح كمن باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتاً ولو أوصى بالثلث وله عين ودين دفع للموصى له ثلث العين وكلما قبض من الدين شيء دفع له ثلثه (ومنع المريض) أي : منعه الشارع منعاً جازماً تارةً وغير جازم أخرى كما مر (غير ثلثه) من استقلاله بالتصرف فيما زاد عليه (في مرض) أو حال (مخوف) بأن خيف الموت منه عاجلاً لترتبه عليه كثيراً وإن لم يغلب ومحله إن بقيت فيه حياة مستقرة وإلا ففيه تفصيل يأتي في الجنايات ولو تبرع

شراح الحاوي ثم اعتمد خلافه (قوله ملك ثلثها فقط لجواز تلف الغائب إلخ) يعلم من تقريره أن المراد بقوله ملك ثلثها أي يقينا ومع ذلك لا يصح تصرفه فيه للقاعدة المقررة أنه لا يتصرف في شيء إلا إن تصرف الوارث في ثلثه.

وأما الثلثان الآخرا فيحتمل ملكه لهما وعدمه، لكن لو تصرف فبان له يتبين سلامة الغائب نفذ تصرفه فيهما، وكذا يقال في الأولى بالأولى؛ فمعنى لا يتصرف في الثلث أو الثلثين لا يجوز له التصرف وإن بان الملك له، وصحة تصرفه كمن باع أو زوج أمة مورثه الظان حياته.

بماله كله نفذ ظاهرا أي فيجوز التصرف فيه لأن الأصل عدم المانع كما يعلم مما يأتي في تزويج أمة لا يملك غيرها، وفي الأصل في شرح قول المتن الآتي وبأن به الملك من الموت ما يتعلق بذلك فراجعه والخوف (كقولنج) بضم ثم كسر أو فتح وهو انعقاد أخلاط الطعام ببعض الأمعاء فيصعد منه بخار للدماغ فيؤدي للهلاك .

وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين معتاده وغيره خلافا للأذرعى لأنه وإن اعتيد يصدق عليه تعريف الخوف المذكور (وذات جنب) وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ثم تنفتح في الجوف ويسكن الوجع وذلك وقت الهلاك (وزغاف) بتثليث أوله (دام) لأنه حينئذ يسقط القوة ويؤخذ منه ضبط الدائم بالمتتابع زمنا يحكم الخبراء بإفضائه فيه إلى إسقاطها، ويفارق الإسهال بأن القوة تماسك معه أكثر (وإسهال تواتر) أي: تتابع أياما لأنه حينئذ ينشف رطوبات البدن وكذا نحو يومين، وانضم إليه إعجال ومنع نوم أو عدم استمساك أو خروج طعام غير مستحيل أو معه وجع وشدة ويسمى الزحير أو دم من عضو شريف ككبده .

وفرق الحريري بين التواتر والتتابع بأن الأول ليس فيه اتصال بخلاف الثاني إن سلم لا يأتي هنا لأن المدار على التتابع العرفي فاندفع قول بعضهم نظرا له لو عبروا بالتتابع كان أحسن (وأول فالج) بخلاف دوامه وإن كان معه ارتعاش إذ لا يخاف منه موت عاجلا، وهو عند الأطباء استرخاء أحد شقي البدن طولا وعند الفقهاء استرخاء أي عضو كان، وسببه غلبة الرطوبة والبلغم فإذا هاج ربما أطفأ الحرارة الغريزية وأهلك .

(و) مما ألحق بالمرض الخوف نحو (التحام) أي: اختلاط (قتال) بين قريبي التكافؤ بخلافه بغير التحام وإن تراميا بنحو نشاب أو بالتحام وأحدهما غالب بالنسبة له أما المغلوب فهو مخوف في حقه (وأسر كافر) أو غيره فلو حذفه لكان أصوص (قتال) بتشديد التاء أي: يعتاد قتل الأسراء مطلقا أو في صنف بالنسبة له بخلاف أسر من لا يعتاده (وتقديم لقصاص) لا حبس له إلا في نحو إيصاء بوديعة كما يأتي احتياطا لحق الغير (ورجم) في الزنا وقتل في قطع الطريق وإن ثبت بإقراره (وظهور طاعون) وفاشي وباء في البقعة وإن لم يصب المتبرع، وفي تفسيرهما خلاف بينته في الأصل (وتوج بحر) أي: نهر كالنيل بريح في حق راكب سفينة وإن أحسن السباحة على الأوجه بخلافه بلا ربح وإن لم يحسنها

(فائدة) قد لا تحتاج الوصية لقبول كما مر في التيمم فيما لو أوصى بماء للأولى به في صورة

الميت فراجعه وحينئذ يملك الموصى به بمجرد الموت.

(وطلق) لحامل لصعوبة أمر الولادة (وبقاء مشيمة) وهي المسماة بالخلاص إلى الوضع فإذا انفصلت زال الخوف إلا إذا بقي نحو جرح أو ضربان شديد أو ورم فلا بد من زواله وموت جنين في الجوف لا إلقاء علقه أو مضغته.

(و) من المرض المخوف ولو قدم هذا على الملحقات لكان أنقى لإيهام أن لا إلحاق نحو (حمى ورد) بكسر أوله وكذا جميع ما بعده وهي التي تأتي كل يوم (و) حمى (غب) وهي التي تأتي يوما وتقلع يوما (و) حمى (إطباق) وهي التي لا تبرح إن زادت على يومين، وحمى ثلث وهي التي تأتي يومين وتقلع يوما، وحمى الأخوين وهي التي تأتي يومين وتقلع يومين (لا حمى ربع) وهي التي تأتي يوما وتقلع يومين لأن المجموع يأخذ قوة في يومي الإقلاع (و) لا (سل) بكسر أوله وهو داء يصيب الرئة فيهزل البدن ويصفر اللون فليس بمخوف أوله ولا آخره خلافا للحاوي لأنه وإن لم يسلم منه صاحبه غالبا لا يخاف منه الموت عاجلا كالهرم (و) لا (جرب) بفتح الجيم والراء (و) لا (وجع) نحو (ضرس) وعين وصداع (و) لا حمى (يوم) أو حمى (يومين) إلا إذا اتصل بها قبل العرق موت فإنه يتبين كونها مخوفة بخلافه بعد العرق لأن أثرها زال به (وإن خفي) الحال في المرض فاختلف قبل موته في كونه مخوفا (فبينة عارفة) يرجع إليها فيه وهي طبيبان عدلان شهادة لتعلق حق آدمي به.

وبه فارق نحو التيمم ولا دخل للنساء فيه إلا في علة باطنة بامرأة لا يطلع عليها الرجال غالبا ولو اختلفوا رجح الأعلم الأكثر عددا فمن يخبر أنه مخوف نقله ابن الرفعة عن الماوردي وأقره أو بعد موته صدق المتبرع عليه بيمينه أو في عينه كأن قال الوارث حمى مطبقة والآخر وجع ضرس كفي غير طبيبين (ونفذ تصرف من عاش من) مرض (مخوف) أو ما ألحق به وتبين أن لا خوف (لا من مات بضده) أي: بأمر ليس مخوفا وأمكن كونه منه كإسهال يوم فيوقف تبرعه بالزائد على الإجازة خلافا لمن وهم فيه لأننا تبينا أنه مخوف (إلا) إذا لم يمكن كونه منه بأن مات (من غيره) كوجع ضرس وكأن قتل أو غرق والمرض غير مخوف فإن تبرعه ينفذ وحمل موته في الأول على الفجأة، وبهذا لا يتفارق المخوف وغيره في حكم الوصية في المرض.

الرابع: الصيغة، فلا تصح وصية من مر إلا بإيجاب وقبول، فمن صرائح الإيجاب أن يأتي الموصي (بأوصيت) له بكذا وإن لم يقل بعد موتي فالباء متعلقة بيصح أول الباب

(أو) بقوله (بعد موتي في كأعطوه) أي: نحو أعطوه (وجعلته له) أو ادفعوا إليه أو ملكته أو وهبته أو منحتة أو تصدقت عليه أو هو له له فإن كلا من هذه مع قوله بعد موتي صريح، فإن لم يقل بعد موتي كهو له أو وهبته له لم يكن وصية وإن نواها لأنه وجد نفاذا في موضوعه وهو الإقرار في الأول والتملك الناجز في الثاني، نعم إن قال هو له من مالي أو عبدي هذا له فكناية وصية قال المصنف وكذا جعلته له من مالي لأنه ليس صريح هبة، وجعل الحاوي هذا من صرائح الوصية وهم وقوله أعط فلانا من مالي كذا توكيل يرتفع بنحو الموت (و) يصح أيضا بكناية (كعينت) هذا أو ميزته لزيد لشمول التعيين والتمييز للتمليك بالوصية ولغيره كالإعارة (و) نحو (كتابة) ولو من ناطق إن اعترف نطقا هو أو وارثه بنية الوصية بها، ولا يكفي هذا خطي وما فيه وصيتي ولم تطلعهم على ما فيه كما لو قيل له أوصيت بكذا فأشار أن نعم وهو ناطق بخلاف غيره كأن اعتقل لسانه وإنما يصح بإيجاب كما تقرر (وقبول) موسى له أو نحو وليه لفظا وإن لم يطابق كأن اقتصر على قبول بعضه فيما يظهر ترجيحه وإنما يشترط من موسى له (معين محصور) كبني زيد ويجب استيعابهم والتسوية بينهم، نعم بحث الأذرع في نحو المسجد أنه لا يحتاج لقبول ناظره كما لا يجب في جهة عامة كالفقراء أو قبيلة كالعلوية بل يلزم بالموت، ويجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ولا يجب التسوية بينهم، ولا يعتبر قبول المعين في الوصية له بالعتق بغير

(قوله كأن اقتصر على قبول بعضه) يؤخذ من قوله اقتصر في هذا السياق أنه صمم على عدم قبول البعض الآخر وأن ذلك لا يبطل الوصية، وهو متجه لأننا حيث لم نشترط المطابقة بين الإيجاب والقبول هنا لم يبطل الوصية بالاقتصار على البعض، ثم إذا اقتصر على البعض وأراد أن يقبل الباقي فالظاهر أن له ذلك لأنه لم يصدر منه مبطل، ومن ثم لو طلب منه قبول الباقي فامتنع بطل حقه بالامتناع فلا يجوز له العود إلى قبوله (قوله لا قبله كالرد إلخ) صريح في أنه لو قبل بعد موته لم يصح أيضا، ومما يصرح به ما لو ماتا معا فإن الوصية تبطل هنا (قوله عند الموت) أي موت الموصي لأنه وقت انتقال الوصية إلى المالك حينئذ كما يفيد تشبيههم الدابة بالعبد، والذي مر فيه أنه متى باعه سيده بعد الموت والقبول أو بينهما فالوصية للبائع أو قبل الموت فالوصية للمشتري، ويلزم من ذلك أن القبول في الأولين من البائع لأنه الذي دخل وقت ملك الوصية وهو في ملكه بناء على المعتمد أن الوصية موقوفة بعد الموت فإن قبل بان أنه ملك بالموت وفي الأخيرة من المشتري لأنه المالك وقت الموت، وقد مر أن الوصية وإن تعينت الدابة فمالكها هو المقصود رفقة بالموصى به أصالة لأنه يوفر عليه ملكه مدة، ومر أيضا تعين الصرف في علفها وإن قبله البائع وحكم بالملك له وفاء بغرض الموصي فإن ماتت فما فضل للبائع لأنه القابل فهو المالك ولا يلزم من كونه مالكا أن لا يلزمه صرفه لغرض الموصي.

فالحاصل أن الجهة منفكة أعني جهة ملكه وجهة صرف الموصى به فتأمل ذلك فإنه مهم، ووقع

لفظها كما يأتي وإنما يصح القبول (بعد موت موص) وإن تراخى عنه لا قبله كالرد إذ لا حق له حينئذ، ولا يصح الرد أيضا بعد القبول لحصول الملك فلا يرتفع به.

وما تقرر من اشتراط الإيجاب والقبول لفظا وإن وقت القبول بعد الموت وأنه لا يشترط فيه فور هو (كوصاية) على أولاده أو في قضاء ديونه فيجري فيها جميع ذلك، وللوارث طلب قبول موصى له أو رده فإن امتنع المستقل حكم عليه بالرد أو الوصي فعل الحاكم الأصلح، ثم الشرط قبول الموصى له ما دام حيا (أو) قبول (وارثه) ولو عاما أو ولي وارث لا أهلية فيه (إن مات) موص ثم موصى له (بعده) قبل القبول لقيامه مقامه في القبول والرد ولو قبل بعض ورثته ملك من الموصى به بقدر حصته من الإرث فإن ماتا معا أو الموصى له أو لا بطلت، ومرة أن ولي الحمل يقبل له ولو قبل انفصاليه (وقبول عبد) عطف على قبول معين في الوصية له يجب قبوله ولا يصح من سيده وإن دفع المال إليه لأن الخطاب لم يجر معه إلا إن مات أو كان غير مكلف ويشترط قبوله (ولو) كان الموصى له به نفسه عطية كأوصيت له برقبته فيجب قبوله لأنه مقتضى الصيغة وإن كان القصد الإعتاق، ويظهر أن القاضى يقبل لغير المكلف (لا) إن كان الموصى له به (عتقا) كأعتقوا عبدي بعد موتي أو أوصيت بعتقه بعده فإن عتقه ينفذ بلا قبول لأن لله سبحانه حقا مؤكدا في العتق فالتحق بالجهات العامة، ولأجل هذا التفصيل ذكر صحة قبول العبد وإن قدمها في تصرفات العبد فلا تكرر (و) يجب قبول (مالك دابة) أوصى لها بشيء كما مر والعبرة بمالكها عند الموت (و) إذا قبل الموصى له بعد الموت (بان به) أي: بالقبول (الملك) له في الموصى به (من الموت) فيحكم بترتيب أحكام الملك من حينئذ بترتيب أحكام الملك من حينئذ ومن وجوب نفقة وفطرة والفوز بالفوائد الحاصلة وغير ذلك ويطالب الوارث أو القن الموصى به أو القائم مقامهما من ولي ونحوه الموصى له بعد الموت بالنفقة إن لم يقبل ولم يرد على المعتمد ولو قال أعطوا فلانا بعد موتي فالملك إلى الإيعطاء للوارث، ويكفي إعطاؤه أو وضعه بين يديه مع

في عبارات لمالكها عند القبول وتبعثها في نسخ. والمراد عند دخول وقته وهو الموت فساوى التعبير بعند الموت (قوله مع الأخذ) قياس ما مر في المبيع قبل قبضه أن المراد بالأخذ التمكن منه لا حقيقته فمتى وضع عنده بحيث يتمكن من وضع يده عليه ملكه (قوله على ما رجح) فيه إشارة إلى أنه لا يرتضيه أخذا بعموم كلامه أنه لا بد من قبول الموصى له إلا في مسألة العبد (قوله قبله) أي وبعد موت الموصى (قوله عليه) أي للملكة الرقبة (قوله لتقرر استحقاق العتق) أي استقرارا لا يسقط بوجه بخلاف الموصى له فإنه مخير. واستشكل كون الإكساب له مع أن الملك في رقبته للوارث؟ ويجاب بأنه لما تقرر استحقاقه للعتق الاستقرار المذكور ألحق بالأحرار ولما كان في حبس الوارث وملكه لرقبته

الأخذ من غير قبول على ما رجح وإكساب الموصى بعقته قبله له لا للوارث وإن كانت نفقته عليه لتقرر استحقاقه العتق.

ثم ذكر مسائل من الدور الفقهي ويسمى الدور الحكمي فقال (ولا يرث من) أي: من منفرد أو متعدد (أوصى به لأبيه) فمات الأب الموصى له بعد موت الموصي (و) قبل أن يقبل ثم (قبل وارثه) سواء أحجب الولد العتيق القابل كأخ لأب أم لا كأخي الولد لأنه إن حجبه بطل قبوله فيبطل عتق الولد فلا يرث إرثه يؤدي إلى عدم إرثه وإن لم يحجبه فكذلك إذ لو ورث لخرج أخوه عن أهلية القبول في النصف، ولا يمكن أن يقبله الولد الموصى به لتوقفه على إرثه المتوقف على عتقه المتوقف على قبوله فتوقف قبوله على قبوله وهو محال، وإذا اقتصر القبول على النصف بقي نصفه رقيقاً ومن بعضه رقيق لا يرث (و) لا يرث ميتاً عن أخ وعبيدين أعتقهما الأخ لإرثه ظاهراً (من) أي: ذكر وإن تعدد مجهول (شاهد بنسبه) أي: بكونه ابن الميت المذكور (عتيق عمه من التركة) وإن ثبت نسبه إذ لو ورث لحجب عمه فيبطل عتق شاهد به فلا يثبت النسب ولا يرث فلو ورث لما ورث، ولو كان بدل الذكر بنت والأخ عند إعتاقه العبيدين موسراً ورثت إذ بإعتاقه يسري العتق إلى حصتها فتصح الشهادة لكامل عتقهما (و) لا يرث من تركة معتقه فقط (من) أي: ابن (عتق من ثلث) تركة (أبيه) مثلاً لكونه اشتراه في مرض موته إذ لو ورث لكان عتقه تبرعاً على وارث فيبطل لتعذر إجازته لتوقفها على إرثه المتوقف على عتقه المتوقف عليها فيتوقف كل من إجازته وإرثه على الآخر فيمتنع إرثه إذ ما أدى ثبوته لإبطاله بطل من أصله، بخلاف من عتق من رأس المال كأن ورثه أو اتهبه.

ولما أنهى الكلام على الأركان أخذ في ذكر الأحكام، وهي لفظية ومعنوية وحسابية على هذا الترتيب فقال (و) الوصية (بطل) يصرف لفظ الطبل فيها (للمباح) كطبل حرب وحجيج حملاً لكلام المكلف على الصحة ما أمكن فإن لم يكن في تركته اشترى له

ظاهر ألزمته نفقته فالملحظ مختلف، وفي الشرح الكبير هنا ما يتعين مراجعته (قوله بطل إلخ) ما ذكروه في مسائل الطبل والعود ربما يشكل بعضه ببعض وحينئذ فنلخص ذكر أحكامهما ثم نبين المشكل منها والجواب عنه حسب الإمكان فنقول:

حاصل ما ذكروه في الطبل أنه لو قال أعطوه طبلاً، ولا طبل له اشترى له مباح لأن الظاهر أنه يقصد الثواب فإن قال من طبولي وله طبول فيها مباح فهو الموصى به فإن لم يكن له طبل أو ليس له إلا طبل له ولم يصلح إلا مع تغيير اسمه بطلت الوصية، ولو كان له طبل مباح وطبل لهو يصلح

إلا إن قال من طبولي وخلت تركته عن مباح لبطلان الوصية، ويأتي نظير ذلك في الوصية بدابة أو شاة أو قن مثلا فيشتري له إن لم يكن بماله ما لم يقل من دوابي مثلا وإلا ولا دابة له يوم الموت بطلت الوصية (و) الوصية بإعطاء (عود) يصرف فيها لفظ العود (للو) أي: لعوده فتبطل لأن مطلق العود ينصرف لهذا عرفا كما هو ظاهر واستعماله في غيره مرجوح بخلاف الطبل فإنه يقع على الجميع وقوعا واحدا، نعم يحتمل في موص لا يعرف عود اللهو بوجه صحة الوصية ويرجع في تفسيره لوارثه (أو) بإعطاء عود قال في وصفه (من عيداني وخلت) التركية (عنه) أي: عود اللهو بأن لم يكن فيها إلا أعواد بناء أو قسي (فأحدها) يعطاه وإن لم ينصرف اللفظ إليها عند الإطلاق، ولو كان فيها عود لهو يصلح لمباح مع بقاء اسمه وعود غيره تخير الوارث أيضا ويعطاه دون نحو وتر ومضراب لأنه يسمى عودا بدونهما والوصية بإعطاء (قوس) سواء قال من قسي أم لا، يصرف لفظ القوس فيها (لغير) قوس (بندق و) غير قوس (ندف) فيحمل على العربية وهي التي يرمى بها النبل وهي السهام الصغار العربية، وعلى الفارسية وهي التي يرمى بها النشاب، وعلى قوس الحسان بمهملتين أو لاهما مضمومة فموحدة وهي التي لها سهام صغار يرمى لها بمجرى فيها لاشتهار القوس في هذه الثلاثة فيعطى أحدها ولا يتعين الثاني خلافا للحاوي دون قوس بندق أو ندف إلا إن قال ما يسمى قوسا فيعطى أحد الخمسة فإن لم يكن في التركية اشتري له ما لم يقل من قسي فتبطل كما لو قال من طبولي أو عيداني، وقد أفاد هذه الثلاثة قوله (وفي) قوله أعطوه طبلا أو عودا أو قوسا (مما معي) أي: من طبولي أو عيداني أو قسي

للمباح مع تغيير اسمه تعين الأول لأن الثاني كالمعدوم، أو مع بقاءه فهل يتخير أو يتعين الأول؟ كل محتمل، والذي يتجه الثاني لأنه الأصل، والثاني إنما يحمل عليه للضرورة ولا ضرورة هنا مع وجود المباح الذي لا تغير فيه أصلا لما يأتي أن الطبل يقع وقوعا واحدا إلخ.

وحاصل ما ذكره في العود أنه لو قال أعطوه عودا ولا عود له مباح اشتري له مباح لبناء، أو قسي كما هو قياس الطبل، لكن سيأتي الفرق بينهما بأن العود ينصرف عرفا إلى اللهو بخلاف الطبل، ثم رأيت الشيخين قالا: مقتضى تنزيل مطلق العود على عود اللهو بطلان الوصية، أو أن يشتري له عود لهو يصلح لمباح. وأطلق المتولي أنه يشتري ما لو كان موجودا في ماله أمن تنفيذ الوصية بالعود به انتهى.

وأنت خبير بأنهما لم يرجحا شيئا، ويوجه ما رجحه بأن يفرق بين هذا وما لو وجد عود اللهو بماله بأن وجوده به مع تبادل العرف إليه أوجب الانصراف إليه، فبطلت الوصية تغليباً لقريئة وجوده مع التبادر، بخلاف ما إذا لم يوجد بماله فإن كون الوصية الغرض منها تدارك ما سلف في الحياة يرجح

وليست عنده يوم الموت (لا يشتري) له شيء منها لبطلان الوصية (و) في قوله أعطوه قوسا من قسي أو من تركتي أو مما معي (دخل) في إطلاقه (بندق ثم ندف انفرادا) عن الثلاثة الأول بأن لم يكن عنده أحدهما وعنده قوس بندق وندف فيحمل على الأول لأن الإطلاق إليه أسبق فإن لم يوجد إلا الثاني تعين ومحلّه إن لم يقيد بنحو بندق أو رمي طير وإلا أتبع (وتناول دابة) في قول الموصي أعطوه دابة أو أوصيت له بدابة (فرسا وبغلا وحمارا) أهليا حتى الذكر والمعيب والصغير في جميع البلاد لا غيرها كما بأصله فهو أحسن لاشتهارها في ذلك عرفا وإن كانت لغة لكل ما يدب على الأرض هذا إن أطلق فإن قيد بما يختص بأحدها تعين فنحو لظهرها ودرها يخص الفرس، وظهرها ونسلها يخرج البغل وليحمل عليها فرسا لم يعتد الحمل عليها، ويدخل إبلا وبقرا اعتيد الحمل عليها وقياسه أنه لو قال ليقابل عليها دخل فيل إن اعتيد القتال على الفيلة.

إرادة المباح فصحت واشترى له.

والحاصل أنه إن وجد بماله كانت القرينة المبطلّة أقوى من المصححة وإن لم يوجد كان بالعكس فتدبره ليتضح لك الرد على من حمّله على عود اللّهُو حتى تبطل الوصية، وجزم به الإسعاد جزم المذهب ولم يبال بكونه أحد وجهين أطلقهما ولا يكون جمع رجحوا خلافه ولا يكون المعنى يصرح بما رجحوه دون ما رجحه، ثم رأيت شيخنا كالمنصف وغيره واعتمدوا الأول أيضا. وأجاب شيخنا بأنه إذا لم يضيف العود إلى عيدانه كان أقرب إلى الصحة، وهو مؤد لما ذكرته فإن قال من عيداني وله عود لهو لا يصلح لمباح أو يصلح لكن مع تغيير اسمه، وعود نحو بناء حملت على الأول وبطلت أو يصلح لا مع تغيير اسمه تعين دفعه للموصى له كما نص عليه وجزم به جمع وصححه آخرون.

وقال الشيخان: بل يتخير بين المباح والصالح له من غير تغيير، واعترض بقول الروياني إنه غلط ظاهر وبأنه كيف ينصرف إليه الإطلاق إذا لم يصلح دون ما إذا صلح؟ ويجاب عن الأول بأنه لا نظر لذلك التغليظ مع اعتمادهما له وبأن العرف عند إطلاق العود إنما يتبادر إلى عود اللّهُو الغير الصالح لمباح مع تغيير اسمه، وحينئذ آتجه الانصراف إليه عند الإطلاق فبطلت، بخلاف ما يصلح للمباح إلا مع تغيير اسمه فإن العرف لا يتبادر إليه وحده بل يتناوله والمباح تناولا واحداً فخير بينهما، ثم رأيت شيخنا في شرح البهجة أجاب بذلك فقال: وقد يوجه قول المخير بأنه إذا لم يصلح لمباح أو صلح له لكن مع تغيير اسمه يقضي العرف بإرادته فإذا صلح له يصير له أسوة بغيره فيحكم بالتخيير.

وبما تقرّر علم الفرق بين الطبل والعود وحاصله: أن العود اقتضى العرف العام انصراف مطلق لفظه إلى عود اللّهُو وما يصلح له لا مع تغيير مع قطع النظر عن كونه مشتركا وغيره لأن ما أنيط بالعرف إنما يرجح في بعض أفرادها من حيث العرف وإن فرض أنه في أصله مشترك.

ويؤخذ من قولهم اعتيد الحمل عليها وجعله مقتضيا لدخولها حله كالركوب وهو متجه ولا يلزم من قول البقرة لم أخلق لهذا كما في حديث البخاري حرمة لأن ملحظها الضرر والفرض انتفاؤه ومعنى عدم خلقها له أنه ليس هو المقصود بالذات من منافعها، ومن ثم اختلفت العادات فيه ولو قال من دوابي وله أحد الثلاثة الأول تعين أو أكثر تخير الوارث أو غيرها ولو حمار وحش أعطيه كما بينته في الأصل، وكذا لو قال شاة من شياهي وليس له إلا طباء لأنها تسمى شياه البير فإن لم تكن له شياه عند الموت بطلت إلا إن قال من مالي فيشتري له ولو معيبة فإن قال اشتروا له شاة مثلا لم يشتري له معيبة كما لو قال لو كيله اشتر لي شاة وتناول عند الإطلاق (ثور وجمل وحمار) وبغل (وكلب ذكرا) لا أنثى لأنهم ميزوا بين مذكر كل ومؤنثه بالهاء ومثله عكسه، والبقرة وإن وقعت على الذكر والأنثى لغة إتفاقا إلا أنها اشتهرت عرفا في الأنثى وإن أوقعها عليه الأصحاب في الزكاة، ولو قال جمل من جمالي وليس له إلا نياق بطلت ويقاس به الباقي، نعم تدخل الجواميس إذا لم يكن له غيرها وكذا بقر الوحش قياسا على ما مر (و) تناول (شاة وبعير) من جنسهما (غير عناق وفصيل) من ضأن ومعز ومعيب ومريض وذكر وصغير جثة في الشاة وهاؤها للوحدة، بخلاف العناق لأن الاسم لا يصدق بها لصغر سنها إذ هي أنثى ولد المعز ما لم يبلغ سنة ومثلها الجدي ولو عبر بالسخلة لكان أولى وأعم إذ هي ولد الضأن والمعز ذكرا كان أو أنثى ما لم يبلغ سنة، ومن جمل وناقة بختي ومعيب وضدهما في البعير سمع حلب بعيه، بخلاف الفصيل إذ هو ولد الناقة إذا فصل عنها، وكذا البقرة لا تتناول العجلة لصغر سن الثلاثة ولو وصف الشاة والبعير بما يعين نوعا كالكبيرة أو الأنثى اعتبر (و) تناول (رقيق

والحاصل أن العرف لما تبادر إليه وحده صيره كالحقيقة العرفية وهي مقدمة على غيرها كالمجاز، والطبل اقتضى العرف أنه يطلق على كل مفرداته إطلاقا واحدا من غير تخصيص بمباح أو لهو فهو حينئذ كالموضوع للمقدر المشترك، فلهذا اتضح ما تقرر من صرف مطلق الوصية به إلى المباح واللغو الذي يصلح من غير تغيير اسمه وصرف مطلق الوصية بالعود إلى عود اللغو والصالح له من غير تغيير اسمه.

(فائدة) حيث أطلقوا التخيير هنا وفي بقية المواضع السابقة والآتية فالمراد كما يدل عليه كلامهم ومدركهم أنه يتخير الوصي إن وجد، وإلا فالوارث إن تأهل وإلا فوليه، والوارث العام إن استغرق أو لا كالحاص فيتخير أيضا.

(فرع) تصح الوصية بالحمل وحده وبالحامل دونه وبه لواحد وبها لآخر فإن أطلق الوصية بها

(الكل) من ذكر ومعيب وصغير وكافر وضدهم وإن حدث بعد الوصية لصدقه بكل ذلك، بخلاف العبد لا يشمل الأمة وعكسه فإن قال ليقاتل أو يخدمه في السفر تعين الذكر.

ويتجه أن يضم إليه في الأولى كونه سليماً من نحو عمى وزمانة وإن لم يكن مكلفاً خلافاً للأذرعى، وفي الثانية كونه سليماً مما يمتنع معه الخدمة (و) تناول (فقيراً مسكيناً) من المسلمين الأحرار دون غيرهم (وعكسه) لأن كلا يقع على الآخر عند الانفراد لا الاجتماع عرفاً، ومن ثم لو جمع بينهما كان الموصى به (لهما) و (يُنصّفُ) أي: يجعل نصفين بينهما لكل منهما نصفه، بخلاف ما لو أوصى لبني زيد وبني عمرو فإنه يقسم على عددهم ولا ينصف كما إذا أوصى (لحملها) أي: فلانة (وأنت بحيين) فإنه ينصف

تبعها حملها كذا نقله ثم تعقبه بأنه لا يمنع البيع، ثم فرق بينهما وبين البيع بما أطال الإسنوي في رده. قال شيخنا: ويؤيد دخوله هنا دخوله في العتق انتهى.

ولك أن توجه ما قاله بأن الوصية عقد ضعيف لتراخي قبولها عن إيجابها فتضعف عن الاستتباع بخلاف البيع والعتق.

فإن قلت: بل أكثر لصحتها بنحو النجس والمعدوم فكانت أولى منهما بالاستتباع.

قلت: ممنوع لأن الكلام في مقامين مقام ينص فيه الموصى على شيء حينئذ هي أوسع منهما ومقام لا ينص وإنما يأتي بلفظ يصح للاستتباع في بعض العقود. وهذا هو الذي كلامنا فيه ولا شك أنه يقدر على استتباع ما لم يذكر إلا عقد قوي كالبيع والعتق دون نحو الوصية فتأمل.

(تنبيه) إذا قلنا هنا يتبعها حملها فالمراد به الحمل الموجود عند الوصية. وبهذا يتضح لك ما ذكرته أن الوصية عقد ضعيف فلا يقدر على الاستتباع، وبيانه أن الحمل لم يوجد إلا مقارناً لأحد جزئي العقد وأما الجزء الآخر الذي هو القبول فلا يشترط مقارنته له، ومن الواضح أن أحد جزئي العقد أضعف من جزئيه وحينئذ فلا يقاس بها أحدهما ولا يقال كما استتبعه الجزآن يستتبعه أحدهما فتأمل فإنه مهم.

(تنبيه آخر) يؤخذ مما تقرر هنا أن كل ما لم يذكر اسمه وإنما دخل تبعاً لما ذكر العبرة فيه بحالة الوصية لأن اللفظ المذكور فيها هو المستتبع، ولا يقدر على الاستتباع إلا بالنسبة لما هو موجود عند التلفظ به، بخلاف ما حدث وجوده بعد انقضاء لفظ الوصية فإنه لا يصلح لاستتباعه.

(فرع) قال المتولي: أوصى بإبل أعطى ذكراً وأنثى انتهى.

قال الدميري: إن أراد أن يعطي فصيلاً أو ابن مخاض لم يلزمه قبوله لأنه لا يسمى إبلاً انتهى. وظاهره أنه يلزمه قبول بنت مخاض وفيه نظر، كيف وهما متحدان من حيث السن مع ما تقرر أن الإبل يشمل الذكر والأنثى؟ فالقياس إجزاؤه.

بينهما، ولا يفضل الذكر على الأنثى (وإلا) تأت بحيين بأن أمت بحبي فقط أو معه ميت (فللحي) الوصية كلها لأن الميت كالمعدوم وإن أمت بأكثر من اثنين جعل بينهم سواء (و) إن قال (إن كان حملك) أو ما في بطنك أو حمل أومافي بطن فلانة (ابنا) فله ألف مثلا فإنما يستحق ذكر ولدته حيا (لاتحاده) أي: عند انفراده عن أحد معه في البطن وإلا بطلت (أو) قال إن كان حملك (ذكرا أو) قال إن كان حملك (غلاما) فله ألف مثلا فإنما يستحق ذكر ولدته حيا (لاتحاد الجنس) أي: عند اتحاد جنس الذكر بأن لم يوجد معه في البطن أنثى أو خنثى وإلا بطلت وعند تعدده يقسم بينهم سواء.

وفارق ابن ذكرا بأن كلا من الذكر والأنثى والغلام والغلام اسم جنس فيقع على الواحد والعدد بخلاف الابن والبنت، وهذا وإن لم يتضح لغة إلا أنه المتبادر عرفا فما في الحاوي من بطلانها إذا أمت بغلامين ضعيف أو قال إن كان (في بطنك) ذكر أو غلام فله كذا (فلاين) لم يتعدد وإن كان معه الأنثى تكون الوصية (فإن تعدد) الابن بأن أمت بذكرين أو أكثر ولو مع ابنتين (تخير الوارث) في صرف الموصى به لمن شاء من الذكرين أو الذكور وفي إن ولدت ذكرا له مائة أو أنثى لها مائتان فولدت خنثى يعطى مائة كما قاله الشيخان، وإذا أوصى ذو أرقاء بأحدهم بأن قال أوصيت له (بأحد أرقائي) أو عبدي (وتلفوا) بموت أو قتل ولو قتل مضمنا أو بإعتاق (بطلت) وصيته إذ لا رقيق له يوم الموت (لا) إن تلفوا (بتعد) أي: بقتل مضمن (بعد موت) للموصي، ولو قبل القبول فلا تبطل بل يتعين حقه في القيمة فيعطيه الوارث بعد القبول قيمة من شاء منهم فإن بقي واحد منهم تخير بين دفعه ودفع قيمة مقتول (وتعين) فيما إذا تلفوا ولو بقتل مضمن قبل الموت إلا واحدا (باق قبله) أي: الموت لصدق الاسم به فليس لوارث إمساكه ودفع قيمة مقتول، والصورة بأن يوصي بأحد عبده الموجودين فإن لم يقل الموجودين أعطى واحدا وإن حدث بعد (و) تعين للوصية (من عين وارث) فيما إذا تلفوا ولو بدون

وفي شرح المنهاج في الحمل وتناوله ماعدا الفصيل كلام يتعين استحضاره هنا.

فإن قلت: الإيل اسم جنس يشمل الجمع والمفرد يقتضي وجوب ثلاثة وكلام المتولي صريح في

أنه لا يعطى إلا واحدا فما المعتمد؟

قلت: الذي يتجه أنه لا يجب إلا واحدا لأنه اسم غير جمعي فليس متأصلا في الدلالة على

الجمع، بخلاف الشاء فإن الظاهر أنه يجب به ثلاثة لأنه لما فصل فيه بالتاء كان يسمى اسم جنس جمعي فكان الجمع متأصلا فيه.

تعد (بعده) أي: الموت ولو قبل القبول، ويلزم الموصى له تجهيز الميت إن قبل وله قيمة المقتول لأنه بالقبول يملك من حين الموت كما مر، وإذا أتى في وصيته بقوله لوصيه (اعتق) بثلثي (رقابا) أو اشتر بثلثي رقابا وأعتقهم (ثلاثة) يلزمه عتقهم لأنهم أقل مسمى الجمع فإن وفي الثلث بأزيد زاد والاستكثار مع الاسترخاء أولى من الاستقلال مع الاستغلاء فإن صرف ثلثا اتسع لرقبتين غرما ثلاثة بأقل ما يجد به رقبة (ونقص) بالبناء للمفعول عن الثلاثة (لعجز) أي: لوصي نقص عنهم لأجل عجز الثلث عنهم أو عنده (ولا يبعض) أي: ليس له شراء شقص وإن كان باقيه حرا بل يصرفه في أنفـس رقبة أو رقتين وما فضل للوارث لبطلان الوصية فيه كما لو لم يف الثلث إلا ببعض رقبة، وهذا (بخلاف) ما إذا قال (أعتق) بثلثي أو اصرفه للعتق فيشتري الشقص وإن قدر على التكميل كما اقتضاه كلام الشيخين واعتمده السبكي، وقال جمع يجب التكميل وهو قوي مدركا (والجيران) فيما إذا أوصى لجيرانه أو جيران داره أو زيد كما هو ظاهر (أربعون دارا من كل جهة) من جهات داره الأربعة لخبر بذلك فيصرف ذلك ولو لغنى وكافر على عدد الدور وهو مائة وستون وفيه إشكال أجبت عنه في الأصل لا عدد السكان، نعم الأوجه أن حصة كل دار تقسم على عدد سكانها ويعتبر الساكن أي: بحق فيما يظهر لا المالك، ولو كان للموصي داران صرف إلى جيران أكثرهما سكنى فإن استويا فإلى جيرانهما خلافا لمابحثه الأذري والزرکشي.

والمراد بجيرانهما مائة وستون مجموع الأربعين من كل جانب لكل واحدة منهما فيما يظهر والأوجه أن المسجد كغيره (والقراء) فيما إذا أوصى لهم يعتبر منهم (حفاظ القرآن) كله لا حفاظ بعضه، ومن يقرأ في المصحف ولا يدخل من نسيه سواء عبر بالقراء أم بحفاظ القرآن على الأوجه فإن عبر بالمقرئين اشترط أن ينضم لحفظه أهليته لإقراء غيره على ما قاله صاحب التعجيز، وكان مراده أنه لا بد أن يدرك من علم القراءات ما يتأهل به لإقراء غيره (والعلماء) إذا أوصى إليهم أو إلى أهل العلم يعتبر منهم أهل علوم الشرع وهم (محدث) وهو من علم طرق الحديث ومنتنه وأسماء رجاله (ومفسر) وهو من عرف

فإن قلت: في الحديث في الإبل السائمة وهذا ظاهر في أنه جمعي.

قلت: ممنوع لأننا لا نمنع إطلاق الجمع على الإبل وإنما الذي ندعيه فيه أنه غير متأصل في

الجمعية بخلاف الشاء (قوله في الوصية للعلماء: ولا يجب واحد من كل صنف) أشار به إلى أن

معاني الكتاب العزيز وما أريد به (وفقهه) وهو العالم بالأحكام الشرعية نصا واستنباطا وفيه بسط مهم في الأصل .

والأوجه حمله هنا على من عرف من الفقه ما يهتدي به لباقيه نظرا للعرف، ومامر إنما هو بالنظر إلى الفقيه المبحوث عنه في فن أصول الفقه لا مقري وأديب وهو المشتغل بعلم الأدب كنحو وصرف وعروض وهو من يعرف أوزان الشعر وطبيب ومتكلم وعارف بأصول الفقه وغيرهم لاشتهار العرف في الثلاثة الأول دون غيرهم فالنظر لمن يسمى عالما عرفا وهم هؤلاء لا غير لا لشرف العلم فحسب فاندفع ما للسبكي وابن الرفعة والمراد بمحدث وما بعده الجنس فيكفي ثلاثة فقهاء ولا يجب واحد من كل صنف، نعم إن قال لعلماء بلد كذا وهم محصورون وجب التعميم والتسوية بل والقبول كما مر فإن لم يكن بها عالم بطلت الوصية (وسبيل الله) فيما إذا قال أوصيت لسبيل الله أو ثلثي لسبيل الله وأطلق (غزاة الزكاة) وهم من لاحق لهم في الديوان (والرقاب) إذا أوصى إليهم من (كوتب) كتابة صحيحة كما هو ظاهر فيصرف ولو لواحد منهم لم يوجد غيره، والغارم وابن السبيل من يأتي في قسم الصدقات أخذا في ذلك كله بعرف الشرع ثم، وأعقل الناس وأكيسهم وأزهدهم في الدنيا، وأجهلهم عبدة الأوثان فإن قال من المسلمين فهم من يسب الصحابة والمعصية هنا لازمة لا مقصودة فمن ثم صحت الوصية، وأبخلهم مانع الزكاة، وأحمقهم من يثلث، وأعلمهم الفقهاء لتعلق الفقه بأكثر العلوم (و) إذا أوصى (لزيد ولله) صرف له النصف والنصف الآخر يصرف لسائر وجوه القرب على المعتمد في الروضة وإن نازع فيه الإسنوي واغتربه المصنف هنا (أو) أوصى (لزيد الكاتب) أو العالم مثلا (والفقراء ناصفوه) أي : أخذوا النصف وأعطوه النصف لأن قضية وصفه بصفة مغايرة لصفتهم وهذا (كـ) الوصية ليد (ومحصورين) في كونه يعطى النصف وهم النصف ويجب استيعابهم وقبولهم، ويظهر أن المراد هنا غير ما في الزكاة والأواني والنكاح وهو من يمكن استيعابهم من غير كبير مشقة (أو) أوصى (له) أي : لزيد ولجمع غير محصورين كأن أوصى له (وللفقراء) أو المساكين ولم يصفه بغير صفتهم

العلماء جمع فهل هذا الجمع يكفي من أحد الأصناف الثلاثة أو لابد فيه أن يكون من مجموع الأصناف الثلاثة فأشار بلا يجب إلى رد هذا الثاني لأنه لا دليل عليه إذ ثلاثة فقهاء مثلا إذا صرف عليهم يصدق عليهم أن الوصية صرفت للعلماء.

(تعين) زيد (لمتمول) أي: أقله فيكون كأحد الفقراء، لكن لا يجوز حرمانه ولو غنيا للنص عليه ففائدته منع الإخلال به وعدم اعتبار فقره إن أطلق (أو) أوصى (له) أي: لزيد (وجدار) أو نحو ربح مما لا يملك صحت الوصية له في نصف الموصى به (وبطل نصف) باق أي: الوصية فيه كما لو أوصى لابن زيد وابن عمرو وليس لعمرو ابن (أو) أوصى لزيد (وجدر) أو رباح (فله متمول) أي: أقله وبطلت أي: الوصية في الباقي وفي عطف جدار وجدر نوع ضعف (وأقارب زيد ورحمه) إذا أوصى إنسان لهم يعتبر منهم لضبطهم (أقرب ولد قبيل) أي: جد نسب إليه زيد أو أمه ويعد قبيلة فيرتقي في بني الأعمام ونحوهم إليه، ولا يعتبر من في درجته ولا من فوقه فالوصية لأقارب حسني لأولاد الحسن لا الحسين ومن فوقه ولأقارب الشافعي الآن أو في زمنه لجميع أولاد شافع ولأقارب من هو من ذرية الشافعي لأولاد الشافعي فقط سواء في ذلك القريب من جهة (أب أو أم) وإن كان الموصي عربيا خلافا للحاوي والمنهاج وأصله لشمول الاسم ولأن العرب تعدها قرابة وتفتخر بها لقوله ﷺ: «سعد خالي فليرني امرؤ خاله» ويدخل في الولد المذكور القريب بسائر أفراعه (لا أبواه) أي: أب زيد أو أمه (وولد صلبه) فلا يدخلون لأنهم لا يعرفون بذلك عرفا إذ قريب الإنسان ورحمه من ينتمي إليه بواسطة ويدخل الأجداد والأحفاد (وكذا) أي: كأقارب زيد فيما ذكر فيهم من التفصيل (أقارب) الموصي (نفسه) إذا أوصى لأقارب نفسه أو قريبه أو رحمه فيدخل جميع من مر بأي وصف كانوا (حتى وارثه) على المرجح في الشرح الصغير والمهمات لوقوع الاسم عليه ثم يبطل في نصيبه لتعذر إجازته لنفسه ويصح الباقي لغيره.

والمعتمد ما في الحاوي والمنهاج وأصله أنه لا يدخل بقريبة الشرع إذ لا يوصي له عادة (وأقرب قريب) فيما إذا أوصى لأقرب أقاربه يشمل الأصول والفروع والحواشي وإن بعدوا وعند اجتماعهم يقدم (فرع) ولو من أولاد البنات الأعلى فالأعلى (ثم أصل) أي: أب وأم فقط لما يذكره في الجدودة (ثم) بعدها (أخوة) بتشديد الواو أي: جهتها من جهة أب وأم أو من أحدهما ثم بنوهما كذلك ذكورهم وإناتهم الأعلى فالأعلى لقوة جهة البنوة على جهة الأبوة (ثم جدوده) من جهة أب أو أم (ثم عمومة وخولة) فهما سواء ثم أولادهم، لكن في الكفاية يقدم العم والعممة على أب الجد، والخال والخالة على جد الأم وجدتها

انتهى . وعليه فابن العم مثله في ذلك كما في الولاء (وقدم الأقرب) درجة في الجهة كيف كان عند اتحادها كابن أخ أم على ابن ابن أخ لأبوين وكابن بنت على ابن ابن الابن إذ لا مرجح عند اتحادهما إلا القرب فإن اختلفت قدم بعيد القريبة على قريب البعيدة كابن ابن الأخ على العم وقدم (ذو الأبوين) من الأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والحالات وأولادهم على ابن أحدهما لزيادة قرابته (و) من الأحكام المعنوية أنه إذا أوصى شخص لإنسان بمنافع شيء ثم مات وقبل الموصى له (ملك كسبا) للموصى به (ومهرا) له عن شبهة أو نكاح على المنقول المعتمد، وبه جزما في المنهاج وأصله لأنه من نماء الرقبة كالكسب خلافا للحاوي وغيره وقول الشيخين إنه الأشبه أي : من جهة المدرك لأنه بدل منفعة البضع وهي لا يوصى بها فلا يستحق بدلها بالوصية بل يكون للوارث (موصى له بمنافعه) يتعلق بموصى أي : بمنافع ذلك الشيء الذي له منافع المدلول عليه بذكرها وإنما يملك كسبا اعتيد (لا ما ندر) كهبة ولقطة وركاز يجده فلا يملكه لأنه لا يقصد بالوصية فهو لورثة الموصي ومؤنته كفطرته على مالك رقبته مطلقا حتى موصى له بها، وما أفاده من أن الوصية بالمنافع تمليك محله إن أطلق الوصية أو أبدها أو قدرها بنحو سنة لا بحياته أو حياة زيد بل هي حينئذ إباحة لا تورث عنه، وكذا لو قال بأن يسكن هذه مثلا وفارق بسكناها بأن التعبير بالفعل مع إسناده للمخاطب يقتضي قصره على مباشرته .

وقضية قولهم للمخاطب أن يسكنها زيدا ليس كذلك، وليس بالواضح لأن التعليل المذكور مع حذف المخاطب منه صادق بالغائب أيضا إذ إسناد الفعل إليه يقتضي قصره على مباشرته أيضا (ويسافر به) أي : بالموصى بمنافعه ولو بغير إذن الورثة، وظاهر كلامهم تمكينه من السفر به وإن علم فراغ المدة المؤقت بها الوصية أثناءه وفيه وقفة وإن أمكن دفع ضرر المالك بتركها عند قاض أو نحوه لندرة دفع الضرر بذلك كما هو جلي حال كونه (أمانة)

(قوله في الوصية بالمنافع وفيه وقفة وإن أمكن إلخ) فإن قلت : قالوا في مدين عليه دين مؤجل يحل في الطريق أنه يجوز له السفر من غير إذنه فعلاً كان هذا كذلك ؟ قلت : يفرق بأن الدين في الذمة فلا يخشى ضياعه بالسفر وإنما السفر يؤخر قبضه أو يمنعه بالكلية ومع ذلك هو باق في الذمة لا يفوت منها بالسفر، بخلاف الموصى بمنافعه فإنه عين يخشى فواته من أصله على مالكة وهو الوارث، وأيضا فالأصل في الدين أن الدائن رضي بدمته فلم يكن له منعه من السفر، بخلاف الوارث فإنه لم يرض بذلك .

(قوله وبه فارق زوج الأمة) وإيضاح هذا الفرق أن المنافع الموصى بها الذي استحقها الموصى له قد تفوت بالسفر إلى غيره بأن يستوفيه الوارث ويتعذر خلاصها منه وبالسفر لا يفوت على الوارث

بيده في السفر وغيره كالمستأجر فإن تعدى فيه ضمنه ومع ذلك لا يمنع من استيفاء منافعه كما أفهمه كلامه أيضا بجعل أمانة حالاً لازمة لكن عبارة أصله أوضح وجاز له السفر به لئلا يختل عليه ما ملكه أو استحقه من الانتفاع دون الورثة وبه فارق زوج الأمة، نعم محل جوازه إن غلب فيه الأمن ولم يؤد لخلوة محرمة بأمة أو أمرد (ويؤجره) ويعيره لأن المنافع ملكه (لافي) وصية (مؤقتة بموته) أو بأن يسكن مثلاً لما مر أنهما بإباحة هذا ما ذكره الشيخان هنا لكنهما ناقضاه في الإجارة وقد بسطت الكلام فيه في الأصل (ويبيعه الوارث منه) أي: من الموصى له بمنافعه أي: يصح بيعه له مطلقاً (وكذا) يصح بيعه أيضاً من غيره لكن (إن وقتت) الوصية (وعلم) الوقت كما قيد به ابن الرفعة وغيره كبيع المؤجر، بخلاف ما إذا جهل كمدة حياة الموصى له لجهالة المستثنى من المنافع أو أبد لانتفاء فائدة تقصد بالبيع غالباً، نعم إن اجتمعا على البيع من ثالث فالقياس الصحة.

ويؤخذ من التعليل المذكور أن المؤقتة بما لا تبقى إليه العين غالباً كالمؤبدة وليس ببعيد (أو) إن كان ما تعلق الوصية به شاة مثلاً وقد (وصى بنتاج أو) نحو (صوف) فيصح بيع الوارث هنا ولو من الغير أيضاً لبقاء بعض المنافع، نعم إن كانت حاملاً لم يصح بيعها لاستثناء حملها شرعاً كما مر وللموصى له بمنافعه أبداً بيعها من الوارث فقط (ويقتص) أي: للوارث ذلك دون الموصى له من الجاني على الموصى بمنافعه (ويؤخذ ببدله) الواجب ابتداءً أو بالعفو رقيق (مثله) ذكورة وكبراً وضدهما لأن قيمته بدل رقبته ومنافعه فتقام مقامهما فإن لم تف بمثله اشترى شقص والمشتري الوارث.

وخرج ببدله بدل إطراره فإنه للوارث فقط (وإن جنى) على غيره عمداً بقتل أو غيره وعفى على مال (فبيع) في الجناية بأن لم يفده الوارث ولا الموصى له (بطلت) الوصية، نعم إن قل الأرش اقتصر على بيع قدره إلا إذا تعذر فيباع الكل ويشتري بالزائد مثله أو شقص وقول السرخسي يقسم بينهما بنسبة حقيهما ينبغي حمله على ما إذا تعذر شراء الشقص (لا إن فدي) منهما أو من أحدهما أو غيرهما فلا يباع بل يبقى على ما كان، ويجب إجابة طالب الفداء ولو فدى أحدهما نصيبه فقط بيع في الجناية نصيب الآخر، وفيه إشكال بسطت جوابه وما يتعلق به في الأصل (وولدها) أي: الموصى بمنفعتها من أمة ولو

شيء فلم يعارض استيفاءه لحقه في السفر حق آخر للمالك فاقتضت هذه الضرورة جواز السفر به، بخلاف الأمة المزوجة فإن ما يستحقه الزوج من منافعها إنما هو التمتع لا غير وهذا ولا يخشى فواته

من زنا أو بهيمة إن قارن الوصية أو حدث بعد موت الموصي (كهي) فربته للوارث ومنفعته للموصى له لأنه جزء منها وإنما يملكه الموقوف عليه لأن حقه أقوى لانتفاء ملك الواقف بخلاف الموصي أو ورثته (وتحسب من الثلث قيمة العين) الموصى بمنافعها أبداً أو بحياة أحد لتفويته اليد كالبيع بمؤجل السابق ولتعذر تقويم المنفعة للجهل بها فتعين تقويم الرقبة بمنافعها فإذا ساوت بمنافعها مائة وبدونها تسعين اعتبرت المائة من الثلث (و) يحسب من الثلث (نقصها إن وقتت) الوصية بمعلوم فتقوم بمنفعتها ثم مسلوبتها مدة الوصية فإذا ساوت الأولى مائة والثانية تسعين لم يحسب سوى العشرة.

ويفرق بينه وبين ما مرفى البيع بمؤجل بأن يد المشتري ثم حائلة بين الورثة وبينه وبين الرقبة ومنافعه فحسب كله بخلاف هنا، ولو أوصى برقبة شيء دون منافعه لم يحسب من الثلث لأن الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة ويحرم على مالك الرقبة وطء من قد تحبل والولد حر نسب فتصير مستولدة ولا حد وعليه قيمته يشتري بها مثله مع مهر الموصى له، ويزوج العبد الموصى له بمنافعه أي: أبداً أو مطلقاً وإلا احتاج لإذن الوارث كما هو ظاهر والأمة مطلقاً الوارث برضاه وله إعتاقه لا عن كفارة فتبقى الوصية بحالها ولا يكاتبه لعجزه عن الكسب (و) يعتبر من الثلث أيضا (حج) أو عمرة فلو عبر بنسك لكان أولى أوصى به تطوعاً كسائر التبرعات ويحج عنه (من ميقات) لبلده إن قيد به أو أطلق (لا إن عين) محلاً أبعد منه فيعتبر الحج مما عينه من الثلث فإن عجز عنه فمن حيث أمكن أو عن أجره الحج بطلت الوصية، ولو جعله لحجة وهو أكثر من الأجرة وجب كون الأجير أجنبياً للمحابة بالزائد (و) يحسب (من الأصل) أي: أصل التركة (فرضه) أي: الحج ولو نذراً إن وقع في الصحة وإلا فمن الثلث (وسائر الواجبات) كزكاة وكفارة ونذر الصحة إن لم يقيد بالثلث (فإن) قيدها به بأن (قال) أدوها (من الثلث زاحمت الوصايا) كما لو أوصى بقضاء دينه من ثلثه لأن الموصي علقه بمحلها وكأنه قصد الفرق بالورثة فيزاحم الواجب بقية الوصايا بالمضاربة فإن لم يف الحاصل منها به تم من رأس المال وفيه دور بينته مع طريق استخراجها في الأصل (ويؤدى عنه) أي: عن الميت وإن لم يوص (حج لازم) أصالة أو بنحو إفساد أي: يؤديه حتى الأجنبي بلا إذن الوارث كقضاء دينه.

أما حج التطوع فليس لأحد أدائه عنه إلا إن أوصى به (و) يؤدي عنه (كفارة مالية)

إلى الغير بسفره فلم يكن ضرورة بل ولا حاجة إلى السفر بها، وأيضا فالسيد مع استحقاق الزوج

مرتبة ومخيرة بإعتاق أو غيره أي: يؤديها الوارث ولو من ماله لأنه نائبه شرعا (لا أجنبي) فلا يؤدي عنه (عتق تخيير) لما يأتي بخلاف غير العتق مطلقا والعتق في المرتبة فله أدائه على ما في أصل الروضة في الإيمان واعتمده الإسنوي، لكن المعتمد كما بينته ثم ما في المنهاج والحاوي كالمحرر من امتناع العتق من الأجنبي مطلقا، وكلام أصل الروضة مبني على تعليل المنع في المخيرة بسهولة التكفير بغير إعتاق والمعتمد في التعليل إنما هو اجتماع بعد العبادة عن النيابة وبعد الولاء للميت. وخرج بالمالية البدنية فلا تؤدي عنه إلا الصوم كما مر في بابه ولا يتبرع أحد عنه بعتق (ونفع ميتا دعاء وصدقة) ومنها الوقف وبناء المسجد وحفر بئر عنه من وارث وأجنبي للإجماع، والأخبار الصحيحة في بعضها كالسابق أول الوقف، ومر أن المراد بالولد الصالح فيه المسلم لأن الإسلام يستلزم قبول أصل الدعاء والصالح إنما هو شرط لكماله، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى﴾ عام مخصوص بذلك وقيل منسوخ، وينتفع المتصدق أيضا من حيث بره للميت ولا ينقص من أجره شيء ومن ثم سن له أن ينوي بصدقته كونها عن أبويه بل وكل المسلمين، وبينت ثم معنى نفع الدعاء والصدقة للميت وهو مهم، والخلاف في وصول ثواب القراءة له وإن عدم وصوله له الذي هو مشهور المذهب محله إن قرأ لا بحضرة الميت ولم ينو القارئ ثواب قراءته له أو نواه ولم يدع وقال بعض أصحابنا يصل ثوابها للميت مطلقا واعتمده السبكي وغيره وبين أن الذي دل عليه الخبر بالاستنباط أن بعض القرآن إذا قصد به نفع الميت نفعه على أن جماعات من العلماء ذهبوا إلى أنه يصل إليه ثواب جميع العبادات من صلاة وصوم وقراءة وغيرها (لا صوم تطوع و) لا (صلاة) فرض أو نفل لأنهما من العبادات البدنية، ونفعها قاصر على فاعلها، نعم ركعتا الطواف تنفعه تبعاً له.

وخرج بصوم التطوع فرضه للنص (وتعين لها) أي: للوصية (باقي) معين (موصى بثلثه) كعبد (استحق) أو تلف (ثلثاه) فالموصى به هو الثلث الباقي لا ثلثه فقط فإن خرج كله من الثلث أخذه كله تحصيلاً لغرض الموصي وهو إرفاق الموصى له بثلث العين حيث أمكن تحصيله وإلا أخذ منه ما يخرج من الثلث (و) مما يتعلق بالحساب ما إذا أوصى (بحظ) من ماله (ونصيب وجزء) وقسط وكثير ونحوها ففي كل من هذه الموصى به متمول (و) كذا لو قال أوصيت بنصف أو (ثلث) من مالي مثلا (إلا شيئا) أو إلا قليلا فإن الموصى به هنا أيضا

للمتعمد الغير المتقوم يملك منافعتها المقومة بمال وهي تفوت بالسفر فقدم حق السيد لأنه الأقوى فقوله

(متمول) لأن الشيء والمستثنى يصح حمله على كثير لا يبقى معه إلا أقل متمول فللموارث هنا وفيما مر تفسيره به كالإقرار لا بغير متمول اتباعا للعرف (و) منها ما إذا قال أوصيت لزيد مثلا (بنصيب ابني) وله ابن وارث فتصح الوصية حملا على أنه أراد بمثله.

وقضيته أنه لو علم أنه لم يرد ذلك ولا عدمه بأن أطلق لا يكون الحكم كذلك وليس مرادا فيما يظهر وحينئذ فالأولى في التعليل أن يقال لأن تقدير المثل في ذلك معهود فحمل لفظه عليه وحينئذ (فرض) زيد (ابنا زائدا) فإن كان له ابن فقط فالوصية بالنصف لاقتضاءها أن لكل منهما نصيبا وأن النصيبين مثلان فإن أجاز الابن أعطي النصف وإلا فالثلث أو بمثل ما كان نصيبا لابني كانت وصية بجميع المال (و) إن أوصى (بضعفه) أي: بضعف نصيب ابنه وله ابن وارث فرض الموصى له ابنين زائدين لأن الضعف عبارة عن قدر الشيء ومثله (وضعفيه) أي: وإن أوصى بضعفي نصيب ابن فرض الموصى له (ثلاثة) لأن ضعفي الشيء قدره ومثلاه وذلك ثلاثة أمثاله فإن كان له ابن فالموصى به في مسألة الضعف الثلثان، وفي مسألة الضعفين ثلاثة أرباع، أو ابنان فنصف في الضعف وثلاثة أخماس في الضعفين وفيما بعدهما يزيد واحدا أبدا ففي ثلاثة أضعاف ابن وله ابن الوصية بأربعة أخماس أو ابنان هي بأربعة أسداس.

(تنبيه) هل هذا فيمن عرف مدلول هذه الألفاظ أو يعم من تأهل لمعرفة ما كان مخالطا لأهل تلك اللغة وإن لم يعرفها عملا بالمظنة؟ كل محتمل، وكلامهم إلى الثاني أقرب، وكذا يقال في نظائر ذلك ومنها ما إذا أوصى (بنصيب وارث) مبهم من ورثته وقد اختلفت أنصابتهم فالموصى بنصيبه (أقلهم) لأنه المتيقن فزد على مسألتهم لولا الوصية مثل نصيب أقلهم ثم اقسّم فلو كان له ابن وبنت فالوصية بالربع أو ابن وزوجة فبالثمن، وحذف من أصله مسائل حسابية لأن الحساب فن طويل أفرد بالتصنيف والتدريس وقد استوفيتها موضحة في الأصل (وإن مات مريض أعتق) أرقاء (ثلاثة هم ماله) لا غير (و) هم سواء في القيمة (كل) منهم (بمائة) مثلا (وقد كسب واحد) منهم بعد الإعتاق مائة قبل موت الموصى أو بعده وقبل الإقراع ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث فيقرع بينهم بسهم عتق وسهمي رق ليعرف من عتق من حين الإعتاق وحينئذ فإذا (خرجت القرعة بالعتق له) أي: للكاسب بان أنه الحر (وتبعه كسبه) لوجود الحرية عنده أو خرجت (لغيره) أي: غير

وبه أي وبالاختلال الذي لم يعارضه شيء في الموصى بمنافعه فارق زوج الأمة فإنه لا اختلال عليه،

الكاسب (عتق وأعيدت) بين الكاسب وغيره لاستكمال الثلث لأنه يزيد على مائة بدخول الكاسب أو بعضه في التركة (فإن خرجت) قرعة العتق المعادة (لغير) بالتنوين أي: لغير الكاسب (عتق ثلثه) بضميمة مائة الكاسب وبقي ثلثاه مع الكاسب وكسبه للورثة ولا دور أو خرجت قرعة العتق في المعادة (له) أي: للكاسب جاء الدور لتوقف معرفة ما يعتق من على ما يبقى من كسبه للورثة، وتوقف معرفة هذا على معرفة قدر ما يعتق منه ويستخرج بطريق الجبر والمقابلة المبينة في الأصل.

(و) إذا فهمتها علمت أن الذي عتق من الكاسب ربه (وتبعه ربع كسبه وأن الباقي للورثة منه ومن كسبه مع العبد الآخر مائتان وخمسون ضعف ما عتق لأن ربع كسبه خمسة وعشرون فإذا سقطت بقي منه خمسة وسبعون مضافة إلى ثلثمائة قيمتهم ثلثا ذلك مائتان وخمسون للورثة والباقي مائة وخمسة وعشرون للعتق (و) الرجوع عن التبرع المنجز في المرض ممتنع وعن المعلق بالموت تبرعا كان أو وصية وعن بعضه جائز إجماعا وإن وقع خلاف في كیفيته ولأن القبول متأخر عن الإيجاب وكل عقد كذلك للموجب فيه الرجوع بخلاف غيره فحينئذ الوصية (المعلقة) بالموت ولو عتقا ما عدا التدبير لما يأتي فيه ومثلها تبرع علق بالموت كما تقرر (تبطل بما) أي: بقول أو بفعل (يتضمن الرجوع) عنها كنفقت أو أبطلت أو رجعت أو رددت أو فسخت و (كهو) أي: الموصى به حرام على الموصى له أو هو (لوارث) بعدي أو ميراث عني لأنها لا تكون ميراثاً إلا أنه انقطع تعلق الموصى له عنه.

وبحث فيه الرافعي بما أوجب عنه في الأصل مع رد جواب عنه لبعضهم (لا) قوله هو (تركتي) فليس رجوعاً لأن الوصية من التركة وهذه الأقوال مقصودة للرجوع وبقيت أقوال آخر الرجوع لازمها كما أشار إليه بإعادة الكاف في قوله (وكبيع) وإن فسخ في المجلس (ورهن) وهبة ولو بلا قبض بل ولو فاسدين على الأوجه كالعرض الآتي بل أولى وجعله أجرة أو غيرها من كل تصرف فيه من الموصي بمعاوضة (وعرض عليه) أي على ما ذكره وكذا ما ذكرناه لظهور قصد الصرف عن الموصى له ومثله التللف بالإيجاب بشيء من ذلك لآخر وإن لم يقبل كما تفيدته عبارة أصله فهي أحسن (وإذن) لآخر (فيه) أي: فيما ذكره

وذكرناه (وتدبير) له وكتابة وتعليق عتق بصفة والوصية بالتصرف بشيء مما ذكر في الموصى به والأقوال بحريته وبكونه بعضا له .

(و) من الفعل ما يتضمن الرجوع أيضا نحو (بناء وغرس) صدر أحدهما من الموصى في الأرض الموصى بها لأنه للدوام فيشعر بقصد إبقائها لنفسه فإن كان في بعضها كان رجوعا فيه فقط (لا زرع لأرض) لأنه ليس للدوام فأشبهه لبس الثوب، ومن ثم أتجه أنه لو كان مما يدوم أصوله كان كالغرس وتعمير بستان غير اسمه أو أحدث فيه بابا من عنده رجوع (وكحشو) لنحو فرش لقطن أوصى به لغير الموصى له بالفرش وإلا لم يكن رجوعا كما بحثه الأذرعى، ويجري مثله في نظائره حيث بقيت العينان بحالهما وكغزله ونسج مغزول وطبخ لحم وشيه وجعله الخشب بابا أو نحوه كما بأصله لإشعار كل ذلك أو ظهوره في الصرف عن الوصية (وخلط) العين الموصى بها بحيث لا تتميز بأن خلط الموصى نحو بر معين أوصى به (ببر) آخر ولو أردأ لأنه أخرجه عن إن كان التسليم (و) خلط صبرة (مشاعة) وفي نسخ بالإضافة لهاء الضمير بأن أوصى بصاع منها مشاعا ثم خلطها هو لا غيره (بأجود) منها لأن الزيادة الحادثة لم تتناولها الوصية ويتعذر التسليم بدونها بخلافه بمثلها وهو واضح أو ردأ لأنه تعيب وهو لا يؤثر بخلاف الإفساد كبلها بالماء (و) تبطل الوصية أيضا (بإحبال) منه للأمة الموصى بها أو من أبيه (و) تبطل (في منفعة) أوصى بها مدة (بإجارة مدتها) بأن أجر داره التي أوصى بمنفعتها سنة مثلا مدة ثم مات وقد بقي من المدة سنة فأكثر من وقت الموت لأن المستحق للموصى له منفعة السنة التي تعقب الموت فإذا انصرفت إلى جهة أخرى بطلت الوصية وفي رجوع ضمير مدتها كلام في الأصل (و) تبطل أيضا (بمزيل اسم) للموصى به (كهدم) لنحو دار أزال اسمها فهو رجوع في النقص والعرصة إن كان بفعله (لا) هدم (بغير فعله) بأن كان لا بفعل أحد أو بفعل غيره في حياته فيهما فإنه إنما يكون رجوعا بالنسبة للنقص لا بالنسبة (لعرصة) وأس بقي لبقائهما بحالهما فإن لم يزل اسمها بطلت في نقص المنهدم فقط ولا يؤثر انهدام أو هدم غير بعد الموت لاستقرار الوصية به (وكطحن) لبر أوصى به وبذره (وعجن) لدقيق وخبز عجين (وفت خبز وتفصيل ثوب) قميصا مثلا وقصره وصبغه وذبح شاة وإحضان بيض نحو الدجاج ليتفرخ ودبغ جلد فكل ذلك رجوع إما لزوال الاسم قبل استحقاق الموصى له فكان

كالتالف أو للإشعار بالإعراض عن الوصية فكل منها تعليل مستقل إلا أنه قد يعارضه ما هو أقوى منه كما بينته ثم مع الجواب عن استشكال الرافعي للأول وتبطل بما يتضمن الرجوع مما مر (لا بإنكار) من الموصى لها بعد أن سئل عنها إن كان لغرض أو أطلق بخلاف ما إذا تعمد به بلا غرض، وعلى ذلك يحمل تناقض الشيخين فيه وقوله ليس هذا الموصى به رجوع (و) لا (نقل) للموصى به إلى محل بعيد عن الموصى له ولو بلا عذر (و) لا (تجفيف رطب) بفتح أوله وهو أعم وضمه فهو مثال وحذف في نسخة وتقديد لحم قد يفسد وفارق^(١) الخبز بأن فيه مع صونه عن الفساد تهيئة للأكل بخلافهما (و) لا (تزويج) لقن وختانه وتعليمه واستخدامه وإيجاره وخياطة ثوب قميصا لأنه إما انتفاع وله المنفعة والرقبة قبل موته وإما استصلاح محض (و) لا (وطء) لأمة وإن أنزل خلافا للحاوي لما ذكر ولو قصد الإيلاد لأن الوطء لا يفضي إليه إفضاء العرض على البيع إليه فمن ثم اقترفا (و) لا (بيع موصى بالثلث) ماله أو زلة الملك عنه بغير البيع لأن العبرة بثلثه عند الموت زاد أم نقص أم تبدل (والوصية لعمره) بعين (بعد زيد) أي: بعد الوصية بها له (تشريك) بينهما فلا يكون رجوعا في الجميع لأنه ملك كلا جميعه عند الموت وهو متعذر فتضاربا فيه، ومن ثم لو رده أحدهما كان الجميع للآخر وكرده موته قبل الموصى أو معه كما هو ظاهر بخلافه في أوصيت به لكما بل يكون للآخر النصف فقط ولو أوصى به الثالث اقتسموه أثلاثا وهكذا أو به للأول ثم بنصفه للثاني أخذ ثلثه لأن نسبة النصف إلى مجموع الوصيتين الثلث أو بعبد لزيد ثم بعته قدم لأنه ليس من جنس ما قبله أو يعتقه ثم به لزيد أخذه لذلك (و) الوصية لعمره (بما أوصى به لزيد) كأن قال أوصيت لعمره بما أوصيت به لزيد (رجوع) لظهوره فيه بخلاف مسألة التشريك لاحتمال نسيانه فيها للوصية الأولى فاستصحت بقدر الإمكان.

ومنه يؤخذ أنه لو انتفى هذا الاحتمال لتذكره للأولى عند الوصية الثانية كان رجوعا ولو أوصى له بمائة ثم مائة فمائة إلا إن عينهما أو وصف بوصف مغاير للآخر أي: وبمائة ثم خمسين أو بعكسه فالأخير إن علم وإلا فالأقل لأنه المتيقن.

(١) (قوله وفارق) أي: المذكور من التجفيف والتقديد الخبز أي: خبز العجين حيث جعل رجوعا عن الوصية بالعجين فإن فيه أي: خبز العجين اهـ.

(فصل في الإيصاء)

وهو إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت . وروى ابن عيينة أن الزبير كان وصي سبعين صحابيا رضي الله تعالى عنهم، وكان ينفق على أولادهم من ماله، ويحفظ مالهم ويندب في قضاء الحقوق وتنفيذ الوصايا وأمر الأطفال، بل بحث الأذرع وجوبه لثقة كاف وجيه إذا غلب على ظنه استيلاء من يضيع ماله والأوجه صحته على الحمل الموجود حالة الإيصاء، ويجب أيضا في رد مظالم وحقوق عجز عن ردها حالا ولا شهود بها .

وأركانها أربعة: الأول: الصيغة إيجابيا كأوصيت أو فوضت إليك أو أقمته مقامي أو جعلتك وصيا وقبولاً ويكفي العمل عنه ووليتك بعد موتي كناية ولا أثر لرد ولا قبول قبل الموت (وصح إيصاء وإن علق) الموصي لكن بغير إيصاء الوصي كأوصيت إلى من أوصيت إليه للجهل به (ووقت) كأوصيت إليك إلى كمال ولدي أو قدوم زيد فإذا كمل أو قدم فهو الوصي لأن الوصايا تحتمل الجهالات والأخطار ولو قدم زيد غير أهل اتجه انعزال الوصي وإن الحاكم ينظر إلى أن يتأهل زيد ويصح الإيصاء وإن كتب (أو أشار به) الموصي إشارة مفهومة ولو برأسه إن كان (لعجز) عن النطق لا اعتقال لسانه مثلا لأنه حينئذ كأخرس بخلافه عند القدرة .

الثاني، والثالث: الموصي والموصى فيه، وشرط كونه تصرفا ماليا مباحا فلا يصح الإيصاء إلا (من حر) كله أو بعضه (مكلف) مختار دون غيره، ولا يشترط زيادة على هذه الثلاثة إذا كان الإيصاء (لإيصال وصية) إلى موصى له ولتنفيذها (و) لإيصال (حق) عليه كدين أو عنده كوديعة وعارية ومظلمة وخرج بحق الإيصاء في معصية كعمارة كنيسة تعبد فإنه باطل كما بأصله فإن لم يوص بذلك نصب القاضي من يقوم به فإن كان على أطفال أو مجانين أو سفهاء اشترط مع ذلك كون الموصي وليا عليهم بالشرع لا بالتفويض، ومن ثم لا يصح الإيصاء إلا (من ولي) أب أو جد أبي أب وإن علا لا نحو أم (أو) من (وصيه عنه بإذن) منه له في ذلك هذا إن كان الإيصاء (على نحو طفل) ومجنون وسفيه كما تقرر، وإنما يصح إيصاء الأب إلى غير الجد عليهم حيث كان الجد ميتا أو به مانع من الولاية (لا وجده) أي: نحو الطفل (حي) بصفتها عند الموت وإن لم يكن بصفتها عند الإيصاء لأنه الولي شرعا فليس له نقل الولاية عنه وإن غاب على الأوجه لأن الحاكم نائب

(فصل في مبحث الإيصاء)

(قوله فالجد أولى من الحاكم إلخ) أولى هنا ليس المراد به أفعل التفضيل بل الحق للجد لا

عنه في غيبته فنقل الأب لها عن نائبه نقل لها عنه كما لا يخفى .

وعلم من كلامه أن له الوصية لغير الجد في غير أمر الطفل مطلقا ويقدم على الجد وأنه لو أراد جد أقرب إيصاء لغير جد فوَقَه بصفة الولاية لم يصح وأن الوصي لا يوصي أصلا بلا إذن كالوكيل فإن أذن له عن أحدهما صح وكذا إن أطلق لكن لا يوصي عن نفسه، هذا ما قاله جمع، لكن الذي نقله الشيخان عن البغوي وأقراه أنه لا يوصي أصلا إلا إن أذن له الولي أن يوصي عنه، فمن ثم قال المصنف ووصيه عنه أي: أن يأتي بلفظ يشعر بالإضافة إليه فلو قال له أوص بتركتي إلى من شئت صح فإن حذف بتركتي لم يصح، فاندفع اعتراض الإسعاد بأن كلام المصنف يوهم تقييد الصحة بما لو قال أوص عني وأنه لا يكفي أوص بتركتي، ومن نصب لقضاء دين أو تنفيذ وصية طالب الورثة به أو بتسليم التركة لتباع، ولا يصح بيعه بدون حضورهم أو حضور الحاكم إن غابوا ومتى عين الغريم أو نحو كفن عينا أو ثمنها تعين لأنه قد يكون له غرض ككونه أحل وإذا لم يعين الأب أحدا فالجد أولى من الحاكم بأمر الأطفال والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا وكذا قضاء الديون كما اعتمده الأذرعى وغلط مقابله، وإذا صح الإيصاء (فيلي به) الموصي (المال) فقط حفظا وتصرفا بالمصلحة لا تزويج موليه وقنه وإن نص له الموصي عليه لأنه لا يعتني بدفع العار مع خطر النكاح المحتاج إلى مزيد نظر واحتياط (ومطلقه) أي: الإيصاء كفلان وصى أو أوصيت إليه (لغو) كالوكالة وخرج بمطلقه أوصيت إليك بأمر أطفالى ولم يذكر التصرف فله حفظ المال، وكذا التصرف خلافا للحاوي اعتمادا على العرف فإن اقتصر على قضاء الديون أو تنفيذ الوصايا مثلا لم يتعده .

الرابع: الوصي، وإنما يصح الإيصاء (إلى كاف) أي: ذي كفاية لذلك التصرف الموصى به (أهل شهادة عليه) أي: على نحو الطفل فلا يصح الإيصاء لذي رق وغير مكلف وغير كاف لنحو هرم أو تغفل لنقصه ولا إلى من لا تقبل شهادته لكفر على ما يأتي أو فسق أو عداوة دنيوية لا دينية، والمعتبر هنا العدالة الظاهرة لا الباطنة وتعتبر هذه الشروط في الوصي (لدى) أي: عند (موت موص) وكذا عند القبول على الأوجه أخذنا من توجيههم كونها لا تعتبر وقت الإيصاء بل وقت الموت بان به تدخل ولايته إذ هو وقت تسلطه على القبول ويصح لمستولده ومدبره لحريتهما بالموت (ولو) كان (أعمى) لأنه أهل للشهادات وما لا يتمكن من

للحاكم وفي المجموع في باب التيمم في لفظ أحق المرادف للفظ أولى، ومعنى قول الأصحاب في هذا صاحب الماء أحق به أي لا حق لغيره فيه.

قال الأزهرى: أحق في كلام العرب له معنيان أحدهما استيعاب الحق كله كفلان أحق بماله أي

مباشرة يوكل فيه (و) تصح (من ذمي) أو معاهد أو مستأمن (إلى ذمي) أو معاهد أو مستأمن عدل في دينه وإن اختلفت ملتتهما على الأوجه إذ لا عبرة بالعداوة الدينية كما مر، ومن ثم صح إيصاء الذمي إلى مسلم على أولاده الذميين.

أما إيصاء ذمي بتصرف على مسلم كالوصية لفقراء المسلمين فلا يجوز كما بحثه البلقيني وألحق به ناظر الوقف ولو جعل الذمي لوصيه المسلم أن يوصي لم يجز له أن يوصي إلا إلى مسلم على الأوجه لأنه أرجح في نظر الشرع، ولمسلم له ولد بالغ سفيه ذمي أن يوصي عليه ذمياً، وليس على القاضي الكشف عن أموال أيتامهم بأيديهم إلا إن ترفعوا إلينا أو تعلق بها حق لمسلم، وليس له استكشاف الجد وأمين القاضي إلا إن ثبت عنده موجب ذلك وعليه استكشاف حال الوصي والقيم.

وعلم مما مر أنه لا يشترط ذكورة الوصي فقد روى أبو داود أن عمر أوصى إلى حفصة رضي الله عنهما بل لو صلحت (أم) للوصاية بأن وجدت فيها الشروط عند الموت كانت (أولى) من غيرها لأنها أشفق، ومر آخر الحجر أن الوصي وغيره ينزلون بنحو الجنون، وكذا بالفسق إلا الإمام الأعظم، وبالتوبة تعود ولاية الأب والجد فقط، ومتى ضمن شيئاً من مال موليه لم يبرأ إلا بتسليمه للقاضي ثم يرد عليه إن ولاه بخلاف الأب لتوليه للطرفين، وإذا ضعف الوصي ضم إليه القاضي معيناً ولا يعزل (و) إذا أوصى (إلى اثنين) ولو مرتباً وقبل شرط اجتماعهما أو أطلقاً كأوصيت إليكما أو إلى زيد وعمرو كأن يقول لزيد أنت وصي في كذا ثم لعمرو أنت وصي في ذلك، بخلاف ما لو قال لعمرو أنت وصي فيما أوصيت به إلى زيد فإنه يكون رجوعاً عن إيصاء زيد نظير ما مر في الوصية فهذا الإيصاء إليهما مصروف (لتعاون) منهما أي: محمول عليه فلا يستقل أحدهما بتصرف وإلا ضمن حتى ما أنفقه على نحو الطفل بل لا بد من اجتماعهما فيه بأن يصدر عن رأيهما، نعم لا ضمان برد عين لمستحقها وتنفيذ وصية معينة وقضاء دين في التركة جنسه، وكذا لا إثم إن أذن له صاحب الحق في وضع يده عليه ولم يتضمن ذلك تصرفاً في ملك الموصي بنحو فتح باب وحل وكاء وإلا حرم كما بحثها ابن الرفعة، ولو كان أحدهما مشرفاً لم يتصرف الآخر إلا بإذنه وإذا امتنع استقلال أحدهما (فيعوض) أي: يبدل (بمن مات) أو زالت أهليته من كل منهما فحينئذ ينصب الحاكم بدلتهما اثنين وجوباً، ويجب اجتماعهما كذلك إتباعاً لغرض الموصي أو من

لا حق فيه لغيره. والثاني على ترجيح الحق وإن كان للآخر فيه نصيب كفلان أحسن وجهها من فلان لا يريد نفي الحسن عن الآخر بل يريد الترجيح. قال: وهذا معنى قوله ﷺ: «الأم أحق بنفسها من

أحدهما وحينئذ ينصب آخر بدله ليتصرف مع الموجود وليس له إثبات الاستقلال له لأن الموصي لم يرض به وحده (لا إن نهى) الموصي عن التعويض بأن شرط استقلال الباقي فلا يعرض القاضي حينئذ عن الميت أحدا (وكذا) يعرض (بمن رد) الوصية أو لم يقبلها في حالتها الإطلاق وشرط الاجتماع (لا إن رتب) الموصي الإيصال إليهما (والقابل) منهما أي: والحال أنه (غير مضموم) إلى الراد بأن أوصى لواحد ثم أوصى للآخر فينفرد القابل بالتصرف، ولا يعرض الحاكم بدل الراد أحدا بخلاف ما لو كان القابل مضموماً بأن قال لزيد ضمنت إليك عمرا أو وعمرو ضمنتك إلى زيد فإنهما إن قبلتا اشتركا.

قال الشيخان: ويشبه أن يقال زيد وصى وعمرو مشرف عليه انتهى وإن قبل زيد وحده استقل بالتصرف لأنه أفرد بالوصاية إليه ونظرا فيه بما ذكرته في الأصل وإن قبل عمرو وحده لم يستقل به بل يضم القاضي إليه عدلا آخر لأنه لم يفرد بالوصاية بل ضمه إلى غيره وذلك يقتضي الشركة (وإن اختلفا) أي: الوصيان أولا (في) تعيين (مصرف) أي: من تصرف الوصية إليه من الفقراء أو غيرهم فالقاضي يعين من يراه (أو) اختلفا (في حفظ) والمال مما يقسم (قسم) أي: قسمه القاضي بينهما فإن لم ينقسم جعله تحت يدهما كأن يجعلاه في بيت ويغلقاه فإن لم يتراضيا فتحت يد نائبهما فإن امتنعا حفظه الحاكم، وقوله قسم أبدل به قول أصله حفظ والأول فيما يقبل القسمة والثاني فيما لا يقبلها وكأنه أراد زيادة مسألة ففاته مسألة أخرى هذا كله في وصي تصرف اختلفا في الحفظ أما وصيا الحفظ فلا ينفرد أحدهما بحال ثم إثبات الموصي الاستقلال أما في الأثناء وقد مر في قوله لا إن نهى، وأما في الابتداء (و) ذلك (نحو) أن يقول (كل) منكما (وصي) في كذا أو أوصيت إلى كل منكما أو أنتما وصيائي وفارقت هذه أوصيت إليكما لأن المتبادر من وصيائي أن كلا يسمى وصيا مستقلا بخلاف إليكما فإن المتبادر منه الاجتماع كما هو واضح فاندفع تنظير الأذرع في وصيائي، وكل واحدة من هذه الصيغ مصروفة (لاستقلال) فلكل منهما الانفراد بالتصرف والاثنان مثال فللزائد عليهما جميع ما مر، ولا يجوز على الأوجه لوصي أن يبيع من نفسه ومحجوره كالوكيل.

الولي « أي لا يفتات عليها فيه فلا يزوجهها بغير إذنها، ولم ينف حق الولي فإنه الذي يعقد عليها وينظر في أمرها انتهى.

ويجري ما ذكره من المعنى الأولى في نظائر ذلك من أبواب الفقه التي منها الحديث المذكور.

واعلم أن الوصية جائزة من الطرفين فيأتي فيها جميع ما مر في الوكالة، نعم يجب القبول ويحرم العزل على من تعين أو غلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض أو غيره وحينئذ لا ينفذ عزله ويقضي الوصي دين موليه لكن الاحتياط أن يستحكم من يرى وجوب زكاة ماله أو يحسبها حتى يبلغ فيخبره بها لأنه لو أخرجها من غير حكم ربما رفع الحاكم يرى تضمينه فيضمنه ويشترى له خادما أو أكثر إن لاق به وينفق عليه بالمعروف فإن أسرف ضمن الزيادة (وصدق) بيمينه كسائر الأولياء إذا نازعه المولى بعد كماله (في) أصل أو قدر (إنفاق) لائق عليه وعلى ممونه لعسر إقامة البينة أما غير اللائق فيقبل قول الولد في الزائد (و) صدق بيمينه أيضا (في نفي خيانة) وفي دعوى تلف لأنه أمين (لا في مدة) للإنفاق إذا اختلفا فيها كأن قال الولي ولو جدا مات أبوك من ست سنين وقال الولد من خمس واتفقا على الإنفاق من يوم موته لسهولة إقامة البينة على الموت، وكذا لو نازعه في أول مدة ملكه للمال الذي أنفق عليه منه (و) لا يصدق أيضا في دعوى (رد مال) إليه بعد كماله وإن كان أبا لسهولة إثباته (ولا) يصدق (وصي) وقيم الحاكم في دعوى بيع لغيطة أو حاجة (و) لا في (ترك شفعة لغيطة) وأنكر المولى عليه بعد رشده ذلك فيصدق لأن الأصل عدمها واستمرار ملكه أما الأب والجد فيصدقان هنا بيمينهما لو فور شفقتهما وقضيته تصديق الأم إذا كانت وصية وهو متجه، والذي يتجه أن الحاكم ولو بعد العزل الذي ليس بمرضي السيرة كالوصي وأن مرضيها كالأب فيقبل قوله بيمينه خلافا للسبكي، وللوصي أن يوكل فيما عجز عنه أو لم تجر العادة بمباشرة مثله وأن يقارض بمال موليه ثقة ولو مسافرا مع أمن الطريق والمقصد وأن يدفع لظالم ولو قاضيا شيئا ليتخلص به المال من استيلائه عليه ويجتهد في قدره والله يعلم المفسد من المصلح، ولو نص له أو للمشرف عليه على جعل كان من الثلث فليس لقاض عزله لمتبرع بالعمل ولا يعطي وصي تفرقة ممونه وإن أذن له أو قال له ضع ثلثي حيث شئت ولا من يخاف منه .

(قوله وصي تفرقة) أي الوصي في تفرقة المال ممونه: أي ممون نفسه كأولاده. قال في التحفة: قال القاضي أبو الطيب: ولو قال ضع ثلثي حيث شئت لم يجز له الأخذ لنفسه: أي وإن نص له على ذلك لاتحاد القابض والمقبض. قال الدارمي: ولا لمن لا يصح شهادته له أي إلا أن ينص له عليه لمستقل إذ لا اتحاد ولا تهمة حينئذ قال ولا لمن يخاف منه: أي ولم يوجد فيه شرط الإعطاء وإلا فلا وجه لمنع إعطائه ولو خوفا منه اهـ .

باب في الوديعة

تقال للإيداع والعين المودعة وهي المال والاختصاص ككلب ينفع وخمر محترمة ونحو حبة بر فيصح إيداعه ويجب حفظه ورده وإن لم يضمن بالإتلاف من ودع يدع إذا سكن لسكونها عند الوديع أو من الدعة أي الراحة لأنها في راحته أي مراعاته، ويندب قبولها لأمين قادر بل يلزمه إن لم يوجد غيره ولا ضرر عليه فيه لكن لا مجاناً بأجرة لحفظه وحرزه وقد تؤخذ الأجرة على الواجب كتعليم الفاتحة وسقي اللبأ فإن تعدد القادرون:

قال الزركشي كالأذرعى تعينت على من عرضت عليه منهم كأداء الشهادة، ويحرم على عاجز إلا إن علم المالك بحاله على الأوجه كما بينته في الأصل، ومع الحرمة يصح الإيداع فلا يضمن، نعم إن كان المودع وكيلاً أو ولياً ضمنها الآخذ بمجرد الأخذ، ويكره لمن لم يثق بأمانة نفسه إلا إن علم المالك بحاله.

ثم (الإيداع) لغة وضع الشيء عند غير صاحبه للحفظ وشرعاً (توكيل) من المالك أو نائبه لآخر (لحفظ مال) أو اختصاص فخرج بتوكيل اللقطة والأمانة الشرعية لأن الائتمان فيهما من جهة الشرع، ويتفرع على كونه توكيلاً أن الإيداع عقد فولد الوديعة وديعة، وتجب صيغة دالة على استحفاظ صريحة كانت كأودعتك واحفظه وأنتك في حفظه وما اشتق منها أو كناية كخذه وقبول ولو بالأخذ.

قال الأذرعى والزركشي بل قياس العارية الاكتفاء بلفظ إحداهما وفعل الآخر، وعلى كل فلا يكفي مجرد وضع المالك ماله بين يدي آخر ولو مع قرائن تدل على الإيداع كما لو أوجب حين الوضع فرد الآخر فإن قبضه ضمنه مالم يكن معرضاً للضياع ويأخذه حسبة، ويأثم إن ذهب وتركه بعد غيبة مالكة أي كأن سكت عند وضعه عنده أما مع الرد فينبغي عدم الإثم مطلقاً لأن المقصر هو المالك، وقوله ضعه إيداع أي استيداع عند البغوي وصححه في الشرح الصغير.

وقال المتولي: لا حتى يقبضه فعلى الأول إن ذهب وتركه بحضرة المالك فقد رده أو في غيبته ضمنه وعلى الثاني لا يضمنه مطلقاً وأنه لا بد فيهما من إطلاق التصرف وأنها ترتفع

أي ينتهي حكمها بواحد مما مر في الوكالة وحينئذ يلزم الرد فوراً أي الإعلام والتخلية فإن
أخر بلا عذر ضمن وأنه يأتي في توقيتها وتعليقها مما مر في الوكالة .

وإذا تقرر أنه توكيل بالحفظ فيضمنها الوديعة بما يخرجها عن أصلها وهو الأمانة بمعنى
أنها متصلة فيها وإن كانت بجعل لا تبع كالرهن وأسبابه عشرة وإذا وجد واحد منها لم يبرأ
إلا إن أحدث له المالك لا وكيله أو وليه إيداعاً أو أبرأ حينئذ بخلافه قبله لأنه أبرأ عما لم
يجب بعد .

الأول: إيداعها بلا إذن لغير عذر ولو عند قاض مالم تطل غيبة المالك على الأوجه: أي
بحيث تقرب من اليأس منه فيما يظهر، نعم له الاستعانة في نحو حفظها وسقيها كأن
تكون بمخزنه فيخرج ويستحفظ عليها ثقة يختص به وإن لم يلاحظه فإن انتفى شرط من
ذلك ضمن .

الثاني: السفر فيضمنها (بسفر) بها بلا عذر إن (لم يودع) بفتح الدال (فيه) ولو
قصر وأمن الطريق لأن حرزه دون حرز الحضرة أما إذا أودع في السفر وسافر فلا ضمان وألحق
به إيداع بدوي ولو بالحضر، وله إذا قدم ولم تدل قرينة على أن المراد إحرازها بالبلد إنشاء
سفر ثان بها على المعتمد، وكلام أصله يفيد أنه أحسن وذلك لرضا المالك به ابتداء .

الثالث: ترك الإيصال بها (و) لكن لا يضمن إلا عند (موت) من مرض مخوف أو
حبس ليقتل، وألحق الأذرعى بذلك كل حالة تعتبر فيها الوصية من الثلث كوقوع الطاعون
بالبلد، وإنما يضمن بالسفر والموت (إن تيسر) له (رد) للوديعة (لمالك) أو وكيله المطلق أو
في استردادها (فإن تعسر) وصوله إليهما لغيبتهما وإن لم يكونا بمسافة القصر على الأوجه،
أو حبسهما ولو في البلد (لقاض) يرد إليه ويلزمه القبول ممن سافر ولو لغير حاجة والإشهاد
على نفسه بقبضها قاله الماوردي، بخلاف قبول دين ومغصوب لغائب فإنه لا يلزمه قبولهما
لأن بقاءهما بيد من هما بيده أحفظ للمالك لأن يده يد ضمان ويد القاضي يد أمانة (ثم
عدل) ولو وارثاً يرد إليه إن لم يتيسر قاض أمين لفقده أو غيبته لئلا يتضرر بتأخير السفر
ويلزمه الإشهاد عليه وتكفي فيه العدالة الظاهرة على الأوجه فيهما، نعم إن تيسر عدل باطن
أوجه عدم الاكتفاء بذی العدالة الظاهرة وترتيب ما ذكر واجب فلو تركه ضمن كأن ردها

لأمين مع إمكانه لقاض على المعتمد، نعم الوجه حملة على قاض أمين وكالرد للأمين ما لو دفنها بمحل حرز وأعلمه بها وهو ساكن به أو يراقبها فيه فإن دفنها ولم يعلمه ضمن.

أما إذا عدم من ذكر فلا ضمان بالسفر بها في طريق آمن وإن لم يكن له عذر في السفر، بخلاف المخوف يضمن بالسفر فيها ولو لعذر ومحلها ما إذا لم يكن احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر ويلزمه عند الأمن السفر بها إن خاف عليها من نحو حريق أو إغارة فإن حدث بالطريق خوف أقام بها ثم الرد للقاضي فالعدل لا يختص بالموت والسفر بل الحريق والغرق والإغارة وإشراق الحرز على الخراب إذا لم يجد حرزا آخر كذلك وعند فقد المالك أو وكيله لا يجب الدفع للقاضي ثم العدل عينا بل الواجب إما ذلك (أو إيصال مميز) للوديعة عن غيرها بأن يحضرها لتشاهد أو يصفها بما يميزها ورفع عدل وما بعده الذي شرحت عليه هو الأولى بل الأصوب أي فقاض يرد إليه ثم عدل أو إيصال مميز لكن (من الميت) أي المشرف على الموت لمرض مخوف أو ما ألحق به لا من مرید السفر (إليهما) أي إلى القاضي ثم العدل وخير بينهما لأن وقت الموت غير معلوم ويده مستمرة على الوديعة مادام حيا، والوصية هنا الإعلام بها والأمر بردها مع بقائها بيده ومع وجوب الإشهاد عليه عند إيصال الوارث أو غيره صونا لها عن الإنكار فإن ترك واجبا عليه مما ذكر مع تمكنه منه ضمن لتقصيره إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدعيها لنفسه وإلا كأن مات فجأة أو قتل غيلة لم يضمن وإن لم توجد في التركة.

والأوجه من خلاف طويل بينته في الأصل أنه عند تركه الواجب المذكور يصير ضامنا بمجرد نحو المرض حتى لو تلفت بأفة في مرضه أو بعد صحته ضمنها كسائر أسباب التقصيرات، ألا ترى أن من أودع حيوانا فلم يطعمه حتى مضت مدة يموت مثله فيها غالبا صار مضمونا عليه وإن لم يموت، نعم ترك القاضي الإيصال غير مضمن وإن مات عن مرض لأنه أمين الشرع لكن محلها في قاض أمين.

الرابع: النقل (و) حينئذ فيضمن (بنقل) لها (من حرز) وإن لم يعينه المالك

(قوله والأوجه من خلاف طويل إلخ) يشكل عليه قوله السابق آنفا ولكن لا يضمن إلا عند موت. ويجاب بأن المضمن في الأول ترك الإيصال وهو لا يتحقق إلا بالموت فلم يضمن إلا به، ولم يتصور جريان هذا الخلاف الطويل فيه، والمضمن في الثاني ترك الواجب من الرد للقاضي فالعدل وهذا له وقت معروف فإذا تركه فيه دخل وقت الضمان.

(لدونه) ولو حرز مثلها لأنه عرضها للتلف بخلاف مثله أو أعلى منه ولو في قرية أخرى لا سفر بينهما ولا خوف ولا نهي من المالك وإن تلفت بسبب المخالفة إذ لا تقصير (لا) إن كان المنقول إليه (في دارها) أي الوديعة أو خانها فلا يضمن بنقلها من حرز ولو إلى دونه إن كان حرز مثلها مالم ينهه المودع أو ينقلها بنية التعدي، وكذا نقلها بظن المالك من غير انتفاع ولو للأدون بخلاف الانتفاع بظن المالك لأنه أقوى (و) لا إن كان النقل لها من حرز (معين) من المالك (كمثل) له في الإحراز (أو أعلى) منه إحرازاً ولو لقرية أخرى بشرطه السابق حملاً كتعيينه على اعتبار الحرزية دون التخصيص الذي لا غرض فيه بخلاف الأدون من المعين وإن كان حرز مثلها هذا (إن لم تهلك به) أي بسبب النقل بأن ماتت فجأة أو بنحو مرض، بخلاف ما إذا هلكت به بأن انهدم عليها الحرز أو سرقت منه فإنه يضمنها لحصول التلف بالمخالفة.

(و) يضمن (بكل) من النقل للأدون والمثل والأعلى إن (نهي) المالك عن النقل منه وفي نسخة بالبناء للمفعول لصريح المخالفة (لا) إن كان النقل (لخوف) من نحو غرق أو حريق أو نهب أو لصوص فلا يضمن لجواز نقلها حينئذ بل وجوبه إلى حرز مثلها، ويتعين مثل الحرز الأول إن وجدته فإن ترك النقل ضمن مالم ينهه وإن وقع خوف فإن نقل لم يضمن لأنه قصد الصيانة ونهى نحو الولي لا أثر له نظير ما يأتي ويكلف الوديع بينة الخوف إن لم يعرف ولا يخرجها من بيت المالك إذا أحرزت فيه إلا للضرورة، ولا تقصير بالبداء بمال

(فائدة) سئلت الآن عن من رشد فادعى على أمين وصيه إنك استوليت من مالي على كذا ولم ترده إليّ ولا إلى وصيّ فأنكر أصل القبض فأثبت عليه بالبينة فادعى رده على الوصي قبل أن يجحده وصدقه الوصي على ذلك ثم ادعى الوصي تلفه تحت يده بلا تقصير أو إنفاقه على المولي قبل رشده فهل يقبل ذلك منهما؟ وفي الروضة في الوديعة ما يقرب مما نحن فيه فيما لو قال الوديع للمالك أودعتها عند وكيلك بأمرك فوافق الوكيل وادعى تلفها لم يقبل فأجبت في صورة المسألة أن الوصي جاز له توكيل مثل هذا الأمين في مثل ذلك التصرف وإلا كانت يده يد ضمان فلا يقبل منه شيء مما يرفع الضمان عنه، وإذا فرضت يده يد أمانة فلا يقبل دعواه الرد على الوصي إلا ببينة ولا نظر لتصديق الوصي له لأن الحق يتعلق بالمالك المستدعى لزوم ماله لهذا المدعى عليه وليس قول الوصي رده إلى مبرأ لما لزم المعترف بسبب اعترافه بالنسبة لدعوى المالك، ويشهد لذلك قول الروضة وغيرها لو ادعى وديع أنه أودع زيدا بإذن المالك وصدقه زيد في الدفع أي إليه وأنكر المالك الإذن صدق بيمينه لأن الأصل عدم الإذن وله مطالبتهما بمثل أو قيمة الوديعة إن تلفت وإلا فيردها ولا

نفسه إلا إن كان أسفل فتحاها من فوقه وتلفت بسبب التنحية كما قاله الأذرعى وبحث أيضا أنه لو أمكن إخراج وديعتين أو الوديعة ومال نفسه دفعة واحدة فاقتصر على ماله أو إحدى الوديعتين ضمن الأخرى، وما سقته من عبارة المتن هو ما حرره المصنف واستقر رأيه عليه .

الخامس: ترك دفع مهلكاتها فيجب دفعها عنها على العادة (و) من ثم يضمن دابة (بترك) سقي أو (علف) بسكون اللام مدة يموت مثلها فيها غالبا بقول أهل الخبرة وإن ماتت بغير ذلك لأنه التزم حفظها فعليه صونها بخلاف موتها قبل تلك المدة، نعم إن كان بها جوع سابق وعلمه ضمن الكل لا القسط على المعتمد، وإنما يضمن بترك العلف إن أمره به المالك أو سكت (لا) إن كان الترك (بأمره) أي المالك بأن نهاه عن إطعامها فلا يضمن بالترك حينئذ (و) إن (أثم) ولا أثر لنهي نحو الولي كما بحثه الزركشي كالأذرعى لكنه قيده بعلم الوديع، ولو نهاه لعله بها فأطعمها وهي موجودة فماتت ضمن: أي إن علم بها وإنما يرجع بما أنفقه إن أذن له المالك أو الحاكم فإن فقدنا أشهد بنية الرجوع ويظهر أن أجرة نقلها للضرورة كذلك فإطلاقهم أنه متطوع بها يحمل على ما إذا سهلت مراجعة المالك أو الحاكم ومثلها فيما ذكر كما هو ظاهر كل مؤنة اضطر إلى صرفها على الوديعة، ولا يضمن بإخراجها زمن الأمن لسقي أو علف ولو في يد أمين، ولا يضمن بترك سقي النخيل مطلقا على ما قاله جمع إذ لا روح له .

(و) يضمن الوديع بترك ما يدفع السوس عن نحو حنطة وبترك (نشر ثم لبس الصوف) ونحوه كخز وبسط وجوخ احتاج لنشره للريح لدفع الدود أو للبسه لتعقب رائحة الآدمي فيندفع الدود فإن ترك ففسد ضمن ما لم ينهه المالك أو كان في صندوق مقفل ولم يعلم به أو علم ولم يعطه مفتاح القفل وفتحته لذلك غير مضمن وإن نهى لكراهة الامتثال

يرجع أحدهما على الآخر لأن كلا يدعي أن الظالم له هو المالك، أما إن أكذبه زيد فيصدق بيمينه ويختص الغرم بالوديعة، وليست هذه المسألة نظيرة ما ذكر عن الروضة لأن مسألة الروضة النزاع فيها بين المالك وأمينه الذي ائتمنه وقد ادعى الأمين على المالك ما يخالف الأصل فلم يقبل بل المقبول هو المالك لموافقة دعواه للأصل. وأيضا دعوى المالك هنا ليست الرد الذي هو فعل الأمين وإنما هي الإذن الذي هو فعل المالك، وأما مسألة السؤال فالدعوى فيها بين المالك وأمين أمينه الذي لم يأتئنه، وأيضا الدعوى هنا للرد الذي هو فعل الأمين. وإذا تخالف صورتان في نحو ما ذكر لم يجز قياس أحدهما

ولا يحرم إذ لا روح، وإضاعة المال إنما تحرم إن كان سببها فعلا لا تركا ومن لا يليق به لبسه يلبسه إن يليق به ويلاحظه بقدر الحاجة كما بحثه الأزرعي، ولا يجوز وقت النوم إلا إن توقف مزيد عقب الرائحة عليه فيما يظهر ويلزمه أيضا تسيير الدابة قدرا تندفع به زمانتها.

السادس: الانتفاع بها تعديا (و) من ثم يضمنها (بأخذ) لها من محلها (إلا بنية الانتفاع) بها وإن لم ينتفع ولا أخرجها من الحرز لأن أخذها بهذا القصد خيانة وعليه أجرة مدة لبثها بيده، نعم إن أخذها لذلك ظانا أنها ملكه ولم ينتفع بها لم يضمنها للعذر مع عدم الانتفاع أما مجرد نية الانتفاع أو الخيانة ولو بعد الطلب فلا يؤثر لأنه لم يحدث فعلا فيها، نعم إن نوى ذلك ابتداء ضمن مطلقا ولو اقتصر على أخذ البعض ضمنه فقط ما لم يفرض ختما أو يكسر قفلا كما يأتي، ثم إذا أخذ البعض فتارة يرد عينه وتارة يرد بدله لتلفه ويخلطه بالوديعة (فإن خلط بدله) ببقيتها (لا عينه و) الحال أنه (اشتبه) بأن عسر تمييزه بعلامة كخلط بر شعير (فكلا) من الودية يضمنه لخلطه إياها بمال نفسه إذ لا يملك المالك البديل إلا بدفعه إليه، بخلاف رده لعين المأخوذ فلا يضمن به شيئا منها وإن لم يتميز لأن هذا الخلط كان حاصلًا قبل الأخذ ولبدله^(١) المتميز فلا يضمن الباقي فإن تميز^(٢) عن البعض ضمن مالا يتميز خاصة (كباقي متصل) نحو طرف أو عبد أو بهيمة أو بعض ثوب مودع عنده (أتلفه عمدا) أو شبهه فيضمن التالف والباقي جميعا لتعديه، بخلاف ما لو أتلفه خطأ فإنه يضمن المتلف لتفويته دون الباقي لعدم تعديه فيه وكون الخطأ كالعمد في الضمان إنما هو في ضمان الإلتلاف كالبعض المتلف هنا دون ضمان التعدي كالباقى، ويضمن الوديع كل الوديعة وكذا ظرفها على الأوجه بفض ختم من كيس هي فيه وفتح قفل عن صندوق كذلك وخرق كيس عنها لا من فوق الختم ونبش نحو دراهم أودعها مدفونة لأنه هتك الحرز، بخلاف خرقة من فوق الختم لا يضمن إلا نقص الخرق إن لم يتعمده وإلا ضمن جميع الكيس وحل رباط لأن القصد به منع الانتشار لا أن تكون مكتوبة عنه، ومن

على الأخرى لأن شرط القياس لم يوجد حينئذ، وإنما الذي يتعين أن يؤخذ منه حكم صورة السؤال مسألة أخرى مذكورة في الروضة وغيرها أنه إذا كان الإنكار للقبض من أصله لم يقبل دعواه للرد إلا

(١) قوله ولبدله) أي وبخلاف رده لتبدله بالميزاهد.

(٢) قوله فإن تميز إلخ) أي فإن تميز البديل عن بعض الباقي واشتبه ببعضه الآخر ضمن البعض المشتبه دون البعض المتميز.

ثم لو جعل علامة على بقاء الرباط على ما هو عليه كان كالحتم ورجح صاحب الأنوار أن نحو العد للمعرفة لا ضمان به كاللقطة وفرقت بينهما في الأصل (لا ركوب جموح) يعسر سوقها وقودها بدونه لنحو سقي فلا يضمن به لأنه لمصلحة المالك، وبه يتجه أن ركوبها للهرب بها من ظالم كذلك.

ومنه يؤخذ أنه لو لم يلق به سوق غير الجموح لا يجوز له الركوب ولا الإركاب حينئذ، ويفرق بينه وبين ما مر في الركوب للرد بالعيب في نظير ذلك بأنها ثم ملكه فسومح له بما لم يسامح له هنا وما مر آنفاً أنه إذا لم يلق به لبسها ألبسها غيره بأنه يمكن الاستغناء هنا عن الركوب بسقيها في محلها فلا ضرورة بخلاف اللبس لا يمكن الاستغناء عنه.

السابع: المخالفة في حفظها (و) من ثم ضمنها (بمخالفة) صدرت منه في وجه الحفظ بأن أمره به على وجه مخصوص فعدل إلى وجه آخر (وتلف بها) أي بسبب المخالفة وكانت المخالفة تقصيراً لتأديتها إلى التلف كما إذا كانت في صندوق وقال له (لا ترقد فوقه فرقد) عليه (وانكسر) بثقله وتلف ما فيه بذلك (أو سرق) ما فيه (بصحراء) أو نحوها كخارج الدور بين البنيان (من حيث) بمهملة فتحشية فمثلة أو بجيم فنون فموحدة أي من محل هو (مرقده) أو من جنب مرقده (قبل) بأن كان يرقد فيه عادة لو لم يرقد فوق الصندوق لأنه بالرقاد فوقه أخلى جانبه، بخلاف ما لو هلك بأفة أو سرق في نحو الصحراء من غير مرقده أو في بيت محرز أولاً مع نهى وإن سرق من محل مرقده لأنه زاد احتياطاً ولم يحصل التلف بفعله كما لو قال له لا تقفل عليها قفلين فخالف (أو) قال له (اربط) الدراهم مثلاً بكسر الباء أشهر من ضمها (في كمك فأخذها) (بيده أو) امثل أمره (وربطها) بكمه لكن جعل الربط (داخلاً) أي في داخل الكم بأن جعل الخيط الرابط داخله (فضاع) ما أخذه بيده بنحو نوم أو نسيان، أو ما ربطه الربط المذكور بالسقوط ضمن إذ لو لم يمسكها بيده وربطها من خارج الكم لم تضع بذلك أما الأخذ باليد فواضح وأما الربط فالداخل يتناثر بالانحلال والخارج يبقى إذا انحل في الكم (أو) امثل أمره بالربط فيه لكن جعله خارجاً أي من خارجه (فطر) بضم الطاء أي قطعه

بيينة، وكذا لو اعترف بعد الجحود بأنها كانت باقية يومه، سواء كانت صيغة جحده لا شيء لك عندي أو لم أقبض هذا المدعى به بالكلية، فقول السائل قبل أن يجحده قد يصدق بذلك فيكون المانع من قبول الرد بلا بينة سببين كونه أتى بصيغة الجحد لأصل القبض وكونه اعترف ببناء على ما تقرر بعد الجحود أنها كانت باقية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

الطرار (لا بالعكس ضمن) هذان راجعان للمسألتين كما تقرر في الأولى وعكسها، وإنما ضمن في الربط هنا لأن في الربط خارجا إغراء الطرار عليها لسهولة القطع أو لحل عليه حينئذ بخلاف العكس هنا بأن ربطها من داخل فأخذها إذ لا إغراء واستشكله الرافعي وقد بسطت الجواب عنه وما فيه في الأصل.

وحاصله: أن جهة الربط مختلفة بالنسبة للطرار وغيره فليس المأمور به مطلق الربط بل الربط المتضمن للحفظ وهو في كل شيء بحسبه والأوجه كما أفهمه التعليل السابق أن من عليه قميصان لم يضمن بالربط في الكم التحتاني لا داخلا ولا خارجا (لا إن غضب) ظاهره رجوعه لكل من الصور الثلاث وهو متجه لأن اليد أحرز من الربط بالنسبة للغضب وهنا في الأصل بسط يتعلق بعبارة المصنف فراجع، وكل من التكة والجيب الضيق أو الواسع المزورر سواء الذي بجانب الطوق أو المتعارف لكن إن ذر أو ستر بفوقاني فيما يظهر أحرز من الكم فيقومان مقامه ولا عكس ولو لم يأمره بربط ولا إمساك فكما لو أمره فيما مر من التفصيل، وسقوطها من كم أو عمامة أو تكة وضعت فيه بلا ربط مضمن مطلقا كالخروج بها بعد الوصول إلى البيت وكتأخير الذهاب إليه بلا عذر، وقد أعطيتها وأمر بحفظها فيه.

الثامن: التضييع، لأن الوديعة مأمور بحفظها في حرز مثلها وبالتحرز عن أسباب التلف (و) كذلك ضمنها (بتضييع) لها (كأن وضعها) ولو غلطا أو نسيانا (بدون حرزها) أي بمحل ليس حرزا مثلها ابتداء أو دواما أو بحرزها فسرقها من ساكنه وقد علم بخيانتها أي ولم يحرزها عنه كما هو ظاهر (أو نسيها) فتلفت، ومنه أن يدفنها بمحل ثم يضل عنه (أو دل) عليها هو لا غيره (ظالما) كسارق أو مصادر وعين له محلها فضاعت بذلك وإن أكرهه حتى دله على المعتمد لالتزامه الحفظ بخلاف ما لو ضاعت بغير ذلك أولم يعين موضعها، نعم إن قال له لا تخبر بها فأخبر بها فسرقها مخبره أو مخبر مخبره ضمن وإن لم يعين المحل للمخالفة (أو أكرهه) ظالم على تسليمها له أو لغيره (فسلمها) إليه مكرها سواء أعلم منه أنه يتسلمها بنفسه ولا يسلمها له أم لا على الأوجه لمباشرته للتسليم إليه فللمالك أن يطالبه ويغرمه كالظالم، لكن القرار في سورتى الدلالة والإكراه على الظالم فإذا غرمه لم يرجع (ويرجع عليه) الوديعة بما غرمه أما إذا لم يسلمها فلا يكون طريقا في الضمان

(ووجب) عليه (جحد) للودیعة أي إنكارها من الظالم جهده وإلا ضمن (وجاز) له (حلف) على ذلك لمصلحة حفظها (ويكفر) وجوبا لحلفه كاذبا.

وبحث الأذرعى وجوب التورية إن عرفها وأمكنته فرارا من الكذب والحلف إن أراد الظالم قتل رقيق أي مثلا ومثله كل حيوان محترم كما هو ظاهر أو الفجور به، ومن أكره على الحلف بنحو طلاق أو الاعتراف بها غير مكره لأن له مندوحة وهي الاعتراف وإن اقتضى كونه طريقا في الضمان.

التاسع: التقصير بترك الإعلام أو الرد (و) من ثم ضمن وديع أمره مالك أهل للقبض بالرد لو كيله (بتأخير بلا عذر) يتعسر معه الإعلام (إعلام قابض) أي من سيصير قابضا لكونه (أذن) بالبناء للمفعول (له فيه) وإن لم يطلب لتقصيره بذلك لأنه لما أمر بذلك انعزل وصارت كالأمانة الشرعية نحو ثوب ألقته ريح في ملكه، وحكمها أنها تنتهي بالتمكن من إعلام المالك إن عرفه ولا يمتد إلى المطالبة فيضمن بتأخيره بلا عذر إعلام (ذي ثوب وقع في داره) أو ذي ضالة وجدها وقد عرفها وإن لم يطلبها أما إذا أخر لعذر مما يأتي أو حتى يشهد على التوكيل بالقبض أو لم يعرفه ولا المالك في الثانية فلا ضمان إذ لا تقصير (و) يضمن بتأخيره بلا عذر أيضا (تخلية) بين مالك أهل للقبض ولو لصا مشهورا أو مأذونه لا نحو محجور سفه ونائم بل يضمن بالرد إليه وبين الودیعة أو الأمانة الشرعية (إن طلب) أحدهما ذلك لتقصيره بخلافه لعذر كعدم تأتي فتح الحرز في الظلام أو كونه بحمام أو مشتغلا بنحو أكل أو ملازمة غريم يخشى هربه وغير ذلك من كل غرض يفوته أو عذر يلحقه، وله إن شاء نحو طهر وأكل وحمام وصلاة دخل وقتها إن بعدت الودیعة عن مجلسه لا التأخير للإشهاد على المالك لقبول قوله في الرد إليه وأفاد تعبيره بالتخلية أن اللازم له رفع يده عنها لا مباشرة ردها ولا تحمل مؤنته.

العاشر: جحودها بعد الطلب لا قبله (و) من ثم ضمنها (بجحد مالك) أي بجحده المالك إذا (طلبها) إلا لغرض صحيح كأن أمر ظالم مالكها بطلبها منه وهو يحب جحودها فلا يضمن به كجحدها قبل طلبه ولو بحضرتة وقوله له بلا طلب لي عندك وديعة فأنكر لأنه قد يريد زيادة الحفظ، ومثله كما هو ظاهر خلافا للمصنف هل لي عندك وديعة فجحد

(قوله ومن أكره) مبتدأ خبره غير مكره، وقوله أو الاعتراف بها أي الودیعة اهـ.

(قوله وإن لم يطلب) أي القابض الذي هو وكيل المالك، وقوله لتقصيره أي الوديع اهـ.

ولو ادعى بعد جحد مضمن نحو غلط لم يبرأ إلا إن صدقه المالك (وتقبل) منه بعد جحده بنحو لم تودعني أو لا وديعة لك عندي ثم ثبت أنه وديع بإقراره أو ببينة (بينة برده) لها أو تلفها قبل الجحد لاحتمال أنه نسي ثم تذكر مع أنها لم تناقض ما أخبر به صريحا فإن لم تودعني مثلا غير التلف أو الرد الذي شهدت به البينة وإن استلزمه، وبه فارق ما مر آخر المراجعة للمناقضة الصريحة ثم (لا يمينه) فلا تقبل منه على رد أو تلف (إن جحد أصل إيداع) كلم تودعني لتناقض كلاميه وظهور خيانتة، لكن له طلب تحليف المالك فإن لم ينكر أصله كلا وديعة لك عندي حلف على الرد إذ لا تناقض مالم يعترف يوم الجحد ببقتها وقته فلا يصدق في دعوى الرد إلا ببينة ويصدق بيمينه في أن التلف وقع بعد الجحد مطلقا ثم يغرم البديل لخيانتة به.

ومر في الزكاة وغيرها أن الوديعة يصدق بيمينه إن ادعى تلفها مطلقا أو بسبب خفي كسرقة أو ظاهر كحريق وبرد ونهب عرف دون عمومه فإن عرف عمومه أيضا فلا يمين إلا إن اتهم فيحلف وجوبا وإن لم يعرف احتاج لبينة بوجوده ثم ليمين أنها تلفت به فإن نكل حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحق، وكذا يصدق بيمينه إن ادعى الرد على مؤتمنه بخلاف ما لو ادعاه على وارث مؤتمنه أو ادعى وارثه الرد على المودع أو أودع عند سفره أمينا فادعى الأمين الرد على المالك فإن عليه البينة كالوديعة فيما ذكر سائر الأمانة، نعم المرتهن والمستأجر لا يصدقان في دعوى الرد كما مر أيضا (و) يضمن بأخذ عين وديعة (من صبي) ومجنون (وسفيه) حجر عليه وقن لتقصيره بالأخذ ممن ليس أهلا للإيداع ولا يزول ضمانه إلا بردها لمالك أمرهم أو بإتلافهم إلا القن كما هو ظاهر لاستحالة تضمينهم مال أنفسهم (لا) إن خشي ضياعها في أيديهم فأخذها منهم (حسبة) صونا لها عن الضياع فلا يضمن (وهما) أي الصبي والسفيه ومثلهما الآخران يضمنان (بإتلاف وديعة) أودعها مالكا ولو رشيدا عندهما إذ لا تسليط ويضمنها العبد في رقبته فقط لا بتلفها عندهم ولو بتقصير إذا لا حفظ عليهم لعدم صحة إيداعهم، نعم بحث الزركشي تضمينهم في إيداع غير الرشيد بمجرد وضع يدهم (لا) بإتلاف (مبيع رشيد وقرضه) وموهوبه لأنه مسلط لهم بذلك على الإتلاف وخرج برشيد مبيع غيره فيضمنه هؤلاء بالإتلاف لأن تصرف غير الرشيد لاغ فلا أثر لتسليطه، وهنا فروع مهمة في الأصل.

(باب في قسم الفيء والغنيمة)

والمشهور تغايرهما، وقيل هما كالفقير والمسكين، وقيل الفيء يشملها ولا عكس، وهي فعيلة بمعنى مفعولة من الغنم وهو الربح، ولم تحل الغنائم لأحد قبل الإسلام بل كانت الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم إذا غنموا مالا جمعوه فتأتي نار من السماء تأخذه ثم أحلت للنبي ﷺ وكانت في صدر الإسلام له خاصة لأنه كالمقاتلين كلهم نصرة وشجاعة بل أعظم، ثم نسخ ذلك واستقر الأمر على ما يأتي (يخمس فيء) خمسة أقسام لقوله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله﴾ الآية، من فاء إذا رجع ثم استعمل في المال الراجع إلينا من الكفار وحكمة وصفه بالرجوع أن الله تعالى خلق الدنيا وما فيها للمؤمنين للاستعانة على طاعته، فما بأيدي الكفار كالمغصوب سبيله الرد لملكه والفيء مال أو اختصاص (حصل من الكفار) بلا قتال ولا إسراع نحو خيل وإبل من نحو جزية وعشور شرطت عليهم وتركة مرتد وكافر معصوم وما فضل عن وارثه وما هربوا عنه ولو لغير خوف كضرب أصابهم وما صالحوا عليه بلا قتال فخرج نحو صيد دارهم فإنه مباح ونحو السرقة مما فيه شبه إسراع فإنه غنيمة وما أهدها كافر لنا في غير الحرب لا فيء ولا غنيمة مع صدق تعريفه عليه، ثم هو إما منقول ويتعين قسمته وإما عقار كأرض ودور وهو لنظر الإمام فيفعل الأصلح من وقفه لتأبد الرقبة وينتفع المستحق بغلته كل عام ومن قسمته أو بيعه وقسمة ثمنه ما عدا سهم المصالح لا يقسم بل يوقف وهو الأولى وتصرف غلته فيها أو تباع ويصرف ثمنه إليها، وإذا تقرر ذلك فيخمس المنقول وثمان غيره (وغلة ما وقف منه لمصلحة) اقتضت وقفه في رأي الإمام على الأصناف الخمسة الآتية.

(فخمس) من ذلك كان لرسول الله ﷺ ينفق منه على مصالحه وما فضل منه يصرفه في السلاح وسائر المصالح ومصرفه بعده ﷺ لمن يأتي فخمسه (للمصالح) أي مصالح المسلمين العامة كسد الثغور وعمارة الحصون والقناطر والمساجد وأرزاق قضاة البلاد لا

(باب في قسم الفيء)

(قوله فخمس للمصالح) قيل: يوهم خلاف المراد انتهى. وليس كذلك لأنه إنما يوهم ذلك لمن اقتصر على هذا ولم يتأمل صنيعه هنا مع قوله والباقي إلخ ومع ما ذكره في قسمة الغنيمة. وأما من نظر إلى مجموع هذه المواضع فإنه يعلم أن عبارته مطابقة لكلامهم من الفيء. كان في زمنه ﷺ

العسكر وهم الذين يحكمون لأهل الفيء في مغزاهم لأن رزقهم من الأخماس الأربعة، والأئمة وأهل علم الشرع وآلته وطالبيه وحفاظ القرآن ويعطى هؤلاء ولو مع الغنى ومن عجز عن الكسب وذلك لأن بهؤلاء يحفظ المسلمون، ويجب تقديم الأهم مما ذكر وأهمها الأول، ولو منع هؤلاء حقوقهم من بيت المال وأعطى أحدهم منه شيئاً جاز له أخذ ما لم يزد على كفايته على المعتمد .

(و) الخمس الثاني (للهاشمي والمطلبي) أي لبني هاشم وبني المطلب دون مواليتهم وبني عميتهم نوفل وعبد شمس اتباعاً لتخصيصه ﷺ للأولين به دون الآخرين مع سؤالهم له لأنهم إلا النادر منهم فارقوه جاهلية وإسلاماً وكانوا يؤذونه، والعبرة بالانتساب إلى الآباء ويشتركون فيه ولو أغنياء لأنه ﷺ كان يعطي العباس وهو غني، لكن (ذكر) منهم (كأنثيين) لأنه عطية من الله تعالى بقرابة الأب كالإرث ولو لم يف بالجميع قدم الأوج فالأوج وكذا يقال في الأصناف الآتية والخنثى كالأثني .

(و) الخمس الثالث (للتيتم) وهو صغير ذكر أو غيره لا أب له وإن كان له أم أو جد أو كان من زنا أو منقياً لخبز "لا يتم بعد احتلام" واليتيم في البهائم من فقد أمه وفي الطير من فقد أباه وأمهم ومن فقد أمه فقط من الأدميين يقال له منقطع، وإنما يعطى متصرف بالإسلام (وبفقر) أو مسكنة لإشعار لفظ اليتيم به، ويجب تعميمهم إن أمكن لا التسوية بينهم ولا بد من بينة باليتيم والإسلام والفقر ولا بد معها في نحو الهاشمي من استفاضة لنسبه على ما ذكره جمع، ويصدق مدعي فقر أو مسكنة أو كونه ابن سبيل بقوله وإن اتهم .

(و) الخمس الرابع (للفقير والمسكين) ويشملها المساكين في الآية أو ثبت الحكم في الفقراء بالأولى، ويجوز أن يجمع لهم بين الكفارة وسهمهم من الزكاة والخمس فلهم ثلاثة أموال .

(و) الخمس الخامس (لابن السبيل) وسيأتي بيان كل في الباب الآتي، ويشترط في ابن السبيل الفقر، ويجب تعميم الأصناف بالعتاء فلا يختص من حضر محل حصوله ولا أهل كل ناحية بالحاصل فيها، نعم إن لم يسد الحاصل مسداً لو عم قدم الأوج ولا يعم للضرورة

يقسم خمسة وعشرين خمسا، لأنه وإن كان خمسة أخماس إلا أن واحداً من أخماسه مقسوماً على خمسة فلزم بسط الكل أخماساً ومجموعها ما ذكر، وكان ﷺ يستحق أحداً وعشرين خمسا باعتبار أنه لمزية النصر للمسلمين وذلك منحصر فيه لا دخل لغيره فيه بوجه فكانت له تلك العشرون لكنه

ولو فقد بعضهم وزع سهمهم على الباقين، ويجوز التفاوت بين آحاد كل صنف غير الثاني (والباقي) وهو الأخماس الأربعة (وكان له عليه) الصلاة (والسلام) في حياته مضمونا إلى خمس الخمس أي كان يجوز له أخذ الأخماس الأربعة لحصول النصرة به لكنه لم يأخذ لنفسه إلا خمس الخمس كما مر (للمقاتلة) وهم المرصدون للجهاد بتعيين الإمام ويسمون مرتزقة لأنهم الذين بهم النصرة بعده ﷺ وكذا قضاتهم كما مر وأئمتهم ومؤذنونهم وعمالهم (كل) بالجر بدل من المقاتلة أي لكل منهم وإن كان غنيا (كفايته) بدل ثان بدل اشتغال لوجود شرطه وهو أن يدل على معنى في الأول أو ما يستلزمه، ويجوز رفعهما بناء على جواز بدل الجملة من المفرد وبه قال جماعة ونصب كفايته بعامل محذوف دل عليه السياق وهو يعطي من سائر المؤن ويراعى الزمان والمكان والرخص والغلاء ومروءة ذوي المروءات منهم (و) كفاية (زوجاته) وإن كن أربعاً سواء القديمة والحديثة وكذا الرجعية كما هو ظاهر (وولده) وأصوله اللازم له مؤنتهم وإن كثروا (وعبيد حاجته) كخدمة اعتادها ولم يكف لها واحد وكالقتال معه فإن لم يكونوا له أعطيتهم كما يعطى الفارس من الخيل ما يحتاجه للقتال، ومؤنته إما عبد زينة أو تجارة وزائد على عبد يكفي لخدمته فلا يعطى لهم ثم ما يدفع إليه لزوجته وولده الملك فيه لهما حاصل من الفيء، ويعطى المرتزق جميع ما ذكر (وإن عجز) بنحو جنون أو زمانة وإن طال لثلا يرغب الناس عن الجهاد ثم إن لم يرج زوال مانعه محى اسمه وإلا فلا كما بأصله فعبارته أحسن (فإن مات) المرتزق عن زوجات وأم ولد وأولاد وأولادهم وأصول تلزمه مؤنتهم لا عبيد حاجته لانقضائها بالموت خلاف ما يوهمه عبارته كأصله (أعطوا بعده) كفايتهم اللائقة ترغيباً للمجاهدين ويستمر الإعطاء (حتى تنكح أنثى) من زوجة وأم ولد وبنت أو تستغني ولو بكسب (و) حتى (يستقل ذكر) بكسب يكفيه وإن لم يبلغ، ومن عبر بالبلوغ جرى على الغالب أو برغبته بعد البلوغ في الجهاد فيثبت اسمه في الديوان، فإن بلغ عاجزا استمر رزقه (و) من مات من المرتزقة بعد جمع المال وانقضاء المدة المضروبة للتفريق أو بعد جمعه وقبل انقضائها كان (قسطه لمدة) مضت (من مال جمع) وهي كل المدة في الأولى والماضي منها فقط في الثانية (لوارثه) لأنه حق لازم ثبت له فينتقل لوارثه كالأجرة في الإجارة ولا يسقط هذا الحق بالإعراض عنه وخرج بجمع موته قبل جمعه ولو بعد انقضاء المدة فلا شيء لوارثه.

كان لا يساثر بها بل يصرفها في فقراء أصحابه المقيمين والقادمين عليه، وبعده ﷺ صارت تلك

(ووضع) الإمام وجوبا كما اقتضاه كلام الروضة وغيرها واختاره الأذرعى وغيره لثلا يقع في الغلط والتخبيط وقال الإمام ندبا (ديوانا) بكسر أوله أشهر من فتحه أي دفترا وأول من وضعه عمر رضي الله عنه (و) ندبا (قدم) في إثبات الاسم والإعطاء (قريشا) لقوله رضي الله عنه « قدموا قريشا » ولشرفهم به رضي الله عنه وهم ولد النضر بن كنانة وهو الثاني عشر من أجداده رضي الله عنه سماوا بذلك لتقرشهم وهو تجمعهم، وقيل لشدتهم يقدم (الأقرب) منهم (فالأقرب) إليه رضي الله عنه، فيقدم بني هاشم جده الثاني وبني المطلب شقيق هاشم لتسويته رضي الله عنه بينهم ثم بني عبد شمس شقيقيهما ثم بني نوفل أخيهم لأبيهم عبد مناف بن قصي وهكذا كما بينته في الأصل (ثم) يقدم بعد قريش (الأنصار) لأنارهم الحميدة في الإسلام (ثم العرب) وقضية كلامه كغيره التسوية بين سائرهم وخالف فيه الماوردي كما بينته مع ما يتعلق به ثم، وإذا استوى اثنان في مرتبة قدم (الأسن) منهما (ثم) إن استويا سنا قدم (الأسبق) منهما (إسلاما وهجرة) هذا ما في أصله كالرافعي والمعتمد ما في الروضة أنه عند الاستواء يقدم بالسبق إلى الإسلام ثم بالدين ثم بالسن ثم بالهجرة ثم بالشجاعة ثم يتخير الإمام ثم بعد العرب ^(١) العجم ولم يذكره جريا على أنهم كلهم في مرتبة واحدة والمعتمد خلافه كما بينته ثم .

(ونصب) الإمام ندبا للمرتزة (عرفاء) جمع عريف فعيل بمعنى فاعل؛ وهو الذي يعرف مناقب القوم ليعرضوا عليه أحوالهم ويجمعهم عند الحاجة للتسهيل (وفرق) الإمام أو نائبه أرزاقهم (متى شاء) مسانهة أو مشاهرة أو غيرها بحسب ما يراه وليجعل وقت العطاء معلوما لا يختلف والأولى مرة في السنة (و) إذا فضل عن حاجاتهم شيء من الأخماس الأربعة بعد القسم عليهم بحسب حاجاتهم (رد) الإمام أو نائبه (ما فضل فيهم) على قدر مؤنتهم لأنه لهم (أو) رد بعضه (فيهم) وبعضه (في مصلحة حرب) من نحو خيل وسلاح ليكون عدة لهم، وقضية كلامه كغيره منع صرف جميع الفاضل لمصلحة الحرب وإن صرفه لا يختص بالرجال المقاتلة وله وجه وإن صرح الإمام بخلافه والغرض من

الأخماس الأربعة للمقاتلين لأنهم الذين بهم النصر، وكان رضي الله عنه يأخذ خمس الخمس الباقي بصرف

(١) (قوله ثم بعد العرب إلخ) فهم من المتن أن العجم بعد العرب وأنه لا يعتبر في العجم التقديم بالسن والسبق إلى الإسلام والهجرة والراجح اعتبار التقديم فيهم بالنسب والسن والفضائل اهـ إسعاد بمعناه .

ذلك أن الإمام لا يبقي في بيت المال شيئا من الفيء ما وجد له مصرفا، فإن لم يجد ابتداءً بناء رباطات ومساجد بحسب رأيه وله صرفه لهم كفاية السنة القابلة بل له صرف الفيء في غير مصرفه، ويعطي مستحقه من غيره إذا رأى المصلحة فيه ولو أخر حقهم عن وقته طالبوه به، فإن فقد الفيء بقي دينا على بيت المال دون الإمام.

قال ابن عبد السلام: ولا يجوز وضع الدراهم عند صيرفي ذمي بحضور الأمين أي لأن فيه نوع إذلال لهم (وما حصل) من مال أو اختصاص الحربيين لم يغصبوه من مسلم أو ذمي بقتال منا أو (بإيجاف) أي إسراع ولو من نحو صبيان وعبيد بنحو خيل أو إبل أو بغال أو رجالة في البر أو السفن منا أيضا ولو بعد انهزامهم أو قبل شهر السلاح حين التقى الصفان غنيمة، ومنها ما أخذ منهم قهرا بدون إيجاف إذ التعبير به إنما للتبرك بلفظ الآية وإلا فمنطوقه ومفهومه غير مراد إذ لو جلوا عن مال خوفا من خيلنا وركابنا وضرب معسكرنا بدارهم فهو فيء مع وجود الإيجاف، وما أخذه مسلم من دارهم اختلاسا أو سرقة أو لقطعة غنيمة مع عدم الإيجاف الحقيقي فيه لكن مر(١) أنه يكفي بصورته فلا يرد وليس منها ما حصله منهم أهل الذمة بنحو قتال فيفوزون به من غير تخميس (فلمسلم) غير مخذل ولو نحو صبي وامرأة وخنزير من رأس المال قبل القسمة الآتية إن (خاطر) بنفسه بأن ركب بها غررا في نحو قتل من يأتي (لا) من لم يخاطر نحو (رام) إليه (من صف) أو حصن لنا (سلب من) أي كافر كبير أو حر أو ذكر أو ضد كل متحد أو متعدد (أسره) بأن أمسكه بحيث منعه الهرب وضبطه، وإن من عليه الإمام أو أرقه أو فداه (أو) من (أزال منعه) بفتحات وقد تسكن نونه بأن أثنخه أو أعماه أو قطع يده ورجليه مثلا لا إحداهما ولو مع إعماء عين أو إغرائه كلبا عقورا أي مثلا بأن وقف بعد إغرائه في مقابلته حتى قتله هذا كله إن أسره أو أزال منعه أو قتله في حال كونه (محاربا) أي مقبلا على القتال معه أو مع غيره أو مدبرا عنه والحرب قائمة وإن لم يشترطه الإمام لقوله ﷺ «من قتل قتيلا فله سلبه» ونحو الأسر في معنى القتل.

منه على نفسه الكريمة وأهله وغيرهم وأخماس الخمس الأربعة للأصناف الأربعة بني هاشم والمطلب واليتامى والفقراء والمساكين، وكذلك كانت الغنيمة على نحو هذه القسمة وهذا المنوال، فتأمل ذلك

(١) (قوله لكن مر) أي عند تعريف الفيء أنه يكفي أي حيث جعلت السرقة ونحوها الفيء لشبهة الإسراع فقد اكتفى بصورة الإيجاف اهـ.

أما الكافر ولو ذميا أذن له الإمام فلا سلب له لأن ما يأخذه أجرة بخلاف نحو الصبي لاستحقاقه بنفس الحضور والسلب جميع ما على القتيل أو نحوه أو معه أو ينسب إليه (من سلاح) وملبوس عليه أو على فرسه (و) لو لأجل (زينة) لأنه بجميع أنواعه متصل به وتحت يده (ونفقة) وظرفها (ومركب) مقاتل عليه أو ممسك عنانه وهو يقاتل راجلا وآلته كسرج لا مهر تابع له (وجنيبة) وعدتها سواء التي أمامه وخلفه وعن يمينه أو شماله لأنها معدة لركوبه في الحرب، بخلاف التي تحمل أثقاله وليس له غير جنيبة فيتخير واحدة (مما) أي من الجنائب التي (معه وعدتها) لأنها تبع لها (لا حقيبة) يرفعها عطفًا على سلب المبتدأ المخبر عنه بقوله فلمسلم وهو بفتح المهملة وكسر القاف وعاء يجمع فيه المتاع ويجعل على حقو البعير والمراد هنا أعم ليشمل المشدودة على نحو الفرس وما فيها فلا يأخذها كأمتعته المخلفة عنه في رحلها وخيامه، ويفرق بينها وبين الجنيبة بأن تلك لها نفع عام في الحرب فأشبهت آلاته بخلاف هذه (و) لا (رقبته) أي المأسور (و) لا (بدله) أي فداء فلا حق له فيهما بل هما للمسلمين إذ لا يسميان سلبا.

(ثم) بعد إخراج السلب والمؤن اللازمة كأجرة نحو حمال وحارس حيث لا متطوع (قسم) الباقي أسهما خمسة متساوية (ولو عقارا) اتباعا لفعله ﷺ في أرض خيبر، ونص على العقار لثلا يتوهم أن للإمام وقفه وبيعه نظير ما مر في الفيء، والفرق تؤكد حق الغانمين في الغنيمة، وعند إرادة القسمة يكتب خمس رقاغ: في واحدة لله تعالى أو للمصالح وعلى الأربعة للغانمين ويقرع فحينئذ (الخمس) الذي خرج عليه لله أو للمصالح (لأهله) وهم الخمسة السابقون أول الباب يصرف إليهم كما يصرف خمس الفيء (والباقي) وهو الأخماس الأربعة يصرف فورًا ندبا بل يكره تأخيره بلا عذر قبل صرف الخمس (لمن حضر) الواقعة غير مخذل ولا مرجف (لحرب) أي لأجل قتال الكفار وإن لم يقاتل أو قاتل وإن لم يحضر لأجله وفي معناها جاسوس وكمين، ومن أخر ليحرس العسكر من هجوم العدو وذلك لقوله ﷺ وقد سئل عن الغنيمة «لله خمسها وأربعة أخماسها للجيش فما أحد أولى به من أحد» ويستحق الحاضر لحرب سهما كاملا (ولو) كان (أسيرا) من المسلمين (عاد) إليهم (وكافر أسلم) والتحق بجيشهم إن حضر كل منهما الصف وإن لم يقاتل، واستحقاق

ليتضح لك أن المتن لا اعتراض عليه، ولذا قررت عبارته في الشرح ومزجتها بما يوافق هذا الذي ذكرته.

الحاضر لحرب في الأثناء إنما هو مما أحرز بعد حضوره (لا من محرز قبله) لاستحقاق الحاضرين له قبل مجيئه فلا يشاركهم فيه كما لو حضر^(١) بعد انقضاء القتال وقبل الحيازة وإن خيف رجوعه إليهم لعدم شهوده الواقعة ويستحق الحاضر لحرب (وإن مرض) أو جرح في أثناء القتال ولو أزمته الجرح والمرض ولم يرج زواله للانتفاع برأيه ودعائه ولثلا يمتنع الناس من الجهاد، بخلاف من حضر زمناً أو أعمى لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ويستحق الحاضر لحرب (و) إن (تحييز إلى فئة قريبة) لبقائه في الحرب معنى، بخلاف المتحييز إلى فئة بعيدة فإنه لا يستحق إلا بما غنم قبل تحييزه إليها أو بعد عوده، ويصدق مدعي التحيز للقريبة أو التحرف للقتال بيمينه (أو مات فرسه) في أثناء القتال أو خرج عن ملكه أو سرق أو أعاره (لا) إن مات الفرس قبل الشروع أو (هو) أي المقاتل ولو راجلا أثناءه لأنه متبرع، بخلاف ما لو مات بعد انقضائه ولو قبل الحيازة فإنه يسهم له وبأخذه وارثه (لا) إن حضر (أجبر عين) لغير جهاد كخياطة وسياسة (و) لا إن حضر (تاجر ومحترف) وفي نسخة بجر الثلاثة عطفاً على من وهو أقل تكلفاً فلا يسهم لهم (إلا إن قاتلوا) لأنهم حققوا المقصود من الحضور فإن لم يقاتلوا رضخ لهم.

أما أجبر الذمة فيعطى وإن لم يقاتل لإمكان اكترائه من يعمل عنه ويتفرغ للجهاد، وأجبر الجهاد الذمي له الأجرة فقط والمسلم لا أجرة له لفساد إجارتة لذلك قال البغوي ولا رضخ وإن قاتل لإعراضه عنه بالإجارة وكلام الرافعي يقتضي ترجيحه (وطرد) وجوباً فيما يظهر إلا لعذر عن الجيش (مخذل) وهو من يكسر الأراجيف ويكسر قلوب الناس فلا شيء له مطلقاً وإن لم يطرد لأن ضرره أكثر من ضرر المنهزم (ومنع) وجوباً كذلك من الخروج للقتال والحضور فيه لمزيد ضرره (والجيش الغازي) أي الذي دخل دار الحرب (وسراياه) التي بعثها الإمام أو الأمير من دار الحرب بأن كان فيها (شركاء) فيما غنمه كل منهم وإن اختلفت الجهات وبعدت خلافاً لجمع لاستنصار كل فرقة بالأخرى لأن كلا منهما دخل في إدخال الرعب على الحربيين أما بعثه سرايا لدار الحرب فلكل غنمها إلا إن تعاونوا أو اتحد

(١) قوله كما لو حضر إلخ) أي: لا شيء لمن حضر بعد انقضاء القتال ولو قبل حيازة المال ولو خيف رجوع الكفار إليه لعدم شهوده الواقعة اهـ.

أميرهم والجهة (لراجل) بدل من لمن^(١) بإعادة الجار (سهم وذئ) أي ولذئ (فرس) جذع أو ثني عربي الأبوين أو عجميها أو متولد بينهما (لا) أي غير (رازح) براء فزاي مكسورة ثم مهملة أي بين الهزال، وأراد به ما يشمل الكسير والضعيف والهزم فلا يضر مجرد الهزال وهو العجف خلافا للحاوي (وإن غصبه لا ممن حضر) أسهم (ثلاثة) وإن حضر بأكثر من فرس سهم له وسهمان لفرسه للاتباع فيهما وإن قاتل في ماء أو حصن لأنه قد يحتاج للركوب وبه يعلم أن محله إن قرب من الساحل واحتمل أن يخرج ويركب ويقتسم الشريكان كملكيهما أما الرازح بأنواعه فلا سهم له إذ لا غناء فيه بخلاف الشيخ لرأيه وأما المغصوب من الحاضر فالسهم له إذ لم يختر إزالة يده فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه.

وقضيته أن من استأجر أو استعار من حاضر استحق دون مالكة (وباجتهاد رضخ الإمام) أو نائبه أي أعطى دون سهم الفرس (لغير فرس) من نحو بغير وفيل وبغل وحمار لأنها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل لها بالكر والفر اللذين تحصل بهما النصره غالباً، ويفضل فيل على بغل وهو على حمار ويظهر أن البعير بعد الفيل وقبل البغل وزعم تفضيل البغل عليه مردود (و) باجتهاد رضخ الإمام أو نائبه (لذمي) أو معاهد أو مستأمن ذكر أو أنثى (أذن له) الإمام أو نائبه من غير إكراه في الحضور فحضر (ولم يستأجره) وإن لم يقاتل اتباعاً في اليهود وقياساً في غيرهم فإن استأجره الأجرة فقط لأن طعمه فيها دفعه عن الغنيمة وحذف الهاء مع البناء للمفعول في نسخة حسن إذ استئجار الآحاد يمنعه من الرضخ أيضاً كما هو ظاهر من العلة المذكورة أما إذا لم يأذن له فلا رضخ بل يعزره إن رآه وخروجه بإكراهه له فيه أجرة المثل ولا رضخ له حينئذ (وعبد وصبي) فيه نفع لا كطفل على الأوجه (وامرأة) وخنثى وزمنٌ وأعمى ومجنون وإن حضروا بغير إذن مالك أمرهم اتباعاً في العبد وقياساً في غيره بل جاء مرسلًا في الصبي والمرأة.

والأوجه كما بينته في الأصل أن البعض كالعبد ولو في زمن نوبته ويعتبر في استحقاق المسلم الرضخ أن لا يكون له سلب ذكره في الكفاية، ولا يرضخ في جميع ما مر

(١) (قوله بدل من لمن) الأولى أن يقول بدل من من حتى يكون لقوله بإعادة الجار موقع، إذ لو لم يقل بأداة الجار لكان البديل باللام والمبدل بها أيضاً عبد الرؤوف.

إلا (أقل من سهم) فلا يبلغ برضخ غير الفرس وغير الكامل سهمهما حتى رضخ الفارس لا يبلغ به سهم راجل على الأوجه لأنه تبع للسهم كالحكومة مع الأرش المقدر ويفاضل فيه بين أهله بقدر نفعهم (و) باجتهاد (شرط) الإمام أو نائبه نفلا بفتح أوليه وقد يسكن الفاء (لمخاطر) بفعل فيه مزيد نكايه في العدو كهجم أو دلالة على قلعة وتجسيس احتيج إليه لكثرة العدو وقلة المسلمين ولو غير معين كمن فعل كذا فله كذا، ولا يختص شرطه بالمخاطر خلافا لما يوهمه كلامه كأصله بل له أن ينفل من صدر منه أثر محمود كمبارزة وحسن إقدام بحسب ما يليق بالحال ويجوز أن يجعل ذلك النفل (أجرا) يعني شيئا مقابلا لعمله وإن لم يكن بلفظ الاستعجار (من) حاصل سهم (المصالح) الموجود عنده في بيت المال لكن يشترط حينئذ كونه معلوما (وكذا) يجوز أن يجعله (مما يحصل) كسهم المصالح من الغنيمة في هذا القتال أو غيره لكن (إن قدر بجزء) كثلث وربع ويحتمل فيه الجهالة للحاجة ويجتهد الإمام في الجزء الذي يعينه معتبرا عمله وخطره (وقسمت كلاب) وقعت في الغنيمة وهي مما ينتفع بها وتنازعها الغائون ومثلها نحو سرجين وكذا جلد ميتة على الأوجه وتقسم (عددا) إن أمكن وللرافعي فيه بحث أجبت عنه في الأصل (وإلا) يمكن (أقرع) عليها وأخذها من قرع فإن لم يردا أحد خليت أو قتلت ويظهر أن محله إن خيف رجوعها إليهم وإلا حرم قتلها لأن الصورة أن فيها نفعاً.

(باب في قسم الصدقات)

أي: الزكوات على مستحقيها.

(الزكاة) وهي القدر المخرج من المال على الوجه السابق لأصناف ثمانية بنص قوله تعالى - إنما الصدقات للفقراء - الآية، وأضيفت فيها الأربعة الأول بلام الملك إشعاراً بإطلاقه فيهم وإلى الأربعة الأخيرة بفي الظرفية إشعاراً بتقييده فيهم حتى إذا لم يحصل الصرف في مصارفها استرجع بخلافه في الأول على ما يأتي (للفقير) وهو هنا (من عدم ما يسد مسداً من مال) له (وقريب) أصل أو فرع (وزوج) ينفق عليه (وكسب) حلال يليق به أو يشتغل

(باب في قسم الصدقات)

(قوله وهو من عدم الخ) وقع له في المزج هنا وفيما يأتي ما يقتضي الرفع والجبر، وليس على

بما هو أهم منه كما يأتي بأن لم يكن له شيء من ذلك يقع جميعه أو مجموعه موقعا من كفايته مطعما وملبسا ومسكنا وغيرها مما لا بد منه على ما يليق به وبمن في نفقته من غير إسراف ولا تقتير، وإن ملك أكثر من نصاب كمن يحتاج لعشرة ولا يجد إلا ثلاثة وإن كان صحيحا يسأل أو له مسكن وثياب يتجمل بها وعبد يخدمه، وإن تعدد ما يحتاجه من ذلك أو غاب ماله لكن بمسافة القصر ولم يجد من يقرضه أو تأجل لا من دينه قدر ماله إلا إن صرفه فيه ولا مكفي بنفقة قريب أو زوج يلزمه نفقته لغناه حينئذ كالمكتسب كل يوم قدر كفايته، نعم له الأخذ بغير الفقر والمسكنة إن وجد فيه شرط الاستحقاق حتى ممن يلزمه نفقته على تفصيل فيه في الأصل ولا أثر لنشوز الزوجة لقدرتها على تركه فهي كقادر على كسب تركه أما إذا لم يكتف بالنفقة الواجبة له فيعطيه المنفق وغيره حتى بالفقر، ويسن لها أن تعطي زوجها حتى من سهم الفقراء وإنما يمنع الفقر ماتقر من كسبه حلال (لا مزر) أي غير مزر به عرفا بأن يكون لائقا بمروءته يقع موقعا من كفايته (ومانع تفقه) أي وغير مانع من الاشتغال بالفقه ومثله الحديث والتفسير وآلاتها فإن فقد شرط من ذلك فكالعدم كأن لم يجد من يستعمله أو وجده وماله أو الكسب حرام أو لم يلق به أو لم يقع موقعا من كفايته أو وقع لكن اشتغل عنه بصوم الدهر المنذور إذا انعقد نذره أو بحفظ القرآن أو بعلم شرعي أو آلة له وكان يتأتى منه تحصيل شيء منه وإن قل فيما يظهر والكسب يمنعه منه، وكذا لو منعه من الزيادة فيه كما هو ظاهر فيعطى ليتفرغ لتحصيله لعموم نفعه به فارق الاشتغال بالنوافل بخلاف ما إذا لم يمنعه من ذلك كالنساخة في بعض الأحيان.

ويظهر أن اشتغاله بقضاء الفوائت يجوز إعطائه وإن لم يجب عليه الفور في القضاء لاحتياجه إلى صرف الزمان فيه مبادرة لبراءة ذمته (وللمسكين) وهو (من وجده) أي ما يسد مسدا من حاجته بملك أو كسب حلال لائق غير مانع من نحو الفقه مما مر (و) لكنه (لم يكفه) كمن يحتاج لعشرة وعنده ثمانية لا تكفيه الكفاية السابقة وإن ملك أكثر من نصاب حتى أن للإمام أن يأخذ زكاته ويدفعها إليه فهو أحسن حالا من الفقير والعبدة عند الجمهور في عدم كفايتهما بالعمر الغالب بناء على الأصح أنه يعطى ذلك كما بينت ذلك ثم مع رد ما أورد عليه ولا يخرج عنهما ملك ثياب شتاء يحتاجها صيفا وعكسه، ولا ملك كتب علم مما مر يحتاجها للتكسب كالمؤدب والمدرس بأجرة أو للقيام بفرض وإن لم

الحتم بل الإشارة إلى جواز الإتيان والقطع إلى الرفع في الصفة بل والنصب أيضا.

يحتجها إلا بعد أكثر من سنة، ولو تكررت عنده نسخ من كتاب بقي له الصحيحة ثم الأصح لا الأحسن أو من علم بقي له المبسوط والموجز للمدرس والمبسوط فقط لغيره مالم يكن في الموجز ما ليس فيه فيما يظهر وتبقي كتب طب لمكتسب ومعالج نفسه مالم يوجد معالج أي موثوق به متبرع فيما يظهر.

ويظهر أيضا أن المراد وجود جنس المعالج المذكور غالبا ووعظ ليتعظ بها وإن كان ثم واعظ لا كتب تفرج كتواريخ فيها مجرد الوقائع وشعر ليس فيه حمل على طاعة (فيغني كل) من الفقير والمسكين بأن يعطى من تعود التجارة رأس مال يكفيه ربحه غالبا ويختلف باختلاف الحرف والنواحي وقدروا لذلك تقديرات لا تطرد الآن فلا تعويل عليها بل على ضابطهم المذكور، ومن تعود الحرفة ولا يجد آلتها تشتري له وإن غلت ومن لم يحسن حرفة ولا تجارة يعطى كفاية العمر الغالب لا سنة خلافا للحاوي كالرافعي فيشتري له عقار يكفيه غلته، والمشتري لذلك الإمام نظير ما يأتي في الغازي (وصدقا) في دعوى فقر ومسكنة (لا في) دعوى (تلف) لمال عرف لأحدهما بل يكلف البينة لسهولتها ولأن الأصل عدمه (و) لا في (ولد) ونحوه ممن يلزمه مؤنته بل يكلف بينة لذلك .

والمراد به هنا وفيما يأتي إخبار عدلين أو عدل وامرأتين ويغني عنها الاستفاضة لأن المدار على غلبة الظن حتى لو حصلت بإخبار عدل واحد كفى كما اقتضاه كلام أصل الروضة (ولا يمين) على مدعي فقر أو مسكنة وإن اتهم خلافا لقول الحاوي وتندب حينئذ لبناء الزكاة على الرفق (وللعامل) والذي يستحقه (أجر مثل) لعمله فقط لأن استحقيقه بالعمل فإن زاد السهم على أجرته رد الزائد على بقية الأصناف أو نقص عنها كملت من بقية السهام أو من سهم المصالح، وللإمام أن يجعلها من بيت المال إجارة أو جعالة، ويقسم المال على بقية الأصناف فيسقط سهم العامل كما لو فرق المالك ثم هو (كساع) وهو من يبعثه الإمام لأخذ الزكوات وبعثه واجب وشرطه ما تضمنه قوله (فقيه بها) أي بما فوض إليه منها ليعلم ما يأخذ وما يدفع إليه (أهل الشهادات) كلها بأن يكون مسلما مكلفا عدلا حرا ذكرا ناطقا سميعا بصيرا متيقظا لأنه نوع ولاية وتصرف في مال الغير، ومن ثم لو أرسل لقبض معين لم يعتبر فيه إلا التكليف والعدالة والإسلام، ولو فوض إليه القبض من حاضر لم

يشترط فيه ذلك، ويكره كونه امرأة، ويحث امتناع كونه هاشميا أو مطلبيا، ولا ينافيه ما يأتي من جواز كون نحو الكاتب كافرا لأن ما يأخذه محض أجره، وأما هذا فما يأخذه فيه شائبة الزكاة، ويجب كتمها عنه إن جار في القسمة، ولو أخذها ولو كرها أجزأت وإن لم يوصلها لمستحقيها لأنه نائبهم كالإمام (وكاتب) يكتب ما يؤخذ ويدفع، وقاسم وحاشر يجمع أرباب الأموال، وعريف يعرف أرباب الاستحقاق وحافظ قبل قبض الإمام وجندي وجاب ويزاد فيهم بقدر الحاجة.

وأما حافظ وراع بعد قبضه فأجرتهما في جملة السهمان لا من سهم العامل، وأجرة كيبال ووزان وعداد ميزوا الزكاة من المال على المالك أو بين الأنصباء فمن سهم العامل (لا إمام وقاض) ووال فلا حق لهم في الزكاة بل في خمس الخمس كما مر أول الفياء (وللمؤلف) والذي يستحقه بأنواعه الآتية (ما رأى) (الإمام) أو نائبه كافيا للحاجة كل وحاجة مونه، وسيأتي أن سهم المؤلف لا يسقط عند تفرقة المالك فحينئذ قوله ما رآه الإمام محله إن كان هو المرفق فإن فرق المالك فما رآه هو (وهو) أنواع ثلاثة (ضعيف إسلام) بأن دخل فيه ونيته ضعيفة فيه إذ الإيمان يزيد وينقص أو في أهله بأن يرى أنهم لا يحسنون لمن دخل في دينهم (أو شريف) في قومه مسلم (يرجى) بإعطائه (إسلام نظرائه) (أو) مسلم (مشاغر) أي مقيم بثغر من ثغورنا (لكافر ومانع زكاة) وبأغ أي لأجل أن يكفيننا شر من يليه منهم، ومثله من يجبي الصدقات من قوم يتعذر إرسال ساع إليهم وإن لم يمنعوا ومحل إعطاء المشاغر إن (كفانا) ذلك (بمؤنة) تكون علينا (أقل) مما يصرف على جيش نبعثه، ويعتبر في إعطاء المؤلف بأقسامه احتياجا إليهم على ما قاله جمع لا كونه ذكرا على المعتمد أما الكافر فلا يعطى ليتألف مطلقا إجماعا لا من الزكوات ولا من غيرها، نعم يجوز كون نحو الكاتب والحافظ كافرا مستأجرا من سهم العامل لأن ذلك أجره لا زكاة ذكره جمع وبينت في الأصل دفع ما اعترض به عليه (وصدق) النوع (الأول) بلا يمين في ضعف نيته لأن كلامه يصدقه، بخلاف الأخيرين فإنهما يحتاجان لبينة بالشرف والكفاية المذكورين وكذا العامل (وللرقاب) وهم كل مكاتب كله (صحيح كتابته) بخلاف فاسدها لأنها غير لازمة من جهة السيد، ولا يغني عن هذا قوله في الكتابة لا في زكاة إذ لولا هذا لربما توهم أن الفاسدة هي المختصة بالزكوات، هذا إن عجز عن الوفاء وإن كان كسوبا بخلاف غير

(قوله ولا يغني عن هذا إلخ) أي أن قول المتن في باب الكتابة والفاسدة كالصحيحة في كذا

العاجز لعدم حاجته (فيعطى) هو ولو بغير إذن سيده (أو) يعطى (سيده بإذنه دينه) أي قدر دينه الذي عجز عنه، وهذا أحوط إن حصل العتق بالمعطى وإلا كان إعطاؤه للمكاتب أولى لأنه قد يتجر فيه وينميه فهو أقرب إلى العتق وظاهر إن محله أن وثق منه بذلك وإلا دفع للسيد مطلقاً أما المعطى له بغير إذن العبد فلا يكون زكاة لأنه المستحق، لكن يسقط عنه بقدر المعطى لأن من أدى دين غيره بغير إذنه برئت ذمته.

ويؤخذ منه فرض ذلك في المالك لأن فساد إعطائه عن الزكاة يبقى الملك له فيكون مؤدياً دين غيره بغير إذنه بخلاف الساعي، والغارم كالمكاتب في هذا التفصيل، ويعطى المكاتب (ولو بتصديق خصم) وهو السيد لظهور الحق بالتصديق (أو إشاعة) وهي اشتهاار الحال بين الناس لغلبة الظن بها ويغني عنها بينة بل وإخبار عدل فيما يظهر نظير ما مر (كغارم) في أنه يكفي فيه تصديق رب الدين والإشاعة ونحوهما مما ذكر، ويعطى المكاتب (و) لو (قبل حلول) لنجوم الكتابة وإنما اشترط في الغارم الحلول لأن الحاجة إلى الخلاص من الرق أهم وأكد (ورد) المكاتب ما أعطيه من الزكاة (إن رق) لأن المأخوذ لم ينصرف في العتق هذا إن بقي وإلا تعلق بدمته فقط لحصوله عنده برضا مستحقه: أي أو القائم مقامه وهو الساعي (أو) إن (أعتق) بأي وجه كان لعدم حصول المقصود به وفيما إذا أعتق يرد بالزوائد المتصلة دون المنفصلة كما ذكره ابن أبي عصرون قياساً على المبيع إذا رد بعيب انتهى وهل مثلها الأولى إذ ظاهر القياس على البيع أن الرد إنما يرفع الملك من حينه لا من أصله وإن رق وحينئذ يفوز السيد بها لأن مكاتبه ملكها قبل رقه؟ أو يفرق بأنه في حالة العتق حصل المقصود من الأداء ولو بغير المدفوع مع تأمله للملك فكان أقوى منه إذا رق؟ كل محتمل (وضمن) المكاتب المال الذي أعطيه من الزكاة ولم يعتق به المثلي بمثله والمتقوم بقيمته (إن تلف) في يده أو أتلف أو زال ملكه عنه بعد عتقه لعدم حصول المقصود به، وفيه كلام سهم في الأصل (لا) حال كون تلفه (قبل عتقه) فلا يضمه سواء أتلفه أم تلف بأفة سماوية أم بانتقاله إلى غيره لتلفه على ملكه مع حصول المقصود، ومن ثم كان له أن يتجر فيه ليربح ويوفي ما عليه، ولا يجوز إعطاء مكاتبه من زكاته لبقائه على ملكه، وبه فارق إعطاء الدائن لمدينه، وهو مثله في استرداد المال منه إذا برئ وإن حدث عليه بعد البراءة دين آخر على الأوجه، بخلاف ما لو أدى من قرض لأن دينه لم يسقط وفي أنه لو أتلفه أو

وكذا إلى أن قال لا في زكاة لا يعني عن قوله هنا صحيح كتابة إذ لولا هذا إلخ اهـ.

تلف قبل البراءة لم يغرم أو بعدها غرم وفي أن له أن يتجر (ولغارم) ما يأتي وهو أنواع الأول من (ادان) أصله إِدَاتَانُ أبدلت التاء لاستثقالها دالا وأدغمت أي استدان (لإصلاح) بين متنازعين في جناية بدن أو مال لم يظهر فاعلها وخيف من وقوع فتنة بينهما فتحمل واجبها تسكيناً للفتنة فيعطى من سهم الغارمين ما استدانه لذلك (وإن غني) ولو بنقذ إذ لو اعتبر الفقر فيه لقلت الرغبة في هذه المكرمة.

أما إذا لم يستدن بأن أعطى ذلك من ماله فإنه لا يعطاه، وصحح في المجموع أنه يعطى مع الغناء وإن عرف القاتل وكان ثم من يسكن الفتنة غيره، والمستدين لمصلحة عامة كقري ضيف وفك أسير وعمارة نحو مسجد يعطى وإن غني بنقذ أيضا على الأوجه (أو) ادان (لنفسه) لطاعة أو مباح (و) كذا (لو) ادان (لإثم) أي معصية كإسراف في نفقة بأن كان يقتض مع عدم رجاء وفائه من جهة ظاهرة، وقولهم إن الإسراف فيها غير تبذير محلله في غير ذلك (فتركه) بأن صرفه في مباح أو لمباح ثم صرفه في معصية إن عرف قصد الإباحة أولا لكننا لا نصدقه فيه أي لا بد من غلبة الظن بأنه قصد الإباحة ولو بالقرائن الدالة على ذلك أخذنا مما يأتي في التوبة فمن قال لا بد من بينة مراده منها ما يغلب ظن الصدق كما مر، وكذا لا بد في الأولى من غلبة الظن أنه صرفه في مباح وإن اقتضى ظاهر كلامهم خلافه (أو) لإثم وفعله لكن (تاب) فيعطى في هذه الأحوال كلها كالمسافر لمعصية إذا تاب فإنه يعطى من سهم ابن السبيل، ويشترط غلبة ظن صدقه في توبته لا مضي مدة الاستبراء.

(و) إنما يعطى من ادان لنفسه بأقسامه المذكورة (إن أعسر) بأن عجز عن وفاء الدين وإن كان كسوبا إذا الكسب لا يدفع حاجته لوفائه بخلافه فيما مر، ثم إن لم يكن معه شيء أعطى الكل وإلا فإن كان بحيث لو قضى دينه مما معه تمسكن ترك له مما معه ما يكفيه أي العمر الغالب فيما يظهر وأعطي ما يقضي به باقي دينه فإن انتفى ذلك لم يعط لانتفاء الحاجة (وحل) الدين لعدم حاجته إليه قبل الحلول والأوجه خلاف ما يوهمه صنيعه الموافق لظاهر كلام أصل الروضة اشتراط الحلول في الغارم للإصلاح أيضا كذلك وإعطاؤه مع الغني محتاج إليه ترغيبا للناس فيما مر (كضامن) بدين وهو ثالث أنواع الغارم فلا يعطى إلا إن أعسر وكان المضمون حالا وكان ضامنا لمعسر مطلقا أو لموسر لا يرجع هو عليه كأن ضمنه

بغير إذنه (لا) إن كان ضامنا (لموسر) أي بما عليه (يغرم) أي يرجع عليه بما أداه عنه لكونه أذن له فلا يعطى لأنه إذا غرم رجوع، وكذا موسر التزم بموسر وإن لم يرجع كموسر التزم بمعسر لكن يعطى الأصيل.

(فرع) لو دفع لمدينه زكاته بشرط أن يردها عن دينه لم يجز ولا يصح قضاء الدين بها فإن نويها ذلك بلا شرط جاز وصح وكذا إن وعده المدين بلا شرط ولا يلزمه الوفاء بالوعد ولو قال لمدينه اقض ديني وأرده لك زكاة فأعطاه بريء ولا يلزمه إعطاؤه أو جعلت ما عليك زكاة لم يجز إلا إن قبضه منه ثم رده عليه أو لوديعه اكتل لنفسك من الوديعه التي تحت يدك صاعا زكاة لم يجز أيضا لانتفاء كيله له وكيله لنفسه لغو (ولسبيل الله) وهو كل ذكر (غاز تطوع) بالجهاد بأن لم يكن له رزق في الفبيء وإلا حرمت عليه الزكاة وإن كان عاملا فإن عدم الفبيء واضطررنا إلى المرتزق أعانته أغنياؤنا من أموالهم لا من الزكاة، وكذا القاضي إذا منع ما يستحقه من خمس الخمس فيعينونه كذلك كما اقتضاه كلام ابن الرفعة، لكن أطلق غيره أنه يعطى قدر أجرة عمله في الزكاة، ويعطى الغازي (ولو) كان (غنيا) لعموم الآية ويصدق في دعوى الغزو بلا يمين وكذا ابن السبيل ويسترد منه ما أخذه إن لم يخرج ويجب أن يعطى (كفايته) وكفاية ممونه ويصح الرفع والجر هنا وفيما يأتي نظير ما مر أول الفبيء (حتى) أي إلى أن (يعود) وإن طال المدة (مع فرس) يقاتل عليه إن احتاجه ومع ما يحمله في سفره إن عجز عن المشي أو طال السفر وما يحمل زاده ومتاعه إن لم يطق حملها (و) مع (سلاح) يقاتل به (ولو) كان كل من ذلك (عارية) مما اشتراه الإمام من هذا السهم.

ومعنى العارية هنا وجوب الرد عند العود لا ضمانها عند التلف بخلاف ما لو اشترى له فإنه يملكه وتتعين الإعارة أو الاستئجار عند ضيق المال، ويظهر في مقاتل أخذ سلاحا من الأحاد عارية ليقاتل به أنه لا يضمنه لو تلف لأنه لم يأخذه لحظ نفسه، نعم يتجه تقييده بما إذا اضطر إليه والمعطى للفرس والسلاح هو الإمام لا المالك لأنه يمتنع عليه الإبدال في الزكاة (ولابن السبيل) أي الطريق سمي بذلك لملازمته سلوكها وهو كل (ذي سفر) أنشأ من محل الزكاة أو اجتازها (مباح) ولو لنزهة وإن كان كسوبا على المعتمد لعموم الآية بخلاف سفر المعصية إلا إن تاب، وكذا مسافر لا لمقصد صحيح كالهائم ويجب حيث لم يكن معه

في سفره ما يكفيه كما بأصله وكلامه دال عليه أن يعطى (كفايته) وكفاية من معه من مؤونه أي جميعها نفقة وكسوة وغيرهما لا ما زاد بسبب السفر (سفرا) ذهابا وإيابا أراده إن لم يكن له بطريقه أو مقصده مال (أو) ما يبلغه (إلى) موضع (ماله) إن كان له مال وإن وجد من يقرضه كما في المجموع عن ابن كج وأقره لكن ضعفه الزركشي وغيره لمخالفته لنص البويطي وعلى الأول يفرق بينه وبين ما مر في الفقير بأن الحاجة هنا أتم وبأن في تكليفه القرض في السفر مشقة شديدة بخلافها ثم، ويعار أو يملك ما يحمله ومتاعه بتفصيلهما السابق في الغازي ويعطى أيضا لمدة إقامة المسافرين ويسترد فاضله مطلقا لا فاضل غاز قل أو ضيق على نفسه لحاجتنا إليه (ولا يأخذ) شخص من الزكاة سهمين (بوصفين) كعامل فقير لأن العطف في الآية يقتضي التغاير، نعم إن أخذ فقير بالغرم مثلا فأعطاه غريمه أعطي بالفقر لأنه الآن محتاج فعلم أن محل إعطائه بوصفين إذا أعطي بهما دفعة أو مرتبا ولم يتصرف فيما أخذه أولا والخبرة في الأخذ بأيهما إليه كما أفهمه تعبيره بيأخذ.

وخرج بالزكاة الفيء فمن فيه صفتا استحقاق يعطى بهما إن كان الغزو أحدهما (ولا) يأخذ أحد من الزكاة (مع رق) إلا المكاتب دون نحو مبعوض وإن كان بينه وبين سيده مهابة لنقصه (أو كفر) إجماعا وإن آل لمسلم ككافر مكاتب لمسلم أو مدين له بخلاف عكسه، ومر أنه يجوز كون الكاتب كافرا، وسيأتي حرمتها على بني هاشم والمطلب ومواليهما وإن انقطع عنهم خمس الخمس ومن بلغ تارك الصلاة مثلا سفيه فيدفع لوليه (وحصة) من فقد) من الأصناف أو من آحاد الصنف بأن لم يوجد منه إلا واحد أو اثنان (ثم) أي بمحل الزكاة والفاضل عن كفاية بعضهم (لمن بقي) إن نقص نصيبه عن كفايته فيرد نصيب الصنف كالفاضل على بقية الأصناف ونصيب المفقود من آحاد النصف على بقية ذلك النصف ولا ينقل شيء من ذلك إلى غيرهم لانحصار الاستحقاق فيهم أما لو عدموا كلهم أو فضل شيء عن كفايتهم فإن الكل أو الفاضل ينقل إلى جنس مستحقه بأقرب بلد إلى بلد الزكاة بخلاف دماء الحرم إذا فقد مساكنيه لاختصاصها بهم بالنص، وسيعلم مما يأتي أن للإمام النقل مطلقا (وعمهم) أي آحاد الأصناف وجوبا للإمام أو نائبه إن وجدوا كلهم وإلا

(قوله إن كان الغزو أحدهما) في التحفة من كتاب قسم الفيء: ولو اجتمع وصفان في واحد أعطي بأحدهما إلا الغزو مع نحو القرابة فيعطى بهما وإلا من اجتمع فيه يتم ومسكنة فيعطى باليتم

فمن وجد منهم من الزكاة الحاصلة عنده سواء زكاة الفطر والمال لسهولته عليه إذ هي كلها في يده كالزكاة الواحدة ومن ثم جاز له إعطاء زكاة واحد لواحد، نعم إن لم يسد ما عنده مسدالو وزع لم يجب استيعاب للضرورة وحينئذ يقدم الأوج وإذا أُلزمه التعميم فيعطى كلا (بقدر الحاجة) أي حاجته لأنه نائبهم فلا يفاوت بينهم عند تساوي حاجاتهم.

هذا ما في المنهاج وأصله واختاره السبكي لكن نازع فيه في الروضة بأنه خلاف إطلاق الجمهور نذب التسوية وكلام المجموع يقتضي أنه المذهب (ولمالك) فرق بنفسه أو وكيله (اكتفاء بثلاثة) لا أقل (من كل صنف غير محصور) في آحاد يسهل عادة ضبطهم ومعرفة عددهم عملاً بأقل الجمع في غير الأخيرين في الآية وبالقياس عليه فيهما مع تعسر الاستيعاب عليه، وعند تفرقة المالك الذي الكلام فيه يسقط سهم العامل لا المؤلف على المعتمد، ويجوز حيث كان عامل أن يكون واحداً إن حصلت الكفاية به كما يستغنى عنه فيما مر.

أما إذا أمكنه الاستيعاب لكونهم محصورين ولم يزيدوا على ثلاثة من كل صنف أو زادوا ووفى بهم المال فإنه يلزمه الاستيعاب، ولا يجوز له الاقتصار على ثلاثة، والمعتبر للاكتفاء بثلاثة وإن لم يكونوا بالبلد وقت الوجوب كون الصنف غير محصور (وقت وجوب) وإن كان كل صنف أو بعض الأصناف وقت الوجوب محصوراً في ثلاثة فأقل استحقوها في الأولى وما يخص المحصورين في الثانية من وقت الوجوب فلا يضر حدوث غنى أو غيبة أو موت لأحدهم بل حقه باق بحالة فيدفع نصيب الميت لوارثه وإن كان هو المزكي، ولا يشاركهم قادم عليهم ولا غائب عنهم وقت الوجوب فإن زادوا على ثلاثة لم يملكوا إلا بالقسمة، نعم العالم يملك بالعمل ويفرق بين الحصر هنا بالنسبة للملك وفيما مر بالنسبة لوجوب الاستيعاب بأن الملك يضايق فيه لما يترتب عليه من الأحكام السابقة من الإرث وغيره فاشترط لحصوله عدم الزيادة على أقل مسمى الجمع في الآية لأنه متيقن الدخول فيها، بخلاف ما زاد عليه فإنه مظنون فظنه إنما يؤثر في وجوب الاستيعاب عند السهولة رعاية لحاجاتهم إذ لا موجب للتخصيص.

ويتجه أن ملكهم لذلك ليس على قدر الحاجة ولا الرءوس للاكتفاء بأقل متمول

فقط لأنه وصف لازم والمسكنة منفكة كذا قاله الماوردي. وفيه نظر، كيف والمسكنة شرط لليتيم فلا

لأحدهم وإن انحصروا في ثلاثة كما قال (و) للمالك الاكتفاء أيضا (بأقل متمول لأحدهم) وإن كان الثلاثة متعينين لأنه لا يلزمه التسوية في الأحاد (ولو) أعطى اثنين من صنف والثالث موجود لزمه أقل المتمول (غرما) من ماله لا يزيد منه إذ لو أعطاه له ابتداء أجزاءه، وكذا لو أعطى واحدا فيغرم لكل من اثنين ذلك إن وجدا وإلا فقد مر في قوله وحصة من فقد، ويضمن الإمام أيضا لمن أدخل به لكن من مال الصدقات لا من ماله (ولا يفضل صنف) على صنف وإن كان المفقود هو المالك أو حاجة بعضهم أشد لاقتضاء العطف التسوية إلا العامل فلا يزداد على أجرته إلا الفاضل نصيبه عن كفايته كما مر فإن أدخل المالك بصنف ضمن حصته من مال نفسه (ويجزئ عامل) واحد إذا كفى بل لو استغنى عنه لتفرقة المالك أو لحمل أرباب الأموال زكاتهم إلى الإمام سقط سهمه من أصله (و) يجزئ (نقله) أي منقوله من زكاة مال أو فطر عن محل الوجوب إلى غيره بلا شرط إن أذن له فيه الإمام أو في الأخذ فقط بخلاف ما إذا أذن له في التفرقة كما اقتضاه كلامهم (لا) نقل (مالك) فلا يجزئ، ولا يجوز وإن قربت المسافة (قبل فقد كل) من الأصناف بأن وجدوا أو بعضهم واحتاجوا لرد الباقي عليهم لظاهر خبر «تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم» وإنما يحرم نقلها (عن مستحق) لها متعلق بنقل المذكور.

والمقدر بعد لا موجود (بموضع مال) لأن العبرة في نقل الزكاة المالية بموضع المال حل الوجوب وهو بلد المعشر وما تم فيه حول نحو النقد والتجارة والماشية فإن كان بادية لا مستحق فيها نقل لمستحق أقرب بلد إليه ومؤنة النقل على المالك ولو وجبت شاة في غنم ببلدين أخرجها في أحدهما أو شاتان أخرج كلا ببلدها وحلة ساكني الخيام المتميزين كقرية فيحرم النقل عنها مع وجود مستحق فيها (أو) موجود بموضع شخص (مؤدى عنه فطرة) بالرفع لأنه الذي يلاقيه الوجوب ابتداء فاعتبر محله دون محل المؤدى أو يجزئ نقل (لعامل) بشرطه السابق ولو (إلى) المحل (الأبعد) عن محل الوجوب بمسافة قصر فأكثر لأنه كالإمام في أن الزكوات كلها بيده كزكاة واحد (أو إلى مسافة قصر) فأكثر (في خيام اتصلت) بخلاف المالك فإنه حيث جاز له النقل لفقد جميعهم أو استغنائهم عن الرد لزمه الاقتصار على أقرب بلد لبلد الزكاة فالنقل للأبعد منه كهو إليه ابتداء فلا يجوز ولا يجزئ

يتصور اجتماعهما مستقلين حتى يعطى باليتم فقط وبتسليمه فارق أخذ غاز هاشمي بهما هنا أي

ويلزمه^(١) في الخيام المتنقلة دائما النقل إلى البلد الأقرب أيضا وفي غيرها^(٢).

إن اتصلوا بأن لم يتميز بعضهم عن بعض في الحلل والمراعي والماء له النقل لمن بدون مسافة القصر من محل الوجوب فإن انفصلوا فالحلة كالقريبة ولو فقدوا مطلقا حفظت حتى يوجدوا أو بعضهم فإن وجدوا وامتنعوا من أخذها قوتلوا (وجاز نقل نذر) لنحو الفقراء (وكفارة ووصية) ووقف كذلك من محلها ويجزئ لأن الأطماع لا تمتد إليها امتدادها إلى الزكاة، نعم إن عين ناذر أو موص أو واقف محلا تعين (ويسم) الإمام أو نائبه ندبا نعم الزكاة والفيء لتتميز عن غيرها واتباعا لفعله ﷺ ذلك بإبل الصدقة، ويجوز وسم غير ما ذكر من سائر الحيوانات وهو في آذان الغنم وأفخاذ غيرها أولى ويحرم في الوجه لأنه ﷺ لعن فاعله، ويسن أن يسم (نعم صدقة) أي زكاة (بصدقة) بأن يكتب عليها ذلك أو زكاة أو طهرة والأولى لله وإن كانت تتمعك في النجاسة لأن الغرض به التميز وفيه إشكال وجوابه ذكرتهما في الأصل (و) يسم نعم (فيء بصغار) بفتح الصاد أي ذل بأن يكتب عليها ذلك وهو لقوله تعالى: ﴿وهم صاغرون﴾ أو جزية ويجوز كي لحاجة يقول أهل الخبرة ويظهر الاكتفاء بثقة منهم وخصي صغار المأكول لا كباره ولا غير المأكول مطلقا، ويكره إنزاء الحمر على الخيل، وبحث الدميري عكسه والأذرعى تحريم إنزاء الخيل على البقر لتضررها.

واعلم أن صدقة التطوع سنة للأحاديث الكثيرة الشهيرة كما بينها مع ما يتعلق بها وجميع أحكام الصدقة وما يتعلق بها في كتابي (حقائق الإنافة في أحكام الصدقة

في الفيء بأن الأخذ بالغزو لحاجتنا وبالمسكنة لحاجة صاحبها. ومنه يؤخذ أن نحو العلم كالغزو اه بتصرف.

(١) قوله ويلزمه أي المالك عند فقد جميعهم أو استغنائهم أما عند وجودهم مستحقين فإنه يصرفها إليهم ولذا قال في الإسعاد والتحفة إن لأهل الخيام إن لم يكن لهم موضع مستقرون فيه بل يطوفون البلاد أبدا صرف الزكاة إلى من معهم من الأصناف اه.

(٢) قوله وفي غيرها أي وفي غير الخيام المتنقلة وهي التي لها موضع يستقر فيه وإن ارتحلت منه منتجة رجعت إليه فحينئذ لأهلها إن اتصلوا نقل الزكاة لمن بدون مسافة القصر هذا حيث جاز لهم النقل لفقد جميع المستحقين أو استغنائهم، بخلاف العامل فلا يتقيد نقله بفقد المستحقين ولا بدون مسافة القصر وهو الذي عناه المتن بقوله أو إلى مسافة قصر في خيام اتصلت اه.

والضيافة) وقد يعرض ما يحرمها كأن يعلم أن أخذها يصرفها في معصية أو يوجبها في الجملة كأن يجد مضطرا ومعه ما يطعمه فاضلا عنه، وتكره بما فيه شبهة وبرديء وليس منه التصدق بالفلوس والثوب الخلق ونحوهما بل ينبغي أن لا يأنف من التصدق بالقليل والماء أفضل من الطعام إن احتيج إليه أكثر وإلا فالطعام وعليه تحمل الأحاديث الواردة في ذلك، ويكره أن يتملك نحو صدقته من أخذها لا من غيره ولا بإرث والمن بها حرام محبط للأجر (وتطوعها) أي مطلق الصدقة لا الصدقة السابقة فإنها خاصة بالزكاة وهي ضد هذه ففي كلامه نوع استخدام على أن الصدقة حيث أطلقت انصرفت لصدقة التطوع غالبا (سرا) أولى من إظهارها للآية، نعم إظهارها بقصد أن يقتدي به غيره فيها وهو أهل للاقتداء أفضل ما لم يتأذ الآخذ به أما الزكاة فالأولى للإمام إظهارها مطلقا وكذا المالك إجماعا كما في المجموع قال الماوردي إلا في الأموال الباطنة وعليه فمحلها لغير الاقتداء نظير ما مر (و) كونها (برمضان) أي فيه لاسيما في عشرة الأواخر للاتباع فهي فيه أفضل منها فيما يأتي، ومن ثم تأكد فيه أيضا التوسعة على العيال والإحسان إلى الأقارب والجيران، ويتأكد أيضا في سائر الأزمنة والأمكنة الفاضلة كعشر الحجة وأيام العيد وكمكة والمدينة وبيت المقدس، وعند المهمات كحج وعند نحو مرض وكسوف وسفر وعقب كل معصية.

ويسن أن لا يخلي يوما من الصدقة لقوله ﷺ «كل امرئ في ظل صدقته حتى يفصل» أو قال «يحكم بين الناس» (و) صرفها (إلى قريب) أولى منه لأجنبي لما صح أن صلة الرحم أي وأعلاها الصدقة عليه تزيد في العمر، والأفضل تقديم الأقرب فالأقرب محرمة وإن لزمه نفقتهم ومثلهم الزوج والزوجة فرحما من جهة الأب أو الأم فرضاعا فمصاهرة فولاء من جانبين فمن جانب فجوارا والقريب الأشد عداوة أفضل لما فيه من التآلف وكسر النفس (و) صرفها إلى (جار) أجنبي (أولى) منه إلى بعيد ولو كان قريبا، لكن إن كانت داره مثلا بمحل لا يحل نقل زكاة المتصدق إليه وإلا قدم على الجار الأجنبي وإن بعدت داره وأهل الخير والمحتاجون أولى من غيرهم وإن اختصوا بقرب ونحوه وتحل على كافر ولو حربيا وغني بمال أو كسب وأخذه لها بلا تعرض خلاف الأولى ومعه مكروه إلا إن سأل أو أظهر الفاقة فيحرم كمن دفع إليه شيء لصفة تظن فيه كفقير أو علم أو صلاح وهو بخلاف ذلك (ولا

يتصدق) الإنسان أي يحرم عليه التصدق (بما يحتاجه) لمن يلزمه نفقته يومه وليلته ما لم يأذن لهم ممونه وهو أهل للإيثار ويصبر على الإضاقة أو لوفاء دينه وإن لم يطلب منه ما لم يغلب على ظنه حصوله من جهة أخرى ظاهرة ولم يحصل بذلك تأخير عن أدائه الواجب فورا بمطالبة أو غيرها قاله الأذرعوي ويظهر أن غبراء المدين من دينه الذي يحتاجه لوفاء دينه وهو على موسر باذل أوله به عليه بينة حرام أيضا أو لنفسه يومه وليلته أيضا كما صححه في المجموع ونقله في الروضة عن كثيرين ومحلّه فيمن لم يصبر على الإضاقة أما ما فيها من عدم التحريم فمحمول خلافا لمن اغتر به كما أفاده كلام المجموع على من صبر، فقولهم يحرم إيثار عطشان عطشاناً آخر محمول على الأول وقولهم للمضطر أن يؤثر على نفسه مضطرا آخر مسلما محمول الثاني .

أما ما فضل عن حاجة ممونه ونفسه يومه وليلته وفضل عن كسوته وفاء دينه فيسن التصدق به إن صبروا على الإضاقة والإكراه، وعلى هذا التفصيل حملت الأخبار المختلفة الظاهر أما التصدق ببعضه فمسنون مطلقا لا القدر المقارب للجميع فيأتي فيه التفصيل وحيث حرمت بشيء لم يملكه المتصدق عليه كما بينته في الأصل مع فروع أخر .

وخرج بيتصدق الضيافة فلا يشترط في جوازها الفضل عن مؤنة ممونه كما في المجموع لكن خالفه في شرح مسلم، ويمكن الجمع بحمل الأول على ما إذا كان الضعيف أحوج والثاني على ما إذا كان ممونه أحوج أو استويا ولو بعث لفقير شيئا لم يزل ملكه عنه إلا بقبضه له فإن لم يوجد أو لم يقبل سن التصدق به على غيره ولا يعود فيه ويكره سؤال غير الخير بوجه الله وأن يمنع من سأل بالله أو شفع به .

قال الحلبي ويجوز السؤال بالله تعالى إلا إن علم أن المسئول يتضجر ويرده فيحرم كرد السائل فإن انضم إليه نهره فكبيرة انتهى ووجهته مع بيان ما فيه في الأصل .

[انتهى الجزء الثاني]

ويليه الجزء الثالث، وأوله باب في النكاح

فهرس المحتويات

٣ باب في البيع
٤٣ فصل: في الخيار
٦٣ فصل: في حكم المبيع قبل قبضه وبعده
٧٢ فصل: في ألفاظ تطلق في البيع
٧٦ فصل: في القسم الثاني من الألفاظ السابقة
٨٣ فصل: في معاملة الرقيق العبد والأمة وتصرفه
٨٩ فصل: في التخالف
٩٤ باب في السلم
١٠٩ فصل: في القرض
١١٣ باب في الرهن
١٤٠ باب في التفليس
١٥٨ باب في الحجر
١٧١ باب في الصلح وتوابعه
١٨٤ باب في الحوالة
١٨٧ باب في الضمان

١٩٩ باب في الشركة
٢٠٤ باب في الوكالة
٢٣١ باب في الإقرار
٢٥١ فصل: في الإقرار بالنسب
٢٥٦ باب في العارية
٢٦٨ باب في الغصب
٢٨٧ باب في الشفعة
٣٠٠ باب في القراض
٣١٥ باب في المساقاة وما يتبعها
٣٢١ باب في الإجارة
٣٤٧ باب في الجمالة
٣٥٢ باب في إحياء الموات وتوابعه
٣٦٣ باب في الوقف
٣٨٠ باب في الهبة
٣٨٨ باب في اللقطة
٣٩٧ فصل: في اللقيط
٤٠٨ باب في الفرائض
٤٢٥ باب في الوصية الشاملة للإيصاء
٤٥٧ فصل: في الإيصاء

٤٦٢ باب في الودعة
٤٧٢ باب في قسم الفء والغنمة
٤٨٠ باب في قسم الصدقات
٤٩٣ فهرس المحتويات

FATH AL-JAWĀD
BIŠARH AL-IRSĀD

by

Ibn Hajar Al-Haytami

Edited by

ʿAbdul-Latīf Hasan ʿAbdul-Raḥmān

Volume II

DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH
Beirut-Lebanon