

فَتْحُ الْمَسْأَلِ

بِنَشْرَحِ

عُمْدَةِ السَّالِكِ وَعُدَّةِ النَّاسِكِ

تَأْلِيفُ

مُحَمَّدِ أَوَّلِ الشَّيْخِ عَلِيِّ وَتَتُّ بْنُ أَدَمَ

-رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى- الْأَثَبِيُّوِي الْوَلَوِي الْوَرَبَائِي

سَدَّدَهُ اللَّهُ وَوَقَفَهُ لِمَا يُجِبُّهُ وَيَرْضَاهُ ، آمِينَ

الجزء السادس

مكتبة القدس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قسمُ المعاملات

كتابُ البيعِ

أركانُ البيعِ

[١ - الصيغة]:

لا يصحُّ البيعُ إلا بالإيجابِ والقَبولِ، فالإيجابُ: هو قولُ البائعِ أو وكيله: بعْتُكَ، أو مَلَكَتُكَ، والقَبولُ: هو قولُ المشتري أو وكيله: اشتريتُ، أو تملَّكتُ، أو قبلتُ.

ويجوزُ أن يتقدَّمَ لفظُ المشتري مثل أن يقولَ: اشتريتُ بكذا، فيقولُ: بعْتُكَ، ويجوزُ أن يقولَ: بعني بكذا، فيقولُ: بعْتُكَ، فهذه صرائحُ.

وينعقدُ أيضًا بالكناية مع النية، مثل: خذهُ بكذا، أو جعلتُهُ لك بكذا، وينوي بذلك البيعَ، فيقبلُ، فإن لم ينو به البيعَ فليس بشيءٍ.

ويجبُ ألا يطولَ الفصل بين الإيجابِ والقَبولِ عُرْفًا، وإشارةً الأخرسِ كلفظِ الناطقِ.

[٢ - المتبايعان]:

وشروطُ المتبايعين: البلوغُ، والعقلُ، وعدمُ الرقِّ، وعدمُ الحَجْرِ، ويشترطُ أيضًا عدمُ الإكراهِ بغيرِ حقٍّ، والإسلامُ فيمن يُشترى له مُصحفٌ، أو مسلمٌ لا يعتقُ عليه، وعدمُ الحِرَابَةِ في شراءِ السلاحِ.

فإن أذنَ السيدُ لعبده البالغِ في التجارة تصرَّفَ بحسبِ الإذنِ، ولا يجوزُ لأحدٍ معاملةُ عبدٍ إلا أن يعلمَ أنَّ سيدهُ أذنَ له، وبينه، أو بقولِ السيدِ، ولا يُقبلُ فيه قولُ العبدِ، والعبدُ لا يملكُ شيئًا وإن ملكهُ سيدهُ.

بسم الله الرحمن الرحيم

ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير، رب يسر ولا تعسر عونك يا كريم.

قال المصنف رحمته:

(كتاب البيع)

أصل معنى البيع في اللغة: مبادلة مال متقوم بمال متقوم، ثم أطلق على العقد الذي يحصل به ذلك، وهو في الاصطلاح: عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشروطه الآتي ذكرها لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبدة، وهذا هو المراد هنا، ويطلق كثيرا على قسيم الشراء فيحْدُ بأنه نقل ملك بثمن على وجه مخصوص ويحد الشراء بأنه قبول ذلك على أنه يستعمل كل منهما مكان الآخر ذكره في التحفة.

زاد في شرح الروض قوله: تقول العرب: شريت بمعنى بعت وبالعكس، قال الله تعالى: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ [يوسف: ٢٠]، ﴿ وَلَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنفُسَهُمْ ﴾ [البقرة: ١٠٢]. ١.١. هـ. وجعل الفيومي في المصباح من العكس حديث: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض» بدليل رواية البخاري: «لا يبتاع الرجل على بيع أخيه». ١.١. هـ.

هذا ولما علم الله الحاجة الماسة بالإنسان إلى تبادل الممتلكات وأن عيشه على الأرض لا يتقوم بدون ذلك شرع رحمةً منه حلَّ البيع فقال - عز من قائل: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقال - جل شأنه: ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] وكان عيش قريشٍ جلّه من التجارة، فأنزل فيهم قوله: ﴿ لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ ۝١ إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ ۝٢ فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ ۝٣ الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ ﴾ [قريش: ١-٤] فامتّن عليهم بأن يسّر لهم التجارة وأطعمهم منها، ولكن بما أن الإسلام لم يرد للإنسان أن يأكل في هذه الحياة ثم يموت وينتهي الأمر أمره بالإنفاق مما حصل في يده ووعدّه بأنه يدخر له ما أنفقه في سبيل الخير وينميه تنمية مضاعفة على تنميته - هو الإنسان - في الدنيا بأضعاف كثيرة متكاثرة ليلقاه في الحياة الأخرى وهو أحوج ما يكون إليه قال ربنا

الكريم: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ وَلَسْتُمْ بِآخِذِيهِ إِلَّا أَنْ تُغْمِضُوا فِيهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَنِّي حَمِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٦٧] ، وقال أيضًا: ﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ بِالْإِجْلِ وَالْتِهَارِ سِرًّا وَعَلَانِيَةً فَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٤] ، وقال سبحانه: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ وَاللَّهُ يُضَعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٦١] إلى غير ذلك من آي الذكر الحكيم.

وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال: قيل: يا رسول الله أي الكسب أطيب؟ قال: «عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور» أي لم يخالطه غش ولا ذنب عزاه في التلخيص إلى الحاكم، والبزار، وعزاه صاحب جمع الفوائد إلى أحمد، والبزار، والطبراني في الكبير، والأوسط، وعن أبي سعيد رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن، قاله النووي، وعن قيس بن أبي غرزة بفتحات رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة» رواه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذي: حسن صحيح، وقال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كَلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ أَلْمَسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٥]، وقال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ الَّذِينَ إِذَا أَكَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ زَنَوْهُمْ يُخْسِرُونَ ۝٣ أَلَا يَظُنُّ أُولَٰئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ ۝٤ لِيَوْمٍ عَظِيمٍ﴾ [المطففين: ١-٥] ، وعن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى» وفي رواية: «رحم الله عبدا سمحا إذا باع سمحا إذا اشترى سمحا إذا اقتضى سمحا إذا اقتضى» رواه البخاري، والبيهقي. كذا في الجامع الصغير.

تنبية: قال علماؤنا: يحرم الإقدام على البيع والشراء والنكاح وغيرها من العقود قبل معرفة كیفيتها وأركانها وشروطها فيجب على من أرادها تعلم ذلك، وقد أورد

المصنف هنا ما يتعلق من ذلك بالبيع فقال: (لا يصح) البيع أي لا يحصل موافقا للشرع (إلا بالإيجاب والقبول) وهما المعبر عنهما بالصيغة وهي أحد أركانها الثلاثة والباقيان هما العاقد والمعقود عليه وإنما لم يصح إلا بها لأنه منوط بالرضى في قوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض» رواه ابن ماجه من طريق داود ابن صالح بن دينار في التقريب صدوق، عن أبيه - في التقريب: ثقة - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعا، وعزاه الأمير في سبل السلام إلى ابن حبان، ويدل على اعتبار الرضى قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَرُّرًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] قال علماءنا: والرضى أمر خفي لا يعرف إلا من لفظ الشخص العاقد.

والإيجاب: لغة: الإلزام، جاء في المعجم الوسيط: ... وأوجب الشيء جعله لازما يقال: أوجب له البيع، ويقال: أوجه البيع... ويقال: وأجبه البيع. ا.هـ. وفي المقاييس: وجب البيع وجوبا حقا ووقع. واصطلاحا: اللفظ الدال على التملك بعوض دلالة ظاهرة.

والقبول: لغة: أخذ الشيء بطيب نفس. واصطلاحا: اللفظ الدال على التملك بالعوض دلالة ظاهرة.

(فالإيجاب) مثاله: (قول البائع أو وكيله: بعثك أو ملكتك) ذا بكذا أو وهبتك ذا بكذا فيشترط الخطاب ووقوعه على جملة المخاطب ولو مجازا، وذكر المبيع والتمن ويشترط أيضا قصد اللفظ لمعناه كما في سائر العقود فلو سبق لسانه إليه أو لم يعرف معناه لم ينعقد البيع.

(والقبول) مثاله: (هو قول المشتري أو وكيله: اشتريته) (أو تملكته) (أو قبلت) وإن لم يقل: البيع مثلا بخلاف النكاح فلا بد أن يقول فيه: نكاحها مثلا كما ذكره في باب احتياطا للأبضاع كما بهامش البجيرمي نقلا عن شرح البهجة ويبدو لي أن المراد بالبائع في عبارة المصنف المالك وبالمشتري المتملك وبوكيله النائب سواء كان بوكالة أو ولاية خاصة أو عامة، ويقوم مقام الخطاب التعيين بغيره كالإشارة والوصف قالوا: وتشترط الصيغة في عقد تولي الأب وإن علا طرفيه فيأتي بالإيجاب

والقبول كأن يقول: بعث هذا لمحجوري وقبلت له البيع، أو بعث مال محجوري هذا من نفسي وقبلت، وكذا إذا تولى بيع مال أحد محجوريه للآخر.

قال المصنف رحمه الله:

(ويجوز أن يتقدم لفظ المشتري مثل أن يقول: اشتريت) أو ابتعت منك ذا (بكذا فيقول) البائع: (بعتك) -ه وظاهره جواز تقدم لفظ قبلت من المشتري، وذكر في شرح الروض أنه الأوجه قال كما جزم به الشيخان - الرافعي والنووي - في نظيره من النكاح وكذلك جزم به صاحب التحفة والنهاية وصوره ابن حجر بقبلة بيع هذا منك بكذا أي فيقول البائع: بعتك (ويجوز) أي يجزئ (أن يقول: بعني) هذا (بكذا) وهو كناية عن أسماء الأجناس والأعداد، والأصل: ذا أدخلت عليه كاف التشبيه بعد زوال معنى الإشارة والتشبيه وجعل كناية عن ذلك كما في المصباح. (فيقول) البائع: (بعتك) -ه (فهذه) الصيغ (صرائح) في البيع فلا تحتاج لنية (وينعقد) البيع (أيضاً) بالكناية مع النية مثل) قوله: (خذه بكذا أو جعلته لك بكذا وينوي) بالنصب عطفاً على قوله المقدر بإضمار أن كما في قول ميسون:

ولبس عباءة وتقرّ عيني أحبُّ إليَّ من لبس الشفوف

والشفوف: جمع شِفٍّ وهو الرقيق لا يحجب ما وراءه أو بالرفع على أن جملته خبر مبتدأ محذوف أي وهو ينوي (بذلك) القول (البيع) ويُرَجَّعُ إليه فيها (فيقبل) المشتري الإيجاب بصريح أو كناية أيضاً (فإن لم ينو به البيع فليس بشيء) من بيع لعدم نيته أو هبةً لذكر العوض، ولو قال وسيطٌ ولو غير أهل للبيع والشراء للبائع: بعث ذا لفلان مثلاً بكذا فقال: نعم، أو بعثت، وقال للمشتري: اشتريت بكذا فقال: نعم أو اشتريت انعقد على الأصح لوجود الصيغة والتراضي، وقيل: لا لعدم تخاطبهما، ومثل نعم أجل وإي وفعلت.

(ويجب) أي يشترط (أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول عرفاً) عبارة المنهج وشرحه: وشُرِّطَ فيهما ألا يتخلل بينهما كلامٌ أجنبيٌّ عن العقد ممن يريد أن يتم العقد ولو يسيراً لأن فيه إعراضاً عن القبول... ولا سكوت طويل وهو ما أشعر

بإعراضه عن القبول بخلاف اليسير، وألا يتغير الأول قبل الثاني، وأن يتلفظ بحيث يسمعه من بقره، وإن لم يسمعه صاحبه وبقاء الأهلية إلى وجود الشق الآخر، وأن يُتِمَّ المخاطب لا وكيله أو موكله أو وارثه. ا.هـ. والعبارة في الشرط الأخير للنهاية.

قال المصنف رحمته:

(وإشارة الأخرس) بالبيع والشراء (كلفظ الناطق) في انعقاد البيع بها وانقسامها إلى صريحة وهي ما يفهمها كل أحد وكنائية وهي ما يختص بفهمها الفطناء.

• ذكر المذاهب في اشتراط الصيغة:

قال الإمام النووي: المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول، ولا يصح بالمعاطاة في قليل ولا كثير، وفيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح بالمعاطاة في المحقرات.

قال: واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما تعدُّ فيه بيعا. وقال مالك: كل ما عدّه الناس بيعا فهو بيع، وذكر أن ممن اختار ذلك من أصحابنا صاحبَ الشامل - وهو ابن الصبّاغ - والمتوليّ والبغويّ والرويانيّ وكان هذا يُفتي به، وقال المتولي: وهذا هو المختار للفتوى وكذا قاله آخرون، قال النووي: وهذا هو المختار؛ لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع له لفظ فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عدّه الناس بيعا كان بيعا كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك... قال: وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول وذكر أن مذهب أبي حنيفة صحة البيع بالمعاطاة في المحقر دون النفيس وسكت عن مذهب الإمام أحمد، وما نقلته هو كلامه في المجموع ونحوه في الروضة له مختصرا.

فأما مذهب الحنفية ففي تنوير الأبصار ما يلي:

ويكون بقول وفعل، أما القول: فالإيجاب والقبول... ثم قال: وأما الفعل: فالتعاطي في خسيس ونفيس ولو من أحد الجانبين على الأصح إذا لم يصرح معه بعدم الرضا، وقيل: لا بد من الإعطاء من الجانبين وعليه الأكثر. ا.هـ. وقال شارحه

عند قوله: في خسيس ونفيس: خلافا للكرخي وقال محشيه ابن عابدين: قوله: خلافا للكرخي: فإنه قال: لا ينعقد إلا في الخسيس... وما في الحاوي القدسي من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور، وذكر أن الإطلاق هو الصحيح المعتمد وفي الكنز وشرحه للعيني: ويلزم بإيجاب وقبول وبتعاط سواء كان في نفائس السلع أو خسائسها في الأصح، وعن الكرخي جواز ذلك في الخسائس دون النفائس وهو قول أحمد. ١. هـ. هذا كلام العيني والذي في مغني الموفق والشرح الكبير من كتب الحنابلة إطلاق جواز التبايع بالمعاطة ونسبة الفرق بين الخسيس والنفيس إلى بعض الحنفية واستدل الموفق لمذهب أحمد المذكور بمثل ما ذكره النووي ونقلته عنه أنفاً إلا أنه طول نفسه فيه.

هذا وقد يتراءى أن مذهب الشافعي في هذه المسألة فيه تضيق على الناس وإحراج لهم شديد لكن إذا وقفنا على مذهب ابن حزم فيها ينقشع ذلك الخيال. قال ابن حزم: ولا يجوز البيع إلا بلفظ البيع أو بلفظ الشراء أو بلفظ التجارة أو بلفظ يعبر به في سائر اللغات عن البيع... لا بشيء غير ما ذكرنا أصلاً، وقال قبل ذلك: وفرض على كل متبايعين لِمَا قَلَّ أو كثر أن يشهدا على تبايعهما رجلين أو رجلاً وامرأتين من العدول... فإن لم يشهدا وهما يقدران على الإشهاد فقد عصيا الله ﷻ والبيع تام ثم ذكر أن الكتابة فرض أيضاً إذا كان الثمن مؤجلاً.

ولا يخفى أن مثل ذلك بعيدٌ بعدُ الثريا من الثرى من عمل السلف والخلف ويلزمه تضليل خير القرون أو تجهيلهم ولا تسمح به الشريعة السمحة: ﴿رِيدُ اللَّهِ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، ولا أَحَدٌ أَعْلَمُ بِمَعَانِي الْوَحْيِ مِنَ الْمُوحَى إِلَيْهِ ﷺ ثم صحابته ثم التابعين لهم بإحسان.

قال المصنف رحمه الله:

(وشرط المتبايعين) أي شروطهما (البلوغ والعقل) فلا يصح عقد صبي وإن قصد اختباره ولا ذي جنون (وعدم الرق) فلا يصح عقد رقيق غير مأذون له فيه من سيده (والحجر) عليه بسفه فلا يصح عقد محجور عليه ولو بغبطة (والإكراه بغير حق) فلا

يصح بيع مكره كذلك أما الثلاثة الأول فلعدم اعتبار أقوالهم مع عدم الملك في الثالث، وأما الرابع فلقيام المانع به، وأما الخامس فلاشترط الرضى في العقد كما سلف، أما المكره بحق كمن توجه عليه حق فامتنع من أدائه فأجبره الحاكم على عقد يتوصل به إليه كبيع ماله وشرائه سلمًا فيصح عقده وكذا إذا اضطرَّ الناسُ إلى الطعام وكان عند بعضهم فاضل عن قوتِ سَنَتِهِ له ولممونه فأكرهه وليُّ الأمر على بيعه صح العقد ونفذ ويؤجر السلطان على إكراهه ويؤزَّرُ المالك على امتناعه وعبارة الروض وشرطه - أي العاقد - إطلاق التصرف والاختيار وهي أخصر وأحصر، وعبارة المصنف أكثر وأظهر ولم يقل: والحرية بدل قوله: وعدم الرق ليمكنه عطف ما بعد الرق عليه فيحصل الاختصار به، والله أعلم، لكن يوهم كلامه أن المبعوض لا يصح بيعه لما ملكه ببعضه الحر وليس مرادًا قال يرحمه الله:

(ويشترط أيضًا الإسلام فيمن يُشترى) بالبناء للمفعول (له مصحف) سواء كان هو المشتري أو غيره (أو) عبد (مسلم لا يعتق عليه) لكونه بعضه أو أقر بحريته أو كان الملك ضمينا كأن قال لمالكه: أعتق عبدك عني وأجابه، أما المصحف ومثله كتب الحديث وسائر العلوم الشرعية فلما في ملك غير المسلم له من الإهانة ولقوله ﷺ: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾ [الواقعة: ٧٩] ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لا تسافروا بالقرآن فإني لا آمن أن يناله العدو» رواه مسلم، وفي رواية عند الشيخين وأبي داود وغيرهم: «نهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو» فتمليكه أولى، وأما العبد المسلم فلما فيه من إذلال المسلم للكافر، وقد قال الله ﷻ: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، ويصح استتجار الكافر المسلم والمصحف وارتئاهما ولا يمكن منهما بل يتنفع بهما بواسطة ثم إن قول المصنف: «أو مسلم» هو ما في النسخة المجردة ونسخة الأنوار ووقع في نسخة الفيض: أو عبد مسلم على أن كلمة عبد من المتن وجرت العادة بكتابتها في صلب المتن بظن ثبوتها في الأصل وأن سقوطها يخل بالمعنى وليس كذلك فقد وقع مثل ما في المتن في الروض

والمَنْهَج والمَنْهَج وعِبارة الأول فصل: الكافر لا يملك مسلماً ولا مرتداً إلا إن كان إذا ملكه عتق كأن اشترى فرعه أو أصله أو من أقر بعتقه فيصح لا إن اشترى مسلماً بشرط إعتاقه وإن وكله مسلم في شراء مسلم صحَّ ووقع له وإن لم يُسمَّه. ا.هـ. فانظر إلى تكريره لفظ مسلم مريداً به العبد ثلاث مرات في فقرة واحدة.

وذلك لعلمه من لفظ الشراء والبيع إذ لا يباع ولا يشتري الحر فلا حاجة إلى التصريح بالعبد، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(و) يشترط أيضاً (عدم الحرابة) أي الكون محاربا بلا حق ولا أدري حركة الحاء أفتحة هي أم كسرة بل لم أجد الكلمة في كتب اللغة التي وجدتها وقد وقَّعتُ هنا في منهج الطلاب ولم يتكلم عليها البجيرمي ولا الجمل وقد فتشت عنها في الكتب التي عندي فلم أعتزَّ عليها فأرجو ممن عثر على صوابها أن يُفيدنيهِ مأجورا وإن كان في الكلام حرب بضم العين أي صار حربيا فهي مصدرُ مفتوحة الفاء، والله أعلم.

ثم رأيتها في سنة (١٤٣٨ هـ) في قاموس المعاني الإلكتروني مشكولة الحاء بالكسرة وفسرها هو وغيره بقطع الطريق على المارة بقوة السلاح. ا.هـ. فلعل الكسر على اعتبارها من الحرف أو الولايات، والله أعلم.

والمراد أنه يشترط (في شراء السلاح) ألا يكون من يُشترى له محاربا بالباطل، والسلاح بالكسر والسلاح كعنب والسُّلحان بالضم آلة الحرب أو حديدتها ويؤنث قاله المجدد في القاموس وعِبارة المعجم الوسيط: اسم جامع لآلة الحرب في البر والبحر والجو (ج) أسلحة يذكَّر ويؤنث.

قال صاحبها التحفة والنهاية: وهو هنا كل نافع في الحرب ولو درعا وفرسا بخلافه في صلاة الخوف لاختلاف ملحظ المحلن، وذلك لأنه يستعين به على قتالنا فالمنع منه لأمر لازم لذاته فألحق بالذاتي في اقتضاء المنع فيه الفساد بخلاف الذمي بدارنا لأنه في قبضتنا. والباغي وقاطع الطريق لسهولة تدارك أمرهما.

وبخلاف أصل السلاح كالحديد لعدم تعيين جعله سلاحا فإن ظنَّ جعله سلاحا حرم

العقد وصح كبيعته لباغ وقاطع طريق أما الذمي الذي بغير دارنا أو يخشى إرساله إلى الحريين فهو كالحربي على ما اعتمده الرملي في الثاني وخالفه ابن حجر ويمكن التوفيق بحمل الأول على ما إذا قوى الظن، والثاني على ما إذا ضعف.

قال المصنف رحمته:

(فإن أذن السيد لعبده البالغ في التجارة) متعلق بأذن (تصرف) العبد بصيغة الماضي المعلوم (بحسب) أي بقدر (الإذن) فإن تعدى إلى غير المأذون لم يصح (ولا يجوز لأحد معاملة عبد) عرف رقه (إلا) حال (أن يعلم أن سيده أذن له) في تلك المعاملة (ب) شهادة (بينة أو بقول السيد): أذنتُ له (ولا يقبل فيه قول العبد) قد أذن لي مالكي لأن فيه ادعاء منصب لم يكن له أما من لم يعرف رقه فتجوز معاملته. (والعبد) الكامل العبودية (لا يملك شيئاً وإن ملكه سيده) عبارة الروضة لا يملك العبد بتمليك غير سيده وفي ملكه بتمليك سيده قولان: الأظهر الجديد: لا يملك فعلى القديم للسيد الرجوع فيه متى شاء وليس للعبد التصرف فيه إلا بإذن سيده. ١. هـ. فإن في كلام المصنف للرد على القول القديم وما وافقه ولا حاجة اليوم إلى تطويل مثل هذا المبحث لإلغاء الرق الخاص منذ زمان.

حكم المبيع في مدة الخيار

وإذا انعقد البيع ثبت لكل من البائع والمشتري خيار المجلس، ما لم يتفرقا، أو يختارا الإمضاء جميعاً، أو يفسخه أحدهما.

ولكل من البائع والمشتري شرط الخيار في البيع ثلاثة أيام فما دونها، لهما أو لأحدهما، إلا إذا كان العقد مما يحرم فيه التفرق قبل القبض، كما في الربا والسلم.

وإذا كان الخيار للبائع وحده فالمبيع في زمن الخيار ملكه، وإذا كان للمشتري وحده فالمبيع في زمن الخيار ملكه، وإن كان لهما فالملك فيه موقوف، إن تم البيع تبين أنه كان ملكاً للمشتري، وإن فسخ البيع تبين أنه كان ملك البائع.

قال المصنف رحمه الله:

(وإذا انعقد البيع) أي تحقق العقد (ثبت) شرعا (لكل من البائع والمشتري خيار المجلس ما لم يتفرقا) بأبدانهما (أو يختارا الإمضاء) أي إمضاء العقد لفظا كأن يقولوا: أزمناه أو أمضيناه أو اخترنا لزومه مثلا وقوله: (جميعا) أي مجتمعين على الإمضاء فلو أمضى أحدهما فلآخر الخيار، وقوله: (أو يفسخه) بالجزم لعطفه على المجزوم أي ما لم يفسخ العقد (أحدهما) ولا حاجة إلى هذه الجملة في نظري إذ لا يتوهم ثبوت الخيار بعد الفسخ اللهم إلا أن يريد بها بيان أن فسخ أحدهما كاف في الانفساخ وإن لم يوافق الآخر.

وأدلة ثبوت خيار المجلس كثيرة عن جماعة من الصحابة ومن أثبتها حديث ابن عمر الذي أخرجه الأئمة الستة وغيرهم أن النبي ﷺ قال: «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يُخَيَّرَ أحدهما الآخر» الحديث، قال الترمذي: بعد أن روى حديث ابن عمر هذا، وقد قال: حسن صحيح: وفي الباب عن أبي برزة، وحكيم بن حزام، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمرو، وسمرة، وأبي هريرة رضي الله عنه، وقال أبو عمر بن عبد البر في حديث ابن عمر: أجمع العلماء على

أن هذا الحديث ثابت عن النبي ﷺ وأنه من أثبت ما نقل الأحاد العدول.
أقول: وقد رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهذا أصح الأسانيد عند البخاري
ومن تبعه، وأورده أبو عمر من طريق قاسم بن أصبغ بإسناده عن أيوب عن نافع،
وعن يحيى، عن عبيد الله عن نافع، وعن ابن جريج عن نافع، وعن الليث بن سعد،
عن نافع، وعن سفيان، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، وذكر الولي العراقي في
شرح التقريب أنه رواه عن نافع أيضًا يحيى بن سعيد الأنصاري عند الشيخين،
والنسائي، والترمذي، والضحاك بن عثمان عند مسلم وإسماعيل ابن عليّة عند
النسائي، قال: فالرواة عن نافع ثمانية، قال: وبهذا قال جمهور العلماء من السلف
والخلف، وممن قال به علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، وأبو هريرة،
وأبو برزة الأسلمي رضي الله عنه، وطاووس، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وشريح القاضي،
والحسن البصري، والشعبي، والزهري، وابن جريج، والأوزاعي، وابن أبي ذئب،
والليث بن سعد، وسفيان بن عيينة، والشافعي، ويحيى القطان، وعبد الرحمن بن
مهدي، وعبيد الله بن الحسن العنبري وسوار القاضي، ومسلم بن خالد الزنجي،
وابن المبارك، وعلي بن المديني، وأحمد بن حنبل، وإسحاق ابن راهويه، وأبو ثور،
وأبو عبيد، والبخاري، وسائر المحدثين وآخرون.

قال العراقي: وذهب مالك، وأبو حنيفة وأصحابهما إلى إنكار خيار المجلس
وقالوا: إنه يلزم البيع بنفس الإيجاب والقبول، وبه قال إبراهيم النخعي... ثم نقل عن
ابن حزم أنه قال: ما نعلم لهم من التابعين سلفًا إلا إبراهيم وحده، وعن ابن عبد البر
أنه قال: لا أعلم أحدًا ردّه غير هذين الاثنین - يعني مالكا، وأبا حنيفة - إلا ما روي
عن إبراهيم النخعي. اهـ. وفي هذا القدر كفاية ومن لم يقنع باليسير لم يشبع بالكثير،
والله الموفق ومنه الهداية.

قال المصنف رحمته:

(ولكل من البائع والمشتري شرط الخيار في) إمضاء (البيع) أو فسخه (ثلاثة أيام
فما دونها) من العقد لا من التفرق لهما أو لأحدهما أو لأجنبي بشرط تعيين الزمن

إن لم يَفْصِلْهُ عن العقد فإن فصله عنه لم يصح لأن ثبوته بالشرط وقد وجد في العقد، وذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنهما في الصحيحين وغيرهما أن رجلا كان يُخَدَعُ في البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا بايعت فقل: لا خلافة» وهي بكسر الخاء الخداع زاد البخاري في تاريخه والحميدي في مسنده والحاكم في المستدرک كما في التلخيص بعد قوله: «لا خِلافة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال» وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى من طريق يونس بن بكير حدثنا محمد بن إسحاق حدثني نافع عن ابن عمر فذكر الحديث، وفيه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا بايعت فقل: لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد» ففي هذه الطريق تصريح ابن إسحاق بالتحديث له، وفي حواشي شرح السنة أنه وقع كذلك في تاريخ البخاري ومثله في التلخيص الحبير وذكر هو أن الدارقطني أخرج وذكر الزيلعي أن الطبراني أخرج كلاهما من حديث عمر رضي الله عنه نحوه بلفظ فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم عدة ثلاثة أيام وفي إسنادهما ابن لهيعة، قال الحافظ: وفي مصنف عبد الرزاق عن أنس رضي الله عنه أن رجلا اشترى من رجل بعيرا واشترط الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال: «الخيار ثلاثة أيام»، وفي جمع الجوامع أن حديث: «الخيار ثلاثة أيام» أخرجه البيهقي والدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما هذا، وقد نقل النووي عن جماعة من أصحابنا أنهم قالوا: قد اشتهر في الشرع أن قوله: «لا خِلافة» عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا فإن علمه البائع دون المشتري فوجهان مشهوران... أصحابهما: لا يثبت، وقال أيضًا: إن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف.

وقال أيضًا: لا يجوز عندنا أكثر من ثلاثة أيام... قال: فإن زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع قال: ويشترط اتصال مدة الخيار بالعقد فلو شرط خيارَ ثلاثة أولها من الغد مثلا بطل العقد لمنافاته لمقتضاه، وإذا شرط ثلاثة متصلة أو بعضها ثم أسقطاه قبل تمام المدة سقط ولو أسقط أحدهما سقط خياره وبقي خيار الآخر ولو

أسقط اليوم الأول سقط الجميع أو الثالث بقى الأولان أو الثاني سقط مع الثالث.

ذكر المذاهب في أكثر مدة الخيار:

قد ذكرنا أن مذهب الشافعي أنه ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر، قال النووي: وبه قال أبو حنيفة، وابن شبرمة، وزُفر، والأوزاعي في رواية عنه، وقال ابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وأحمد بن حنبل، وإسحاق ابن راهويه، وأبو ثور، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وابن المنذر، وداود، وفقهاء المحدثين: يجوز في كل شيء بقدر الحاجة فيه، فيجوز في الثوب ونحوه اليوم واليومين، وفي الجارية ونحوها ستة أيام وسبعة، وفي الدار نحو شهر. ا.هـ. هذه حكاية النووي عن المذاهب في المجموع ولم أجد في نسختي منه ذكراً لمالك، والذي في التمهيد لابن عبد البر المنتسب لمذهب مالك أن الفرق بين حاجة وأخرى هو مذهب مالك في رواية ابن القاسم وغيره عنه، وفي رواية ابن خويز منداده أنه يجوز شهراً أو أكثر قال: وهو قول ابن أبي ليلى وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، والأوزاعي كلهم يقول بجواز اشتراط الخيار شهراً أو أكثر والشرط لازم إلى الوقت الذي يشترط فيه الخيار وهو قول أحمد بن حنبل، وأبي ثور، وإسحاق ولم يفرقوا بين أجناس المبيعات وحكي عن ابن شبرمة، والثوري أنهما قالوا: لا يجوز اشتراط الخيار للبائع بحال، قال الثوري: يبطل البيع بشرط الخيار للبائع ويجوز بشرطه للمشتري عشرة أيام أو أكثر وحكي عن الحسن بن حيي قوله: إذا قال البائع للمشتري: اذهب فأنت فيه بالخيار فهو فيه بالخيار أبداً حتى يقول: قد رضيت. ا.هـ.

والذي حكاه عن أحمد هو ما في المغني والشرح الكبير من كتب الحنابلة وعبارة المغني: ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة قلت أو كثرت وبذلك قال أبو يوسف، ومحمد، وابن المنذر.. إلخ ما ذكره.

وحكى الزحيلي عن المالكية ما حكاه ابن عبد البر من رواية ابن القاسم، وعن الحنابلة ما حكاه هو والموفق في المغني فليكن الاعتماد على ذلك.

الاستدلال:

استُدِلَّ للتحديد بثلاثة أيام بالأحاديث السابقة والقياس على خيار المصرة الآتية وبأن الخيار في العقود على خلاف الأصل فيُقْتَصَرُ فيه على الوارد ويبقى ما فوقه على الأصل.

واستُدِلَّ للتوسيع بحديث: «المسلمون على شروطهم» رواه أبو داود، والحاكم في المستدرک، وبالقياس على الأجل بجامع كونهما حقاً يَعْتَمَدُ على الشرط وبأنه قد خولف ذلك الأصل في الثلاثة لمعنى فوجب تعدي الحكم إلى ما فوقها لذلك المعنى على أن الخيار لا ينافي نقل الملك فلا يُسَلَّمُ كونه على خلاف الأصل في العقود.

ويمكن أن يجاب عن الاستدلال بالحديث بأنه ورد من حديث رافع بن خديج عند الطبراني مقيدا بقوله: «فيما أُحِلَّ» وهذا لم يُحَلَّ صريحا ولا دلالة، وورد من حديث أنس وعائشة رضي الله عنهما عند الحاكم مقيدا بقوله: «ما وافق الحق من ذلك» وهذا لم تعلم موافقته له فيبقى على الأصل وبأنه معارض بالحديث المتفق عليه: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» وبحديث عائشة رضي الله عنها: «من صنع أمرا ليس عليه أمرنا فهو رد» وبحديث: «لا ضرر ولا ضرار» وتمديد الخيار لاسيما إلى غير نهاية فيه ضرر على غير صاحب الخيار وبأنه مخصوص بالأدلة السابقة مجتمعةً ويمكن أن يجاب عن قياسهم بأن قياسنا أولى منه لأنه قياس خيار على خيار وقياسهم قياس خيار على أجل، وأن يجاب عنه بأنه قياس مع الفارق لأن الأجل لا تأثير له في العقد ونفاذه وترتب الآثار عليه بخلاف الخيار ويجاب عن الاستصحاب المذكور أخيرا بأنه عارضه ما هو أقوى منه فوجب سقوطه، والله أعلم.

قال المصنف رحمته الله:

(إلا إذا كان العقد مما يحرم فيه التفرق قبل القبض) للعوضين أو لأحدهما (كما) أي كالعقد الذي (في) ذي (الربا) أي الذي يتأتى فيه الربا ولو عبّر كغيره بالربوي كان أولى (والسلم) عطف على ما لأنها واقعة على العقد كالسلم وسيأتي أن الربوي ورأس مال السلم يشترط قبضهما في المجلس وإذا امتنع التأجيل فيهما فالخيار أولى أن يمتنع

لأنه أعظم غرراً إذ يمنع الملك أو لزومه ولأن المقصود تفرقهما من غير علاقة بينهما والخيار يقتضي بقاءها بعد التفرق، ومثل السلم بيع موصوف في الذمة بنظيره بغير لفظ السلم فإنه يشترط فيه قبض أحد العوضين في المجلس فيمتنع شرط الخيار. ويثبت الخياران في كل عقد معاوضة محضة واقعة على العين عدا ما ذكر كالتولية والإشراك وصلاح المعاوضة على غير منفعة ولو في عقد تولّى الأب طرفيه ولا يثبتان في العقود الجائزة من الجانبين كالشركة والقراض أو من أحدهما كالكتابة والرهن ولا في الشفعة والحوالة والنكاح والصداق والمساقاة والإجارة، كذا في الروض.

قال المصنف رحمه الله:

(ثم إذا كان) الخيار بنوعيه (للبيع) كائنا (وحده) أي منفرداً به (فالمبيع في زمن الخيار) إظهار في مقام الإضمار للإيضاح (ملكه) أي باق على ملكه والتمن ملك للمشتري (وإن كان) الخيار (للمشتري وحده فالمبيع في زمن الخيار ملكه) والتمن ملك للبايع، وإن كان العاقدان نائبين عن غيرهما فالملك للمنوب عنه ولو شرطاً الخيار لأجنبي مطلقاً أو ب قيد كونه عنهما فالملك موقوف كالأتي أو عن أحدهما فالملك لذلك الأحد (وإن كان) الخيار (لهما فالملك فيه) وكذا في التمن (موقوف إن تم البيع) أي لم يطرأ عليه فسخ (تبين أنه) أي المبيع (كان ملكاً للمشتري) والتمن للبايع (وإن فسخ تبين أنه كان ملكاً للبايع) وأن التمن كان ملكاً للمشتري وتتبع الزيادة المنفصلة كلبن وبيض وتمر ومهر وكسب أصلها فهي لمن انفرد بالخيار وإلا فموقوفة. ولو اجتمع خيار المجلس لهما وخيار الشرط لأحدهما فهل يُغلب الأول فيوقف الملك أو الثاني فيكون الملك لذلك الأحد؟ استظهر في شرح الروض الأول وتبعه الشهاب الرملي في حواشيه وولده في النهاية لأن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتاً... واستبعدوا قول الزركشي: الظاهر الثاني لثبوت خيار الشرط بالإجماع، وفي حواشي شرح الروض أنه لو انقضت مدة خيار الشرط ولم يتفرقا فالظاهر بقاء خيار المجلس. **فروع:** يُورث الخيار بأنواعه فإن كان الوارث جماعة وفسخ بعضهم دون بعض انفسخ في الجميع حذراً من تفريق الصفقة، فإن كان الوارث محجوراً عليه ولو بسفه

نصب الحاكم عنه من يفعل ما فيه مصلحته من الإجازة أو الفسخ.
وإن جن العاقد قام وليه مقامه في ذلك ولا ينقطع خيار الولي بمفارقة المجنون
مجلس العقد وإذا عُقد البيع عن طريق الكتابة أو الهاتف مثلاً فالمعتبر في خيار
المجلس مجلس بلوغ الخبر إليه فإذا فارقه انقطع خياره ويحصل الفسخ في حال غيبة
الآخر ولا يشترط الإشهاد عليه لكن يستحب سدَّ بابِ النزاع، والله أعلم.

فصل في شروط المبيع

للمبيع شروط خمسة :

أَنْ يَكُونَ طَاهِرًا، مُتَنَفَعًا بِهِ، مُقَدَّرًا عَلَى تَسْلِيمِهِ، مَمْلُوكًا لِلْعَاقِدِ، أَوْ لِمَنْ نَابَ الْعَاقِدَ عَنْهُ، مَعْلُومًا.

فَلَا يَصَحُّ بَيْعُ عَيْنٍ نَجَسَةٍ كَالْكَلْبِ، أَوْ مُتَنَجِّسَةٍ وَلَمْ يُمْكَنْ تَطْهِيرَهَا، كَاللَّبَنِ وَالذَّهْنِ مَثَلًا، فَإِنْ أُمِّكَنْ كَثُوبٌ مُتَنَجِّسٌ جَازٌ.

وَلَا يَصَحُّ بَيْعُ مَا لَا يَتَنَفَعُ بِهِ، كَالْحَشْرَاتِ، وَحَبَّةِ حَنْطَةٍ، وَأَلَاتِ الْمَلَاهِي الْمَحْرَمَةِ.

وَلَا يَبِيعُ مَا لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، كَعَبْدِ آبِقٍ، وَطَيْرٍ طَائِرٍ، وَمَغْصُوبٍ، لَكِنْ إِنْ بَاعَ الْمَغْصُوبَ مِمَّنْ يَقْدَرُ عَلَى انْتِزَاعِهِ جَازٌ، فَإِنْ تَبَيَّنَ عَجْزُهُ فَلَهُ الْخِيَارُ، وَلَا يَبِيعُ نَصْفَ مَعْيَنٍ مِنْ إِنْاءٍ، أَوْ سَيْفٍ، أَوْ ثَوْبٍ، وَكَذَا كُلُّ مَا تَنْقُصُ قِيَمَتَهُ بِالْقَطْعِ وَالْكَسْرِ، فَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ كَثُوبٌ ثَخِينٌ جَازٌ. وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَرْهُونِ دُونَ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَبِيعُ الْفُضُولِيُّ وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ وِلَايَةٍ وَلَا وَكَالَةٍ.

وَلَا يَبِيعُ مَا لَمْ يُعَيَّنْ كَأَحَدِ الْعَبْدَيْنِ، وَلَا يَبِيعُ عَيْنٍ غَائِبَةٍ عَنِ الْعَيْنِ، مِثْلُ بَعْتِكَ الثَّوْبِ الْمَرْوُزِيِّ الَّذِي فِي كُمَّيْ، وَالْفَرَسِ الْأَدْهَمِ الَّذِي فِي إِصْطَبْلِي، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي رَأَاهَا قَبْلَ ذَلِكَ وَهِيَ مِمَّا لَا يَتَغَيَّرُ فِي مَدَّةِ الْغَيْبَةِ غَالِبًا جَازٌ.

وَلَوْ بَاعَ عَرْمَةً حَنْطَةً وَنَحْوَهَا وَهِيَ مُشَاهِدَةٌ وَلَمْ يُعْلَمْ كَيْلُهَا، أَوْ بَاعَ شَيْئًا بِعَرْمَةٍ فَضِيَّةً مُشَاهِدَةً وَلَمْ يُعْلَمْ وَزْنُهَا جَازٌ، وَتَكْفِي الرُّؤْيَا.

وَلَا يَصَحُّ بَيْعُ الْأَعْمَى وَلَا شِرَاؤُهُ، وَطَرِيقُهُ التَّوَكُّيلُ، وَيَصَحُّ سَلْمُهُ بِعَوَاضٍ فِي ذِمَّتِهِ.

هذا ولما أنهى المصنف الكلام فيما يتعلق بالصيغة والعاقدين شرع في الكلام على ما يتعلق بالمعقود عليه مُعَنُونًا عَنْهُ بِ(فصل) في شروط المبيع.

(للمبيع شروط خمسة) عامة للربوي وغيره وهي (أن يكون طاهرا) ولو بالقوة

فيشمل المتنجس الذي يمكن تطهيره بال غسل وأن يكون (منتفعا به) بصيغة اسم المفعول وأن يكون (مقدورا على تسليمه) أو تسلمه وأن يكون (مملوكا للعاقد) إذا عقد لنفسه (أو لمن ناب العاقد) بالرفع لأنه فاعل كما هو ظاهر وإنما نبهت عليه لأن بعض الناس ينصبه وهو وهم لأن الفعل لازم قال في المصباح: وناب الوكيل عنه في كذا ينوب نيابة فهو نائب، والأمر منوب فيه وزيد منوب عنه. ا.هـ. وقوله: (عنه) متعلق بناب والضمير عائد إلى من، والتقدير: أو للذي صار العاقد نائبا عنه وهو المحجور عليه أو الموكل وإنما عبر بناب ليشمل الولي والوكيل والحاكم ومنصوبه وأن يكون (معلوما) للعاقدين والمراد بالعلم ما يشمل الظن الراجح ثم ذكر المصنف محترزات هذه القيود المعبر عنها بالشروط على ترتيبها فقال: (فلا يصح بيع عين نجسة كالكلب) ولو معلما والخنزير حتى ما يمكن تطهيرها بالإحالة كجلد الميتة قال شارح الروض: لخبر الصحيحين أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب وقال: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير» وقيس بها ما في معناها. ا.هـ. وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: رأيت رسول الله ﷺ جالسا عند الركن فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: «لعن الله اليهود» ثلاثا، «إن الله تعالى حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» رواه أبو داود، والدارقطني، والبيهقي، ورجاله ثقات وهذا الحديث عام في كل شيء حرم أكله.

ومنه الدم؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: ٣] وغيره من الآي التي في معناه، وقد ورد فيه حديث خاص ففي صحيح البخاري عن أبي جحيفة رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم وثمان الكلب..» الحديث، وهو في باب ثمن الكلب من الصحيح، قال الحافظ في الفتح: وهو حرام إجماعا أعني بيع الدم وأخذ ثمنه. ا.هـ. قال البسام في توضيح الأحكام: ومنه المسحوب من بدن الصحيح للمريض فبيعه حرام ولكن إذا اضطر إليه للمريض أو العمليّات فدفع العوض فيه جائز من أجل الضرورة والإثم إنما هو على الآخذ وليس على الباذل المضطر لذلك. ا.هـ. وحكاه عن قرار مجلس العلماء، والعمليات هي الجراحات الطبيّة في لغة العصر.

قال المصنف رحمته :

(أو) عين (متنجسة و) الحال أنه (لم يمكن تطهيرها كاللبن والدهن مثلاً) لأنه في معنى نجس العين (فإن أمكن) تطهيرها (جاز) أي صح بيعها ومن الأول الآجر المعجون بالزبل فلا يصح بيعه بخلاف بيع الدار المبنية به لأنه تابع للطاهر منها كالحديد والخشب والأرض ولو تصدق بالدهن المتنجس للاستصباح به أو بالكلب لنحو صيد وحراسة أو بالسرجين لإصلاح الأرض الزراعية بقصد نقل اليد جاز.

قال المصنف رحمته :

(ولا يصح بيع ما لا ينتفع به) إما لخسسته (كالحشرات) ولا عبرة بما يقوله الأطباء من أن فيها فوائد وخواص وهي كالفأرة والخنفساء والنمل وغيرها (و) إما لقلته ك(حبة حنطة) وشعير ونحوهما ومثل الحبة الحبتان والحبات لأنه لا يعد مالاً عرفاً ولا أثر لكونه يُعدُّ إذا ضم إلى غيره ولا لكونه يوضع في نحو الفخ للصيد به لندرته ومع ذلك يحرم غصبه ويجب رده، فإن تلف فلا ضمان إذ لا مالية له (و) إمّا للنهي عن منفعتة ك(آلات الملاهي المحرمة) كالمزمار والطنبور والصُور ولو كانت من ذهب أو فضة إذ لا نفع فيها شرعي ولأنها لا يقصد منها على هيئتها إلا المعصية، وفي الصحيحين عن جابر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» والأصنام جمع صنم بفتحين وهو ما يصنع من نحو ذهب أو فضة أو حديد أو خشب على صورة إنسان أو حيوان آخر ليعبد من دون الله، قال صاحب توضيح الأحكام: والعلة في منع بيع الأصنام البعد عن طاعة الله فكل ما ألهى وشغل عن طاعة الله فهو حرام ومن ذلك التماثيل والصور المجسمة وآلات اللهو والطرب. ا.هـ.

مبحث في الأوراق النقدية :

فرع هام: ذكر الشرواني في حواشي التحفة هنا عند قولها: ولا بيع حبتي نحو الحنطة أو الزبيب ونحو عشرين حبة خردل وغير ذلك من كل ما لا يقابل بمال عرفاً في حالة الاختيار لانتفاء النفع بذلك لقلته إلخ أنه يؤخذ منه جواب سؤال عن الأوراق

النقدية هل يصح البيع والشراء بها ويصير المملوك منها أو بها عرض تجارة يجب زكاته عند تمام الحول والنصاب؟.

وحاصل الجواب أن تلك الأوراق لا تصح المعاملة بها ولا يصير المملوك منها أو بها عرض تجارة فلا زكاة فيه، فإن من شرط المعقود عليه أن يكون في حد ذاته فيه منفعة مقصودة يعتد بها شرعا بحيث يقابل بتمول عرفا في حال الاختيار والأوراق المذكورة ليست كذلك فإن الانتفاع بها في المعاملات إنما هو بمجرد حكم السلاطين بتنزيلها منزلة النقود... إلى أن قال: نعم يجوز أخذ المال في مقابلة رفع اليد عنها أخذًا من مسألة يجوز نقل اليد عن الاختصاص بالدرهم كما في النزول عن الوظائف. ١. هـ. باختصار. ونقله عنه السقاف في الترشيح وأقره.

الرد على الشبهة:

وهذا الجواب عَجَبٌ عَجَابٌ جِدًّا وأعجب منه أخذه من قولهم: كل ما لا يقابل بمال عرفا في الاختيار لا يصح بيعه فأبي عُرْفٍ يمنع من مقابلة هذه الأوراق بمال حتى تدخل في ذلك بل الأمر بالعكس، فقد اتفق البشر قاطبة على اختلاف انتماءاتهم على التعامل بهذه الأوراق وعدوها مالا يبذلون في سبيل نيله نفيسهم بل نفوسهم بل لو قلنا: إن اتفاهم على ذلك مثل اتفاهم على الأكل والشرب ونحوهما ما أبعدنا فهو إجماع لم يحصل مثله في كلمة التوحيد وبعثة الرسل وإنكار ذلك يلتحق بمذهب السُّوفِسْطائية الذين ينكرون حقائق الموجودات ويرونها خيالات ومثلهم لا يستحق الحوار. أليست هذه الأوراق هي أثمان السفن الكبار والقصور الفخام والطائرات وحاملاتها والسيارات على اختلاف أنواعها وطبقاتها، أليس تُجَلَّبُ بها كل المنافع وتُدْفَعُ بها كل المضار؟ بلى.

وليس يصح في الأذهان شيء إذا احتاج النهار إلى دليل

وعلى مقتضى ذلك الجواب لا يُعاقَبُ مَنْ سَرَقَ مِليارات الدولار الأمريكي ولا يضمونها إذا تلفت من يده ولُيَسْتَرَحَ تَجَارُ البلايين فلا زكاة عليهم لأنهم لا أموال لهم

فسبحان الله أي عقل يفكر هذا التفكير ولئن كان صدور هذه الفتوى في وقت لم يشع فيه التعامل بهذه الأوراق أو كانت فيه مختصة بالأشياء التافهة فقد يكون لصاحبها نوع من العذر، أما اليوم فلا يُمكنُ عاقلاً أن يُنسبَ هذه الفتوى إلى شرع الله، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(ولا) يصح (بيع ما لا يقدر على تسليمه) حساً (كعبد آبق) وهيمة ضالة (وطير طائر) بالفعل وهو كناية عن خروجه من سيطرة البائع والمشتري.

ويطلق الطير على الواحد والجمع فيما حكاه صاحب المصباح عن أبي عبيدة وقُطْرُب، وحكى عن ابن الأنباري إنكار وقوعه على الواحد قال: وإنما يقال له: طائر، وعلى الأول فهو مثل الفلک يطلق على السفينة والسفن (و) ك(مغصوب) خارج من يد المالك فلا يصح بيعه له لعدم قدرته على تسليمه (لكن إن باع المغصوب ممن يقدر على انتزاعه) من يد الغاصب بوسيلة ما من غير مؤنة لها وقع (جاز) أي صح البيع لحصول المقصود بذلك وأظهر المصنف اسم المغصوب في قوله إن باع المغصوب لثلاث يتوهم لو أضمره عود الضمير إلى ما لا يقدر على تسليمه وهو غير مراد له وإن كان المعنى عليه صحيحاً أيضاً بتأويل الانتزاع بالتحصيل مثلاً على ما في المجموع والروضة لكن في حواشي الروضة أن المذهب في الأبق عدم الصحة وعلى هذا فالإظهار قد يكون لهذا الغرض وقال كغيره ممن يقدر لأن «باع» قد يتعدى بمن وإن كان الأصل تعدية إلى اثنين بنفسه قال في المصباح: وبعث زيدا الدار يتعدى إلى مفعولين، وكثر الاقتصار على الثاني لأنه المقصود بالإسناد- يعني أنه محط الفائدة... قال: ويجوز الاقتصار على الأول عند عدم اللبس نحو بعث الأمير لأن الأمير لا يكون أي شرعاً مملوكاً يباع وقد تدخل من على المفعول الأول على وجه التأكيد فيقال: بعث من زيد الدار كما يقال: كتتمته الحديث وكتمت منه الحديث... قال: وربما دخلت اللام مكان من يقال: بعثك الشيء وبعته لك فاللام زائدة... إلخ ما فيه.

قال علماؤنا: يصح البيع المذكور من القادر وإن جهل الغصب (فإن تبين عجزه) يعني طراً عجزه بعد أن كان قادراً (فله الخيار) في إمضاء العقد وفسخه وكذا يتخير إذا

جهل الغصب ولو كان يقدر على الانتزاع فلو اختلفا في العجز أو قال المشتري: كنت أظن قدرتي فبان عدمها حلف وبان عدم انعقاد البيع.

فرع: لا يصح بيع طائر في الهواء وإن تعود العود إلى محله لما فيه من الغرر إذ لا يوثق به إلا النحل الموثوقة أمه ولا بُدَّ من رؤيته في الكُوَّارة أو حال خروجه منها أو دخوله إليها، كذا في الروض وشرحه، ولعل الصواب الموثوقة بدل الموثوقة وأمُّ النحل يعسوبه وفي المعجم الوسيط: يعسوب مَلَكةُ النحل وهي أنثى وكان العرب يظنونها ذكرا لضخامتها. ١. هـ.

أقول: وهو اعتقاد العوام وأشباههم عندنا إلى اليوم، وقد توسع صاحبُ كتاب «العلاج بالعسل» في بيان أحوالها.

قال المصنف رحمته:

(ولا) يصح (بيع نصف) مثلا (معين من إناء أو سيف أو ثوب) لأنه ينقص قيمته فيصير إضاعَةً مالٍ (وكذا كل ما تنقص قيمته بالقطع والكسر) نقصانا يُحتفلُ به وذلك لعدم القدرة على تسليمه شرعا.

وطريق من أراد شراءَ قدرٍ معيّنٍ من ذلك أن يشتريه مشاعا ثم يقتسماه أو يواطئ صاحبه على شرائه بكذا وبعد اتفاقهما يقطعه قبل العقد ثم يعقدان فيصح بلا خلاف كما نقله شارح الروض عن المجموع (فإن لم تنقص) قيمته بذلك (كثوب تخين جاز) لانتفاء المحذور.

قال المصنف رحمته:

(ولا يجوز بيع المرهون) بعد قبضه (دون إذن المرتهن) للعجز عن تسليمه شرعا لتعلق حق المرتهن به فإن أذن فيه صح لزوال المانع ثم ذكر المصنف محترز الشرط الرابع بقوله: (ولا) يصح (بيع الفضولي) بضم الفاء قال في المصباح: وحُدِّ الفضل أي الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفلوس وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا نُسبَ إليه على لفظه فقيل: فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه

لأنه جُعِلَ علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد. ا. هـ. والمراد به هنا من ليس مالكا ولا ولياً ولا وكيلًا ويصح أن يراد ببيعه عقده فيشمل شراءه (وهو) أي بيع الفضولي (أن يبيع مال غيره) أو يشتري له بعين ماله أو في ذمته (بغير ولاية) له عليه (ولا وكالة) عنه فلا يصح ذلك في الجديد لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك» الحديث، رواه أبو داود، والحاكم. كذا في صحيح الجامع الصغير والذي وجدته عند الحاكم في المستدرک برقم (٢١٨٦) من طريق عطاء الخراساني، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو أنه كتب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما كتبه عنه أنه قال لعَتَّاب بن أُسَيْدٍ لما بعثه إلى أهل مكة: «أخبرهم أنه لا يجوز بيعان في بيع ولا يبيع ما لا يملك ولا سلف وبيع...» وأخرجه البيهقي في الكبرى باب النهي عن بيع ما ليس عندك وبيع ما لا تملك من طريق الأوزاعي عن عمرو بإسناده ولفظه: «أبْلَغُهُمْ عن أربع خصال أن لا يصلح شرطان في بيع، ولا يبيع وسلف، ولا يبيع ما لا يملك، ولا يربح ما لا يضمن» فالحديث إذن صحيح والقول القديم للشافعي أن العقد ينعقد موقوفًا على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإلا لغا. كذا في الروضة.

ذكر المذاهب في عقد الفضولي:

ذكرنا مذهب الشافعية وأن الصحيح عندهم بطلان عقده في البيع والشراء وكذا الوقف والنكاح وسائر العقود قال النووي: وبه قال أبو ثور، وابن المنذر، وأحمد في أصح الروايتين عنه، وقال مالك: يقف البيع والشراء والنكاح على الإجازة فإن أجازته مَنْ عَقَدَ له صح وإلا بطل، وقال أبو حنيفة: إيجاب النكاح وقبوله والبيع تقف على الإجازة ولا يقف الشراء عليها ووافقته إسحاق في البيع، كذا في المجموع.

الاستدلال:

استدل الأولون بحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وقد سبق آنفاً وبحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم: هل يبيع الرجل ما ليس عنده ثم يتاع له من السوق؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تبع ما ليس عندك» أخرجه أصحاب

السنن الأربع، وقال النووي: هو حديث صحيح وبالقياس على بيع نحو الأبق بجامع عدم القدرة على التسليم، قال النووي: ولأنه أي إيجاب البيع - أحد طرفي البيع فلم يقف على الإجازة كالقبول - أي الذي هو الشراء وقد منعه أبو حنيفة. ١. هـ.

وذكر أنه استدل للتجوز والوقف على الإجازة بحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به أضحية فاشترى به أضحية وباعها بدينارين واشترى له أضحية بدينار وجاءه بأضحية ودينار فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعاه بالبركة رواه أبو داود، والترمذي، وبحديث عروة البارقي رضي الله عنه قال: دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشتري له شاة فاشترت له شاتين فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ... فقال له: «بارك الله لك في صفقة يمينك» ...

قال النووي: رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، قال: وإسناد الترمذي صحيح وإسناد الآخرين حسن فهو حديث صحيح. ١. هـ. وفاته أن يذكر إخراج البخاري له في المناقب من الصحيح برقم (٣٦٤٢) ولفظه في آخره: فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

وبحديث أصحاب الغار الذي في الصحيحين أن أحدهم قال: «اللهم إني استأجرت أجراً فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد ترك الذي له وذهب فتمرت أجره حتى كثرت منه الأموال...» وفيه: «أنه أتاه بعد حين وطلب أجره فقال له كل ما ترى من أجرك...» إلى أن قال: «فاستاقه كله ولم يترك منه شيئاً».

أقول: قد اكتفى البخاري بهذا الحديث دليلاً على المسألة وترجم عليه قائلاً: باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي واعترض على ذلك بأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا عند الجمهور، وأجيب عنه بأن النبي صلى الله عليه وسلم ساقه مساق المدح وأقره، ولو كان لا يجوز لبيته قال الحافظ: فبهذا الطريق يصح الاستدلال به لا بمجرد كونه شرع من قبلنا. ١. هـ.

واعترض أيضاً بما يأتي: قال النووي: أما حديث حكيم فأجاب أصحابنا عنه

بجوابين:

أحدهما: أنه حديث ضعيف لأن في إسناد أبي داود رجلا مجهولا وأن في إسناد الترمذي انقطاعا بين حبيب بن أبي ثابت، وحكيم بن حزام كما قاله الترمذي نفسه. ثانيهما: أنه كان وكيلا عاما للنبي ﷺ بدليل أنه باع الشاة وسلّمها واشترى والتسليم لا يجوز عند المخالف إلا بإذن مالِكها والشراء لا يجوز عند أبي حنيفة موقوفا على الإجازة قال النووي: وهذا الجواب الثاني هو الجواب عن حديث عروة البارقي.

أقول: إذن فقد سلم النووي بصحة حديث عروة لكنه يمنع دلالة على المسألة بادعاء كونه وكيلا عاما للنبي ﷺ وقد صرح فيما سبق نقله عنه بأنه حديث صحيح قال: وأما حديث الغار فالذي فيه شرع من قبلنا وفيه خلاف مشهور في كونه شرعا لنا فإن قلنا: ليس شرعا لنا لم يكن فيه حجة، وإلا فهو محمول على أنه استأجره بأرز في الذمة ثم عينه له فلم يقبضه وبالتالي فهو باق على ملك المستأجر، وإنما تبرع بما فعله له وهو خير، هذا حاصل ما ذكره النووي للفريقين مُختَصراً مُهذَّباً.

أقول: أما ما ذكره في حديث حكيم بن حزام من الضعف فيجانب عنه بما قاله هو في التقريب وزاده شارحه حيث قال: ما كان ضعفه لضعف حفظ راويه الصدوق الأمين زال بمجيئه من وجه آخر وصار حسنا وكذا إذا كان ضعفها لإرسال أو تدليس أو جهالة رجال... زال بمجيئه من وجه آخر وكان دون الحسن لذاته. هـ. وأما احتمال الوكالة المطلقة أو العامة أو الزائدة للبيع على الشراء، فمع كونه احتمالا ضعيفا يردده ما في باب الوكالة من أنها لا تصح، وهذه عبارة الروضة في باب الوكالة: لو قال: وكلتك في كل قليل وكثير أو في كل أموري أو في جميع حقوقي... أو فوضت إليك جميع الأشياء أو أنت وكيلي فتصرف في مالي كيف شئت لم تصح الوكالة. انتهت.

ويأباه سياق الحديث فعند أحمد، والدارقطني، عن عروة البارقي قال: عرض للنبي ﷺ جَلْبُ فأعطاني ديناراً، وقال - أي عروة -: أتت الجلب فاشترى لنا شاة بهذا الدينار فأتيت الجلب فساومت فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة وبدينار فقلت: يا رسول الله هذه الشاة وهذا دينار فقال: «كيف صنعت...؟»، فحدثه الحديث فقال:

«بارك الله في صفقة يمينك...»، وعمدة القول بالجواز هو حديث عروة البارقي هذا من رواية الزبير بن الحرّيت عن أبي ليبيد لِمَا زة بن زَبَّار وهو في نظر التقريب صدوق عن عروة بن أبي الجعد البارقي ويعضده رواية البخاري من طريق سفيان بن عيينة عن شبيب بن غرقدة قال: أخبرني الحرّيت عن عروة فذكره وقد تابع أبا ليبيد نعيم بن أبي هند، عند عروة، عن أبي داود الطيالسي في مسنده على ما حكاه صاحب التعليق المغني على سنن الدارقطني عن أسد الغابة في معرفة الصحابة، ونعيم هذا قال في التقريب: ثقة وحديث حكيم شاهد قوي له.

قال الحافظ: واستدل به على جواز بيع الفضولي وتوقّف الشافعي فيه فتارة قال: لا يصح، لأن هذا الحديث غير ثابت وهذه رواية المزني عنه وتارة قال: إن صحّ الحديث قلتُ به وهذه رواية البويطي عنه. ١.١هـ. وقد نقل القسطلاني عبارة البويطي وذكر أنها في آخر كتاب الغصب منه. وقد صحّ الحديث بحمد الله كما نص عليه النووي والمنذري وغيرهما ثم رأيت في الروضة أن إمام الحرمين قال: لم يعرف العراقيون هذا القول القديم وقطعوا بالبطلان قال النووي: قلت قد ذكر هذا القديم من العراقيين المحاملي في اللباب والشاشي وصاحب البيان ونص عليه في البويطي وهو قويٌّ وإن كان الأظهر عند الأصحاب هو الجديد. ١.١هـ.

أقول: البويطي من الكتب الجديدة فذلك القول جديد أيضًا وفي باب الإجارة من الأم ما هو ظاهر في اختيار الشافعي له، والله أعلم. ثم الذي في الحديثين تصرف الوكيل زائدا على ما أمر به نصيحة للموكل فيقاس عليه ما في معناه لا كل فضولي هذا ما أراه، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(ولا) يجوز (بيع ما لم يعين كأحد العبدین) مثلا وهذا من مفهوم قوله سابقا: معلوما، وذلك لما فيه من الغرر المنهي عنه في أحاديث جماعة من الصحابة من أبرزها حديث أبي هريرة عند مسلم والأربعة أن النبي صلّى الله عليه وآله نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر. (ولا بيع عين) معينة (غائبة عن العين) كذا في نسختي الفيض والأنوار بتعريف

العين وهو أولى من التنكير الذي في النسخة المجردة التي عندي لأن المراد غيبتها عن أعين المتعاقدين لا عن عين ما وذلك (مثل) قوله: (بعتك الثوب المروزي الذي في كمي) ولم يره المشتري قبل ذلك والكم بضم أوله وتشديد ثانيه غطاء اليدين من نحو القميص كانوا يضعون فيه الأشياء القليلة ويربطون عليه حفظا لها.

وقوله المروزي بزيادة الزاي كذا في النسخ الحاضرة عندي وفي المهذب: المروي بحذفها وهو القياس مع أنه المسموع في نسبة ما عدا الناس إلى مَرَو وهي مدينة بخراسان يقال لها: مَرُو الشاهجان وهي المرادة عند الإطلاق وثم مدينة أخرى يقال لها: مروالروذ وتُحَقَّفُ فيقال: مَرُوذ بوزن تَنُور وإلى هذه نسبة القاضي حسين من الشافعية وأبي بكر المَرُوذي من الحنابلة قال في المصباح: والنسبة إلى الأولى في الأناسي مَرُوزي بزيادة زاي على غير قياس ونسبة الثوب مَرُوِي بسكون الراء على لفظه. ا.هـ. ومثله في المختار لكن إطلاق القاموس يقتضي صحة إطلاق المروزي بالزاي على الثوب أيضا حيث قال: ومرو بلد بفارس والنسبة مَرُوِي ومَرُوِي ومَرُوِي إلا أن شارحه حكى عن الجوهرى قوله: والنسبة مَرُوزي على غير قياس والثوب مَرُوِي على القياس قال: ومثله لأبي بكر الزبيدي. ا.هـ.

وأظن أني رأيت بيتا من الرجز نُصِّه أو نحوُه:

والمَرُوزيُّ نسبة الأناسي والثوب مَرُوِي على القياس

والله أعلم، وفي الشطر الأخير لطافة.

قال المصنف رحمه الله:

(و) مثل بعتك (الفرس الأدهم) أي الأسود ففي اللسان: الدُّهْمَة: السواد والأدهم الأسود يكون في الخيل والإبل وغيرهما... والعرب تقول: ملوك الخيول دُهُمها... ا.هـ. يعني أن العرب تُفَضِّلُ الدُّهْم على غيرها لكن قدّم صاحب العقد الفريد الأشقر^(١) على الأدهم.

وقول المصنف: (الذي في إصطبلي) وصف ثان للفرس زيادة في تعيينه كسابقه

(١) الشقرة في الخيل حمرة صافية... عن مجمل اللغة.

والإصطبل أورده أصحاب المعجم الوسيط بالسين والصاد وفيه أنه حظيرة الخيل، وأن جمعه إصطبلات، وفي اللسان والقاموس أنه بكسر فسكون ففتح فسكون موقف الدابة وأن الكلمة شامية وفي التاج مزيد على ذلك.

أما حكم المسألة فقال النووي في المجموع: ... في بيع الأعيان الحاضرة التي لم تُر قولان مشهوران قال -أي الشافعي- في القديم والإملاء والصَّرْف من الجديد: يصح وقال في الأم والبويطي وعامة الكتب الجديدة- يعني غالبها-: لا يصح، ونقل عن حاوي الماوردي أن الشافعي نص في ستة كتب على صحته وفي ستة كتب أخرى على عدم صحته قال: واختلف الأصحاب في الأصح من القولين فصحح البغوي والرويانى صحته وصحح الأكثرون بطلانه وعدَّ من هؤلاء المزني والبويطي، والربيع، والماوردي، وأبا إسحاق الشيرازي في التنبيه والرافعي في المحرر قال: وهو الأصح وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب... ثم ذكر أنه يتفرع على البطلان ما إذا استقصى الأوصاف على الحدّ المعترف في السلم فهل يقوم مقام الرؤية وكذا سماع وصفه بطريق التواتر؟ فيه وجهان: أصحهما: لا يقوم وبه قطع العراقيون. ا.هـ.

تنبيه: قال النووي: ويشترط في شراء المصحف وكتب الحديث والفقه وغيرها تقليب الأوراق ورؤية جميعها وفي الورق البياض رؤية جميع الطاقات وممن صرح به القاضي، والرافعي، والبغوي وغيرهم. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(فإن كان المشتري رأها) أي العين الغائبة عن العين (قبل ذلك) أي قبل وقت العقد (وهي مما لا يتغير في مدة الغيبة) كالعقار والأواني والحديد والنحاس وكالحيوان إذا كانت المدة قصيرة وقوله: (غالبا) راجع إلى التغير المنفي، وقوله: (جاز) البيع أي صح: جواب الشرط وجملة قوله وهي مما لا يتغير... إلخ حال أو معترضة واحترز بها عما يتغير في تلك المدة غالبا كالذي يسرع فساده من الأطعمة فبيعه باطل لأنه بيع مجهول على أقل حال أما ما يتردد بين الأمرين ففيه وجهان: أصحهما: صحة العقد ثم إن وجدته متغيرا فله الخيار وإلا فلا، فإن اختلفا في التغير

فادعاه المشتري ونفاه البائع صدق المشتري بيمينه على الصحيح الذي قطع به كثيرون كما في المجموع.

قال المصنف رحمته:

(ولو باع عرمة حنطة ونحوها) كشعير وذرة، والعرمة كغرفة وقصبة في المعجم الوسيط أنها الكومة من القمح المدؤس الذي لم يُذَرَّ ونحوه في اللسان، لكن المقصودة هنا المُدْرَاة وعليه فإطلاق العرمة عليها مجاز باعتبار ما كان كما في: ﴿وَأَتُوا النَّيْمَ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٢] وعبر غير المصنف بصبرة بدل عرمة وهو أولى عندي.

وقول المصنف رحمته:

(وهي مشاهدة) بصيغة اسم المفعول أي لهما والجملة حال من عرمة على حدّ: ﴿فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً﴾ [فصلت: ١٠] بالنصب ومثلها قوله: (ولم يعلم كيلها) أي مبلغ كيلها جاز اكتفاء بالرؤية لكن يكره ذلك لأنه قد يؤدي إلى الندم ومحل الصحة إذا لم يعلم أن تحتها نحو دكة أو منخفض وإلا بطل العقد وإن ظن أن المكان مستو فظهر خلافه خيّر وكذا الحكم في الآتي في قوله (أو باع شيئاً بعرمة فضة) مثلاً (مشاهدة ولم يعلم وزنها) أي قدرها يقال: ليس لفلان وزن أي قدرٌ (جاز) أي صح العقد (وتكفي الرؤية) عطف علة على معلل والفعلان متفقان معنى لأنهما مستقبليان لدخول لو في أول الكلام فهما كاللذين في آية الفرقان: ﴿... إِنْ شَاءَ جَعَلَ لَكَ... وَجَعَلَ لَكَ﴾ [الفرقان: ١٠].

(و) مما يتفرع على اشتراط الرؤية أنه (لا يصح بيع الأعمى ولا شراؤه) لما لم يره قبل عماه أو كان يتغير غالباً في زمن عدم الرؤية (وطريقه) أي وسيلته في تحصيل أغراضه من ذينك (التوكيل) لِأَمِينٍ أَهْلٍ لهما (ويصح سلمه) أي إسلامه والإسلام إليه (بعوض في ذمته) ثم يعينه بعد ذلك ويوكل في القبض والإقباض في المجلس، وإنما اشترط ذلك ليخرج عن بيع الغائب ومثل السلم التزويج والاختلاع والصلح عن دم فتجوز بعوض في الذمة فإن عُين بطل المسمى ووجب البدل ومثل البيع والشراء الإجارة والرهن والهبة فلا تصح منه وله أن يؤجر نفسه ويتزوج، والله أعلم.

• ذكر المذاهب في بيع المعين غير المرئي:

قال النووي: قد ذكرنا أن أصح القولين في مذهبنا بطلانه وبه قال الحكم، وحماد، وقال مالك، وأبو حنيفة، وأحمد، وابن المنذر، وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم: يصح، ونقله البغوي وغيره عن أكثر العلماء، ثم حكى النووي عن ابن المنذر أنه حكى الصحة وثبوت الخيار للمشتري عند الرؤية مطلقاً عن الحسن، والنخعي، والشعبي، والثوري، وأبي حنيفة وغيره من أهل الرأي وحكاها والخيار مقيداً بظهور خلاف الوصف عن ابن سيرين، وأيوب، ومالك، والعنبري، وأحمد، وأبي ثور، وابن نصر، قال ابن المنذر: وبه أقول. ١.هـ. باختصار، وقال ابن حزم في المجلي: البيع قسمان: إما بيع سلعة حاضرة مرئية مُقَلَّبَةً... وإما بيع سلعة بعينها غائبة معروفة أو موصوفة... ثم قال: فإن وجد مُشْتَرِي السلعة الغائبة ما اشترى كما وُصِف له فالبيع له لازم وإن وجده بخلاف ذلك فلا بيع بينهما إلا بتجديد صفقة أخرى بتراض بينهما. ١.هـ.

الاستدلال:

احتج أبو إسحاق في المهذب للقول بالبطلان بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، وفي هذا البيع غرر، والحديث رواه مسلم وأصحاب السنن وعن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» قال في المنتقى: رواه أحمد، وأخرج الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، قال أيوب بن عتبة أحد رواة: فَسَّرَ يحيى بن أبي كثير وهو شيخ أيوب في هذا الحديث ببيع الغرر، قال: إن من الغرر ضربة الغائص وبيع العبد الآبق وبيع البعير الشارد وبيع ما يكون في بطون الأنعام وبيع تراب المعادن وبيع ما في ضروع الأنعام... وبيع ضربة الغائص هو أن يقول من يغوص في البحر لأخذ شيء منه: بعتك ما أخرجُه في عَوْصَتِي هذه بكذا. وبحديث: «لا تبع ما ليس عندك».

قال النووي: واحتج لمن صححه بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] فإنه على عمومه إلا بيعاً منعه كتاب أو سنة أو إجماع أي وما هنا ليس كذلك قال:

وبحديث مكحول عن النبي ﷺ قال: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه» وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه» .

أقول: أخرجه البيهقي .

قال النووي: وبحديث عثمان وطلحة رضي الله عنهما المذكور في المهذب أقول وهو ما رواه البيهقي في الكبرى بإسنادٍ قال النووي: إنه حسن لكن فيه رجل مختلف في الاحتجاج به وقد روى له مسلم في صحيحه أقول: يعني به رباح بن أبي معروف إن شاء الله، وفي التقريب أنه صدوق له أوهام عن ابن أبي مليكة أن عثمان ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضاً بالمدينة ناقلاًه بأرض له بالكوفة فلما تبينا ندم عثمان ثم قال: بايعتك ما لم أره فقال طلحة: إنما النظر لي إنما ابتعتُ مغيباً وأما أنت فقد رأيتَ ما ابتعت فجعلنا بينهما حكماً فحكّمنا جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً.

وأخرج البيهقي أيضاً من طريق عبد الرزاق حدثنا معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب قال: قال أصحاب النبي ﷺ: وددنا أن عثمان وعبد الرحمن بن عوف قد تبايعا حتى ننظر أيهما أعظم جِدًّا في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان رضي الله عنهما فرسا بأرض ^(١) أخرى بأربعين ألف درهم أو نحو ذلك إن أدركتها الصفقة وهي سالمة ثم أجاز قليلاً فرجع فقال: أزيدك ستة آلاف درهم إن وجدها رسولي سالمة فقال: نعم، فوجدها رسول عبد الرحمن قد هلكت فخرج منها بشرطه الآخر، قال البيهقي: ورواه غيره، وزاد فيه: ولا إخال عبد الرحمن إلا وقد عرفها.

وأجاب النووي عن الاستدلال بالآية الكريمة بأنها عامة مخصوصة بحديث النهي عن بيع الغرر، وعن حديث مكحول بأنه مرسل، والمرسل ليس بحجة مع أن الراوي عنه وهو أبو بكر بن أبي مريم ضعيف، وعن حديث أبي هريرة بأن في إسناده عمر بن إبراهيم بن خالد مشهور بالضعف بل نُسب إلى الوضع ومدار الحديث عليه قال الدارقطني: وإنما يروى هذا عن ابن سيرين من قوله، وعن حديث عثمان وطلحة بأنه

(١) أي في مكان غائب .

لم ينتشر في الصحابة، والصحيح عندنا أن قول الصحابي ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة. ا.هـ. باختصار، وبعض زيادة، وفي الجزم بنفي الانتشار نظر، ولم يجب عن قصة عثمان وعبد الرحمن لأنه لم يذكرها، ولعل ذلك للزيادة التي حكاها البيهقي من قول أحد الرواة، ولا إخال عبد الرحمن إلا وقد عرفها، وهذا مجرد ظن لا يدل على حكم شرعي، هذا وقد ذكر ابن حزم مرسلًا آخر غير مرسل مكحول قال: رويناه من طريق وكيع عن الحسن بن حي عن الحسن البصري أن رسول الله ﷺ قال: «من اشترى ببعاء فهو بالخيار حتى ينظر إليه».

وأجاب هو عن الاستدلال بحديث النهي عن بيع الغرر بمنع أن ذلك من الغرر قال: لأن بيع الغائب إذا وُصف عن رؤية وخبرة ومعرفة وقد صح ملكه لما اشترى فأين الغرر، وعن حديث النهي عن بيع ما ليس عندك بأن المال الغائب يصدق عليه أنه عنده لأنه لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل: عندي ضياع وعندي دُور وعندي رقيق ومتاع غائب وحاضر إذا كان كل ذلك في ملكه... إلخ.

وفي البحر المحيط في الأصول للزرکشي أن في قول الصحابي ثلاثة أقوال للشافعي:

أحدها: أنه حجة مقدمة على القياس كما نص عليه في اختلافه مع مالك وهو من الجديد.

ثانيها: أنه ليس بحجة مطلقا وهو المشهور بين الأصحاب أنه الجديد.

ثالثها: أنه حجة إذا انضم إليه قياس فيقدم حينئذ على قياس ليس معه قول صحابي...

وقال الزرکشي في بحث المرسل من ذلك الكتاب وهو يعد الأقوال في المرسل: والسادس لا يقبل إلا إذا اعتضد بأمر خارج أن يرسله صحابي آخر أو يسنده عمن يرسله أو يرسله راو آخر يروي عن غير شيوخ الأول أو عضده قول صحابي أو فعله أو قول أكثر أهل العلم أو القياس أو عرف من حال المرسل أنه لا يروي عن غير عدل فهو حجة، وهذا قول الشافعي وأكثر أصحابه ووافق القاضي أبو بكر، ولا فرق

بين سعيد بن المسيب وغيره. ١٠١هـ. ونحوه في كتب المصطلح كتقريب النووي، وعلى ذلك فمرسل الحسن اعتضد بمرسل مكحول وقول عثمان، وطلحة، وجبير بن مطعم من الصحابة، والظاهر أن معهم غيرهم من الصحابة أيضًا وبقول أكثر أهل العلم كما نقله النووي سابقًا بل زعم ابن حزم أنه ليس للشافعي سلف في الإبطال، وإن كان ذلك مردودا عليه، والله أعلم.

فأعدل الأقوال وأسعدها بالدليل أن يبيع المعين الموصوف من ثقة بصفات السلم جائز مع ثبوت الخيار عند الرؤية ولا غرر في ذلك أصلا لأن الغرر أن يتردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما كما مضى فلا يدخل ذلك في بيع الغرر، والله أعلم.

فصل في الربا

لا يحرمُ الرباُ إلا في المطعوماتِ، والذهبِ والفضةِ، والعلّةُ في تحريمِ المطعوماتِ الطعمُ، وفي تحريمِ الذهبِ والفضةِ كونُهُما قيمَ الأشياءِ، فإذا بيعَ مطعومٌ بمطعومٍ من جنسه، كَبُرَّ بَيْرٌ اشْتَرِطَ ثَلَاثَةَ أَمْوَالٍ: المماثلةُ في القدرِ، والتقابضُ قبلَ التفريقِ، والحلولُ.

وإن كانَ من غيرِ جنسه، كَبُرَّ بشعيرٍ اشْتَرِطَ شرطانِ: الحُلُولُ، والتقابضُ قبلَ التفريقِ، وجازَ التفاضلُ.

وإن باعَ نقدًا بجنسه، كذهبٍ بذهبٍ اشْتَرِطَ الشروطَ الثلاثةَ المتقدمّةُ، وإن باعَ بغيرِ جنسه، كذهبٍ بفضةٍ اشْتَرِطَ الشرطانِ، وجازَ التفاضلُ، وإن باعَ مطعومًا بنقدٍ صحَّ مطلقًا.

ويعتبرُ التماثلُ في المكيّلِ بالكيلِ، وفي الموزونِ بالوزنِ، فلا يصحُّ رطلُ برِّ رطلِ برِّ إذا كانَ يتفاوتُ بالكيلِ، ويجوزُ إردبٌ بإردبٍ وإن تفاوتَ الوزنُ، والمرادُ ما كانَ يوزنُ أو يكالُ في الحجازِ في عهدِ رسولِ الله ﷺ، فإن جهَلَ حالُهُ اعتُبرَ ببلدِ البيعِ، وإن كانَ مما لا يوزنُ ولا يكالُ في العادةِ ولا جفافَ له، كالقثاءِ والسفرجلِ والأترجِ لم يصحَّ بيعُ بعضه ببعضٍ، فلو باعَ برًّا ببرًّا جزافًا لم يصحَّ، وإن ظهرَ من بعدُ تساويهما كيالًا. وإنما تُعتبرُ المماثلةُ حالةَ الكمالِ، فحالةُ كمالِ الثمرةِ الجفافِ، فلا يصحُّ رُطْبُ برُّطْبٍ، أو رُطْبُ بتمرٍ، وكذا عنبٌ بعنبٍ، أو بزيبٍ، وإن تماثلا، فإن لم يجرِ منه تمرٌ ولا زيبٌ لم يصحَّ بيعُ بعضه ببعضٍ.

ولا يباعُ دقيقٌ بدقيقٍ، ولا بئرٌ، ولا خُبزٌ بخُبزٍ، ولا خالصٌ بمشوبٍ، ولا مطبوخٌ ببيءٍ، ولا بمطبوخٍ إلا أن يجفَّ الطبخُ، كتمييزِ العسلِ والسمنِ.

قاعدهُ مدٌّ عجوةٌ:

ولا يجوزُ مدٌّ عجوةٍ ودرهمٌ بدرهمينِ، أو بمدّينِ، ولا مدٌّ ودرهمٌ بمدٍّ ودرهمٍ، ولا مدٌّ وثوبٌ بمدّينِ، ولا درهمٌ وثوبٌ بدرهمينِ.

ولا يصحُّ بيعُ اللحمِ بالحيوانِ.

قال المصنف رحمته :

(فصل في) أحكام (الربا) وهو بكسر الراء لغة الفضل والزيادة قال في شرح المنهج: وشرعا عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما. ا.هـ. وقوله: أو مع تأخير.. إلخ معطوف على قوله: على عوض فكأنه قال أو عقد مع تأخير... إلخ كما قاله ابن قاسم العبادي، وفي المعجم الوسيط أنه في الشرع: فضل خال عن عوض شرط لأحد المتعاقدين، وفي علم الاقتصاد: المبلغ يؤديه المقترض زيادة على ما اقترض تبعا لشروط خاصة. ا.هـ. ومراده بالفضل ما يشمل الأجل لانتفاع المؤخر به قال شارح الروض وهو ثلاثة أنواع: ربا الفضل: وهو البيع مع زيادة أحد العوضين على الآخر. وربا اليد: وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما. وربا النساء: وهو البيع لأجل... وكل منها حرام والأصل في تحريمها مع الإجماع قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨]، وخبر مسلم: «لعن رسول الله ﷺ أكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهديه». ا.هـ.

قال المصنف رحمته :

(لا يحرم الربا إلا في المطعومات) أي الأشياء التي تُقصد لِطَعْمِ الآدمي اقتياتا أو تفكها ولو نادرا أو تداويا (و) إلا في (الذهب والفضة) ولو حليا وإناء وتبرا أما حرمة الربا في ذلك فلحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء يدا بيد...» الحديث رواه مسلم وأهل السنن، قال الترمذي: وفي الباب عن أبي سعيد وأبي هريرة، وبلال، وأنس رضي الله عنهم، وفي التلخيص أنه ورد من حديث عمر عند الستة، ومن حديث علي عند الحاكم في المستدرک، ومن حديث أبي بكر عند الشيخين، وأن حديث أبي هريرة أخرجه مسلم، وعن معمر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كنت أسمع النبي ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلا بمثل» وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم وأحمد، قال النووي نقلًا

عن الأصحاب: الطعام المذكور عام يتناول جميع ما يسمى طعاما وأفاد أن ذكر بعض أفراد العام لا يخصص العام على الصحيح في علم الأصول، وأما عدم التحريم فيما سوى ذلك فلاصل البراءة الأصلية.

قال النووي: فرع: إذا راجت الفلوس رواج النقود لم يحرم الربا فيها. هذا هو الصحيح المنصوص... وفيه وجه شاذ أنه يحرم حكاة الخراسانيون. ١.هـ. ونحوه في شرح الروض والمنهج والتحفة والنهاية وغيرها من كتب الأصحاب.

والفلوس جمع فلس بفتح فسكون وهي كما في المعجم الوسيط: عُملة يُتعامَلُ بها مضروبة من غير الذهب والفضة وكانت تقدر بسدس الدرهم. ١.هـ. وفي مختصر المزني أن الشافعي قال: ولا أعلم اختلافا بين المسلمين أن الدينار والدرهم يُسلمان في كل شيء ولا يُسلم أحدهما في الآخر غير أن من الناس من كره أن يسلم دينار أو درهم في فلوس وهو عندنا جائز لأنه لا زكاة فيها ولا في تبرها، وإنما ليست بثمن للأشياء المتلفة وإنما أنظر في التبر إلى أصله والنحاس مما لا ربا فيه، وقد أجاز عددٌ منهم إبراهيم النخعي السلف في الفلوس. ١.هـ. وقد ذكر الماوردي في الحاوي أثناء حجاجه مع الحنفية حول علة الربا في النقدين حيث نقضوا كونها جوهرية الأثمان غالبا بالفلوس قالوا: فإنها أثمان في بعض البلدان ولا ربا فيها عندكم مجيبا عن ذلك.

قوله: وأما الجواب عن النقض بالفلوس فهو أنها وإن كانت ثمنا في بعض البلاد فنادر. ١.هـ. باختصار. فعلم منه أن نفي الربا عن الفلوس أي ونحوها كان لعدم غلبة كونها ثمنا للأشياء إذ ذاك أي في عصر علمائنا القدامى، وأما اليوم فالشائع القريب من عموم البسيطة هو التعامل بالعملات النقدية من غير الذهب والفضة ولذلك قال الدكتور وهبة الزحيلي - وهو شافعي - في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته بعد نقله عن الشافعية نفي الربا عن الفلوس: وبما أن الفلوس ومنها النقود الورقية الحالية أصبحت هي أثمان الأشياء غالبا فإني أرى جريان الربا فيها وهو الموافق لمذهب الحنفية، وقال أيضًا في أثناء كلامه على العلة: وكذلك الثمنية معنى مناسب لأنه ينبىء عن زيادة خطر وهو شدة الحاجة إلى النقدين أو ما يقوم مقامهما من النقود الورقية

بحسب التخريج والتصحيح الذي رأته خلافا للمعتمد في المذهب الشافعي في
العرف الماضي ١.هـ. (ج ٥ / ص ٣٧١٨ وما تلتها).

وكتب البسام في (ج ٤ / ص ٢٨٧ وما يليها) من توضيح الأحكام أن مجلس
المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي قرّر بتاريخ ١٠ / ٤ / ١٤٠٢ هـ بعد المناقشة
في موضوع العملة الورقية ما يلي: بناءً على أن الأصل في النقد الذهب والفضة وبناءً
على أن علة جريان الربا فيها هي مطلق الثمنية في أصح الأقوال عند فقهاء الشريعة
وبما أن الثمنية لا تقتصر عند الفقهاء على الذهب والفضة وإن كان معدنهما هو
الأصل وبما أن العملة الورقية قد أصبحت ثمنًا وقامت مقام الذهب والفضة في
التعامل... رغم أن قيمتها ليست في ذاتها وإنما هي في أمر خارج عنها لذلك كله يقرر
مجلس المجمع الفقهي الإسلامي: أن العملة الورقية نقد قائم بذاته له حكم النقدين
من الذهب والفضة فتجب الزكاة فيها ويجري الربا عليها بنوعيه فضلاً ونساءً قياساً
عليهما... إلخ ما كتبه.

ونقل في (ص ٣٩٠) عن قرار هيئة كبار العلماء في السعودية: أن الورق النقدي
أجناس متعدد بتعدد جهات الإصدار بمعنى أن الورق النقدي السعودي جنس
والأمريكي جنس، وهكذا كل عملة ورقية جنس مستقل بذاته وأنه يترتب على ذلك
جريان الربا بنوعيه فيها ومنع بيع الجنس الواحد منها بعبءه ببعض أو بغيره من
الأجناس النقدية من ذهب أو فضة أو غيرهما نسيئة فلا يجوز بيع الدولار الأمريكي
بخمسة ريالات سعودية مثلاً نسيئة، وكذا بيع بعض الجنس الواحد ببعض متفاضلاً
يدا بيذا كما هو ظاهر، ويجوز بيع جنس منه بجنس آخر متفاضلاً إذا كان يدا بيد أي
كما هو الجاري في عالم اليوم من صرف نحو الدولار الأمريكي بعدد من أوراق
البلاد الأخرى، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(والعلة في تحريم) ربا (المطعمومات الطعم) بضم الطاء أي كونها مطعمومة ففي
اللسان: الطعام اسم جامع لكل ما أُكِلَ وقد طعمَ يطعمُ طعمًا فهو طاعم إذا أكل

أو ذاق مثال غَنِمَ يَغْنَمُ غَنْمًا فهو غانم. ا.هـ. ويطلق الطعم بالضم على المطعوم نفسه ويجوز هنا فتح الطاء أيضًا لأن الطعم بالفتح كما يطلق على الذوق الخاص يطلق على الأكل أيضًا كما يطلق على الشهوة وعلى المشتهي كما في اللسان أيضًا وأما ترجيح صاحب المصباح هنا الفتح على الضم فلا يُسَلَّمُ وسنُدُّ المنع يُعلم مما ذكرته واستدل علماؤنا على كون العلة الطعم بأن النبي ﷺ علق الحكم في خبر مسلم السابق على اسم الطعام الذي هو بمعنى المطعوم، والمعلق على المشتق معلل بمدلول مأخذ الاشتقاق فكما أن قطع السارق معلل بالسرقة لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وجَلْدُ الزاني معلل بالزنا لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ...﴾ [النور: ٢] كذلك ما هنا.

قال في المهذب: ولأن الحب يحرم الربا فيه ما دام مطعوما فإذا زُرِعَ وخرج عن أن يكون مطعوما لم يحرم الربا فيه فإذا انعقد الحب وصار مطعوما حرم فيه الربا فدل على أن العلة فيه كونه مطعوما. ا.هـ. أي لأن الدوران من مسالك العلة ثم كون الطعم وحده العلة هو القول الجديد للشافعي والتقديم أنها الطعم مع الكيل أو الوزن أخذنا من قول النبي ﷺ: «الطعام بالطعام مثلا بمثل» والمماثلة لا تعرف إلا بالكيل أو الوزن فدل على أنه لا يحرم إلا في طعام يكال أو يوزن قال النووي: فعلى هذا لا ربا في السفرجل والرمان والبيض والجوز والبقول والخضراوات وغيرها مما لا يكال ولا يوزن... قال: وهذا القول ضعيف جدًا والتفريع إنما هو على الجديد. ا.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(و) العلة (في تحريم) ربا (الذهب والفضة كونهما قيم الأشياء) أي أثمان غيرهما من الأشياء غالبا بحسب ما كان في العصور الخوالي وعلل الماوردي في الحاوي ذلك بما معناه أن الشارع علق الربا على اسمي الذهب والفضة وقد تقرر في الشرع أن الحكم إذا علق عليهما اختص بهما ولم يقس عليهما غيرهما ألا ترى أن الزكاة لما

تعلقت بهما لم تتعد إلى غيرهما من صُفْرٍ أو رصاص أو شيء من الموزونات، ولما حرم الشرب في أواني الذهب والفضة اختص النهي بهما دون سائر الأواني من غيرهما ثم أجاب عن الاعتراض بأن لا فائدة في استنباط علة ثبت حكمها بالنص من غير تعدُّ بأن العلل أعلام نصبها الله تعالى للأحكام فربما أراد ببعضها التعدي وربما أراد ببعضها أن يوقف على حكمة النص ويستفاد من العلة القاصرة أمران:

أحدهما: أن حكمها مقصور على المحل.

وثانيهما: أنه ربما حدث ما يشارك المحل في المعنى فيتعدى حكمه إليه. اهـ.

باختصار وحذف، وأخرُ كلامه يُرشدُ إلى إثبات الربا في الأوراق النقدية اليوم كما أسلفنا وأن كلامهم منصب على أزمتهن وهذا هو اللائق بمرونة الشريعة الإسلامية وصلاحياتها لكل زمان ومكان لأنها مبنية على جلب المصالح للإنسان ودفع المفاسد عنه، والله أعلم.

وأما قول بعض الناس إن الورقة النقدية ليست بمال فهو شبيهه بقول المجانين وجوابه أن يقال له فلا تُطالبُ أحداً أضاع عليك منها ألوفاً مؤلفةً ببدلها إذ لا قيمة لها عندك.

ذكر المذاهب في علة الربا:

ذكر النووي وغيره أن المسلمين أجمعوا على ثبوت الربا في الأجناس الستة المنصوص عليها في الحديث السابق واختلفوا فيما عداها، فقال داود الظاهري وأتباعه والشيعة والكاساني وسائر نفاة القياس: لا ربا في غيرها وذكر الماوردي أن ذلك حُكي عن طاووس وقتادة ومسروق والشعبي وعثمان البتّي، وقد جزم ابن حزم بحكايته عن طاووس وقتادة وعثمان البتي ولم يذكر مسروقا ولا الشعبي.

قال الماوردي: وذهب جمهور الفقهاء ومثبتو القياس إلى أن الربا يتجاوز المنصوص عليه إلى ما كان في معناه وذكر أن علة ذلك مستنبطة، ولذلك اختلفوا فيها فذكر فيما عدا الذهب والفضة ثمانية مذاهب وفيهما مذهبين فمن أرادها رجع إليه أو إلى مجموع النووي ولنقتصر هنا على ذكر ما عند المذاهب المعمول بها اليوم

فلنقل: حكى الزحيلي عن الحنفية أن علة ربا الفضل عندهم هي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس أي أن علة ما عدا الذهب والفضة هي الكيل مع اتحاد الجنس وعلة الذهب والفضة هي الوزن مع اتحاد الجنس والقدر الذي يتحقق به الفضل في الكيل نصف صاع فأكثر وفي الوزن زنة حبة شعير فكل ما تحققت فيه هذه العلة حرم التفاضل فيه بذلك القدر ولو غير مطعوم كالجص والنحاس والرصاص والحديد، وأما العلة في ربا النسيئة فهي الاتحاد في الجنس أو الاتفاق في المكيلية أو الموزونية. وحكى عن المالكية في ظاهر المذهب أن علة الربا في الذهب والفضة النقدية أي الثمنية وفي الطعام في ربا النسيئة هي مجرد المطعومية على غير وجه التداوي وإن لم يكن مقتاتا ولا مدخرا وفي ربا الفضل الاقتيات وقبول الادخار وفي معنى القوتية إصلاح القوت كالملاح والتوابل والبصل والخل.

وحكى عن الحنابلة ثلاث روايات عندهم أشهرها كمذهب الحنفية والثانية كمذهب الشافعية والثالثة أن العلة في غير الذهب والفضة كونه مطعوما مع الكيل أو الوزن فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والمان والبطيخ والسفرجل والخيار والبيض فضلا عن غير المطعوم كالزعفران والأشنان والحديد والرصاص قال: وهذا قول سعيد بن المسيب هذا وأدلة هذه المذاهب وردودها يرجع إليها في حاوي الماوردي ومحلّي ابن حزم وأشدُّ قولٍ في باب الربا ما ورد عن ابن سيرين أن علة الربا اتحاد الجنس فقط فأجرى الربا في جميع الأجناس حتى التراب بالتراب، وهذا القول يلزمه كون عدّ النبي ﷺ لتلك الأجناس الستة عبثاً وحاشاه من ذلك وهو المبلّغ عن الله مُرادَه، وأسهلُّ قولٍ في ذلك قول الظاهرية ومن لفّ لفهم، وقد ذكر الزحيلي أن ابن رُشد المالكي رجح في هذا الباب قول الحنفية، وأن ابن القيم رجح مذهب المالكية في المطعوم وأن الدكتور عبد الرزاق السنهوري رجح مذهب الشافعية بأنّه نظر إلى اعتبار اجتماعي اقتصادي فنقد ذلك إلى لب الموضوع ووقف عند المعنى البارز الذي ينبغي الوقوف عنده أما اعتبار الحنفية فهو اعتبار منطقي أقرب إلى الشكل منه إلى الجوهر. ١.هـ.

قال المصنف رحمته :

(فإذا بيع مطعوم بمطعوم من جنسه كُبرٌ) بيع أي عوّص (بير) وإن اختلف نوعه (اشترط) فيه (ثلاثة أمور): أحدها: (المماثلة) أي التساوي بينهما (في القدر) أي الكمية فلا يضر تفاوت القيمة (و) ثانيها: (التقابض) أي قبض كل من المتبايعين حقه في المجلس (قبل التفرق) أي قبل مفارقة مجلس العقد (و) ثالثها: (الحلول) أي كون ذلك حالاً، وذلك لحديث عبادة بن الصامت السابق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين يدا بيد...» الحديث، رواه مسلم وغيره، وقوله: يدا بيد أي مقابضة وفي حديث عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء...» إلخ متفق عليه، وهاء بمعنى خذ، نقل ذلك صاحب اللسان عن بعضهم فقال: قال بعضهم: هو أن يقول كل واحد من المتبايعين هاء أي خذ فيعطيه ما في يده ثم يفترقان، وقيل: معناه هاك وهات أي خذ وأعط ونقل عن الأزهري أن القول هو الأول. ا.هـ. وقد ذهب صاحب المصباح إلى الثاني في معنى الحديث والظاهر هو الأول كما قال الأزهري، والله أعلم، إلا أن صاحب المصباح أحسن في تفسيره هاء بقوله أي خذه ويعطيه في وقته لأنه وُضِعَ للمناولة. ا.هـ. وعلى هذا فلا حاجة إلى قول بعضهم: ومن لازم كونه يدا بيد الحلول إذ قد فهم ذلك من اللفظ المرفوع الموضوع لغة، والله أعلم.

قال المصنف رحمته :

(وإن كان) المبيع به (من غير جنسه ك) بيع (بر بشعير اشترط) فيه (شرطان): هما (الحلول والتقابض قبل التفرق) بالأبدان أي مفارقة محل العقد (وجاز التفاضل) بين العوضين لأن في حديث عبادة المتقدم... «فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد» قال في المصباح: وبعته يدا بيد أي حاضرا بحاضر والتقدير: في حال كونه ماداً يده بالعوض وكوني ماداً يدي بالمعوض فكأنه قال في حال كون اليدين ممدودتين بالعوضين. ا.هـ.

(وإن باع نقدا) أصل النقد مصدرٌ نقد بمعنى أعطى أو نَقَرُ الدرهم مثلا ثم غلب استعماله في الوَازِنِ الجيِّد من الدرهم والدينار لأنه يُنْقَدُ، وفي المعجم الوسيط: والنقد: العملة من الذهب أو الفضة وغيرهما مما يتعامل به. فإذا باع نقدا من ذلك (ب)نقد من (جنسه كذهب بذهب) وفضة بفضة وريال بريال سعودي و دولار بدولار أمريكيين على ما مضى (اشتُرِطَ الشروط الثلاثة المتقدمة) أنفا وهي التساوي والتقابض والحلول (وإن باع) نقدا (ب)نقد من (غير جنسه ك)بيع (ذهب بفضة) وذهب أو فضة بريال وَرَقِي أو ريال بدولار مثلا على ما سبق (اشتراط الشرطان) المذكوران قريبا وهما التقابض والحلول (وجاز التفاضل) بين العوضين في الكمية لحديث عبادة السابق وأخرج مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل، والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل فمن زاد أو استزاد فهو ربا» وأخرج عنه أيضًا أن رسول الله ﷺ قال: «الدينار بالدينار لا فضل بينهما والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما» وروى الحاكم موقوفا والبيهقي موقوفا ومرفوعا عن عبادة عن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب تبره وعينه وزنا بوزن والفضة بالفضة تبرها وعينها وزنا بوزن...» الحديث، وفي لفظ عند البيهقي أيضًا: «... فبيعوا الذهب بالفضة يدا بيد كيف شئتم»، وأخرج مالك والشافعي ثم البيهقي من طريقه عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو من وَرَقٍ بأكثَر من وزنها فقال له أبو الدرداء: سمعت رسول الله ﷺ ينهي عن مثل هذا إلا مثلا بمثل فقال معاوية: ما أرى بهذا بأسا فقال له أبو الدرداء: مَنْ يَعْدِرُنِي مِنْ معاوية أُخْبِرُهُ عن رسول الله ﷺ ويخبرني عن رأيه لا أُسَاكِنُكَ بأرض أنت بها...

أقول: جرت مثل هذه القصة لمعاوية مع عبادة بن الصامت كما في صحيح مسلم وغيره ولا يبعد تعددها لاسيما وفي هذه ذكر بيع السقاية من ذهب، وفي تلك أنهم أصابوا ذهباً وفضة، وفي رواية: آنية من فضة فأمر معاوية رجلا أن يبيعها في أعطيات الناس فقام عبادة بن الصامت فنهاهم فردوها فقام معاوية خطيباً فذكر إنكاره على عبادة وإنكار عبادة عليه رضي الله عنهم أجمعين، وأخرج الشيخان عن البراء بن

عازب وزيد بن أرقم رضي الله عنهما قالوا: سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصرف فقال: «ما كان منه يدا بيد فلا بأس، وما كان منه نسيئة فلا» والتبر فُتَاتُ الذهب أو الفضة قبل أن يُصاغَا كما في المعجم الوسيط والعينُ هو النقد المضروب والصرف هو إبدالُ نقدٍ بآخر.

قال المصنف رحمته:

(وإن باع مطعوماً بنقد صح) البيع (مطلقاً) عن التقييد بشرط من الأمور الثلاثة الآنفة الذُكْر فليس الإطلاق مطلقاً كما هو ظاهر وإذا لم يكن أحد العوضين أو كلاهما ربوياً كان أولى بإطلاق الصحة كما فهم من قول المصنف أولاً: لا يحرم الربا إلا في المطعومات والذهب والفضة فذلك لم يذكره هنا، وذكر صاحب الفيض أن التعبير أولاً ببيع وفيما بعده بباع تفنن.

قال المصنف رحمته:

(ويعتبر التماثل) أي التساوي في القدر (في المكيل) جنسه (بالكيل وفي الموزون) جنسه (بالوزن) تحقيقاً للتساوي بالمعيار المعهود في كل منهما (فلا يصح رطل بر) أي بيعه (برطل بر) لأن البر مكيل والرطل مقدار من الوزن وهو تسعون مثقالاً كما في المصباح، وذلك هو المراد هنا وقد يطلق الرطل على مكيال ومنه قول الشاعر:

لها رطل تكيل الزيت منه وفلاح يسوق بها حمارا

وليس ذلك بمراد هنا وقولهم: رطله إذا وزنه أو حملة بيده ليخمن وزنه يؤيد الأول وعدم الصحة في ذلك (إذا كان يتفاوت في الكيل) وعبرة التنبيه: فإن كان مما يكال لم يجز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في الكيل فإن كان في أحدهما قليل تراب جاز وإن كان مما يوزن لم يجز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في الوزن فإن كان في أحدهما قليل تراب لم يجز. انتهت. وهي أولى في نظري، وقد أخرج البيهقي في كبراه بإسنادٍ قال الحافظ في التلخيص: صحيح عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الذهب بالذهب وزناً بوزن، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والبر بالبر كيلاً بكيل، والشعير بالشعير كيلاً بكيل...» الحديث، ولعل صاحب التحفة أراد هذا الحديث حيث قال على قول المنهاج: والمماثلة تعتبر في المكيل كيلاً والموزون

وزنا: للنص على ذلك في الخبر الصحيح فلا يجوز بيع بعض موزون ببعضه كيلا وهو ظاهر ولا عكسه وإن كان أضبط لأن الغالب في باب الربا التعبد ومن ثم كفى الوزن بالماء في نحو الزكاة وأداء المسلم فيه لا هنا. ا.هـ.

ثم رأيت عبارة الشرح الكبير للرافعي في ذلك حيث قال - وهذا أول نقل لي عنه: اعلم أن معيار الشرع الذي تراعى به المماثلة هو الكيل والوزن فالمكيل لا يجوز بيع بعضه ببعض وزنا ولا يضر مع الاستواء في الكيل التفاوت في الوزن والموزون لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ولا يضر مع الاستواء في الوزن التفاوت في الكيل، روي أنه ﷺ قال: «الذهب بالذهب وزنا بوزن، والحنطة بالحنطة كيلا بكيل». ا.هـ. فقد صدق ظني والحمد لله، وإن كان الرافعي يرى صحة هذا الحديث ففي تعبيره بروي مُغيّر الصيغة مؤاخذه، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(ويجوز إردب) أي بيعه (بإردب وإن تفاوت الوزن) بينهما والإردب بكسر فسكون ففتح فتشديد مكيال ضخم لأهل مصر قال في المصباح: وهو أربعة وستون منّا، وذلك أربعة وعشرون صاعا بصاع النبي ﷺ قاله الأزهري. ا.هـ. وفي القاموس والمعجم الوسيط: أو هو ست وبياتٍ والويبة اثنان وعشرون أو أربعة وعشرون مدا بمد النبي ﷺ كما في القاموس مادة (م ك ك) فعلى كون الويبة اثنين وعشرين مُدًّا يكون الإردب ثلاثة وثلاثين صاعا وعلى كونها أربعة وعشرين يكون ستة وثلاثين صاعا والصاع الواحد هو بلغة العصر كيلوان ونصف تقريبا فيكون الإردب حوالي اثنين وثمانين إلى تسعة وثمانين كيلو غراما، والله أعلم.

وفي المعجم الوسيط: الكيلو كلمة إذا أُفردت دلت على ألف وتُرَكَّب مع غيرها مثل المتر والجرام فتعني ألفا من ذلك وأفاد أنها دخيلة وأنا أراها من لغة الإنجليز.

هذا وقد نطق النبي ﷺ بكلمة الإردب فروى مسلم في كتاب الفتن من صحيحه باب لا تقوم الساعة حتى يحسر الفرات عن جبل من ذهب برقم (٢٨٩٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «منعت العراق درهمها وقفيزها، ومنعت

الشام مُدْيَهَا ودينارها، ومنعت مصر إِرْدَبَّهَا ودينارها وعُدَّتُم من حيث بدأتم...». .
وقال شاعرٌ يهجو قوماً بالتناهي في البخل واللؤم:

قوم إذا استنبح الأضيافُ كَلْبَهُمْ قالوا لِأُمَّهُمُ بُؤْلِي على النار
والخبز كالعبر الهِنْدِيِّ عِنْدَهُمُ والقَمْحُ سبعون إِرْدَبًّا بدينار

والمُدِّي وزان قفل مكيال يسع تسعة عشر صاعاً وهو غير المدِّ، قاله في المصباح والقفيز عند أهل العراق ثمانية مكاكيك والمكوك بوزن تُنور في المعجم الوسيط أنه مكيال قديم يختلف باختلاف البلاد وقيل: يسع صاعاً ونصفاً فعلى هذا يكون القفيز عند أهل العراق اثني عشر صاعاً وهو المشهور في تقديره وفي المعجم الوسيط أن القفيز في التقدير المصري الحديث نحو ستة عشر كيلو جراماً وهذا أقل بكثير من الأول، واستنبح الكلب حملة على النَّبَاح. والبيتان من أقذع هجاء هُجِّي به أحد.

قال المصنف رحمه الله:

(والمراد) بالموزون والمكيل (ما كان يوزن أو يكال في الحجاز) ككتاب وهو مكة والمدينة واليمامة وقراها، هذا ما عند فقهاءنا في تحديده وفي القاموس الطائف بدل اليمامة قال: لأنها حجزت بين نجد وتهامة أو بين نجد والسَّراة أو لأنها احتجزت بالحرار الخمس حرّة بني سليم وواقم وليلى وشوران والنار، وفيه أيضاً: أن اليمامة دون المدينة في وسط الشرق عن مكة على ستة عشر مرحلة، (كذا)^(١) من البصرة وعن الكوفة نحوها وفي اللسان اليمامة هي الصُّقع المعروف شرقي الحجاز ومدينتها العظمى حَجْر، وفي بعض المعاجم أن أرضها متصلة شرقاً بأرض عُمان.

هذا وقول المصنف: (في عهد رسول الله ﷺ) الجار فيه يتعلق بأحد الفعلين على التنازع والعهد يطلق على معان المراد منها هنا الزمان وهو - عندي - ما بين علامتين من امتداد وجود العالم قال علماؤنا: وذلك لظهور أن النبي ﷺ اطلع على ذلك وأقره وروى أبو داود خبراً: «الميكال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة»

(١) كذا وصواب التعبير: ست عشرة مرحلة.

قالوا: فلو أُحْدِث ما يخالف ذلك فلا اعتبار به.

أقول: والتقرير نوع من الفعل وفي دلالة الفعل على الوجوب كلام مبسوط في الأصول وأما الحديث فيدل على أن وزن المدينة لو خالف عرف مكة وأن كيل مكة لو خالف عرف المدينة لم يعتبر به مع ظهور أن النبي ﷺ اطلع عليه فأقره فهل يقولون به؟...

قال المصنف رحمه الله:

(فإن جهل حاله) أي حال المبيع بعضه ببعض بالحجاز في عهده ﷺ هل كان يكال أو يوزن أو لم يكن في عهده أو كان ولم يكن بالحجاز أو استعمل فيه سواءً أو لم يُستعمل فيه بأن كان يباع جزافاً وكان مثل التمر جرماً أو دونه كالبن (اعتبر ب)عادة (بلد البيع) في الكيل أو الوزن، أما إذا غلب أحدهما فيؤخذ به.

وأما إذا كان أكبر جرماً من التمر فالمعتبر فيه الوزن وذلك كالجوز والبيض إذ لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من التمر فإن اختلفت عادة البلد اعتبر الغالب فإن لم يكن اعتبر بما يشبهه أكثر فإن لم يكن جاز فيه الأمران.

قال ابن الوردي في البهجة:

بالكيل في مكيل عهد المصطفى	والوزن في موزونه وتقتفى
عادة أرض العقد إذ لا نقلا	قلت كمنقول التساوي إلا
جرماً على التمر له زياده	فبيعه بالوزن دون العاده

وعلل الشارح اعتبار العادة بقوله: إذ الشيء إذا لم يكن له حد في الشرع اعتبر بالعرف كالقبض والحرز ونحوهما. اهـ. وهنا أول نقل لي عن البهجة وشرحها الغرر لأني حصّلتها في هذه الأيام بحمد الله مع كتب كثيرة.

ذكر المذاهب في ذلك:

ذكرنا مذهب الشافعية آنفاً وقد حكى الماوردي في الحاوي عن مالك أنه يجوز أن يُباع ما كان مكيلاً على عهد النبي ﷺ وزناً بوزن كالتمر الذي جرت عادة أهل

البصرة ببيعه وزنا ولا يجوز أن يباع ما كان موزونا كيلا بكيل .
قال: وقال أبو حنيفة: أما الأربعة المنصوص عليها فلا يجوز بيع بعضها ببعض إلا
كيلا بكيل ولا اعتبار بما أحدثه الناس من بعد، وأما ما سوى الأربعة فالاعتبار فيها
بعادة الناس في بلدانهم وأزمانهم...أ.هـ.
ولم يحك الماوردي عن أحمد شيئا والذي في مغني الموفق عن المذهب الحنبلي
مثل ما مضى عن الشافعية.

والذي يبدو لي هنا رجحان مذهب أبي حنيفة لأن الكيل والوزن إنما احتيج
إليهما لمعرفة التساوي فقط فبأيهما حصلت حصل الغرض ولا تعبد في واحد منهما
فتقيّدنا بالنص في المنصوص عليه واكتفينا بحصول الغرض في غيره ويلحق
بالمنصوص عليه الزيب لذكر الكيل فيه في حديث المزابنة، ويمكن أن يستدل هنا
بحدث أبي ثعلبة رضي الله عنه وغيره: «... وسكت عن أشياء رحمة بكم... فلا تبحثوا
عنها...»، والله أعلم.

قال المصنف رحمته الله:

(وإن كان مما لا يكال ولا يوزن في العادة ولا جفاف له كالقثاء) بكسر القاف
وتشديد المثثة والمدّ اسم لأنواع من النباتات الزاحفة منها البطيخ والخيار والفُقُوس
(و) كالسفرجل) وهو على ما في التذكرة شجر معروف منابته الشام والروم وهو
بقدر شجر التفاح إلا أنه أعرّض ورقًا وأغْلَظُ وأعقد عودا... وثمره يكون في حجم
الرمان..

(والأترج) وهو مشهور (لم يصح بيع بعضه ببعض) فالحيلة في تحصيل نوع منه
بما عنده أن يبيع ما عنده بما هو من غير جنسه ثم يشتري بذلك النوع الذي يريده قال
في الروضة: ... أما ما لا يقدر بكيل ولا وزن كالبطيخ والرّمّان والقثاء والسفرجل فإن
قلنا بالقديم: إنه لا ربا فيها جاز يبيع بعضها ببعض كيف شاء... وإن قلنا بالجديد أن
فيه الربا جاز يبعه بغير جنسه كيف شاء وأما بجنسه فينظر إن كان مما يجفف كالبطيخ
الذي يفلق وحب الرمان الحامض وكل ما يجفف من الثمار... لم يجز بيع بعضه

ببعض في حال الرطوبة، ويجوز حال الجفاف على الصحيح وإن كان مما لا يجفف كالثقلاء ونحوه فهل يجوز بيع بعضه ببعض في حال رطوبته؟ فيه وفي المقدرات التي لا تجفف... قولان: أظهرهما: لا يجوز... والثاني: يجوز كاللبن باللبن فعلى هذا إن لم يُمكن كيلُه كالبطيخ والثقلاء بيع وزنا وإن أمكن كالتفاح والتين فيباع كيلا أو وزنا؟ وجهان: أحدهما: وزنا. ا.هـ. بحذف، وقد أشرت إلى مواضعه، وفي إمكان كيل التفاح نظر لا يخفى إلا أن يكون منه نوعٌ صغارُ الحَبِّ لا نعرفه.

قال المصنف رحمته:

(فلو باع بُرا بيرا) مثلا أو ذهبا بذهب كذلك (جزافا) أي تخميننا لقدره قال في المصباح: الجزاف بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه وهو اسم من جازف مجازفة... والجزاف بالضم خارج عن القياس وهو فارسيٌّ تعريبٌ كزاف... ثم حكى عن ابن القطاع أن الجزاف والمجازفة في البيع المساهلة وأن الكلمة دخيلة في العربية. ا.هـ. والمعرب بتشديد الراء لفظ غير علم استعملته العرب وصَبَغَتْه بصِبْغَةٍ كلامها قال السيوطي في المزهر: ويطلق على المعرب دخيل وكثيرا ما يقع ذلك في كتاب العين والجمهرة وغيرهما. ا.هـ. والمقصود أنه إذا باع من غير كيل للمكيل أو وزن للموزون (لم يصح وإن ظهر من بعد) بالضم أي في زمنٍ بعد ذلك (تساويهما كيلا) في نحو البر ووزنا في نحو الذهب لانتفاء المعرفة به حالة العقد وهم يقولون: الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة وعَلَّهم تركوا العمل هنا بقاعدة أن العبرة في العقود بما في نفس الأمر احتياطا لباب الربا وحسما لمادته، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(وإنما تعتبر المماثلة) في المقدرات (حالة الكمال) لها (فحالة كمال الثمرة) والحب (الجفاف) الكامل (فلا يصح رطب) بضم ففتح بدليل ما بعده أي يبعه (برطب أو رطب) كذلك (بتمر) بمثناة فوقية فسكون (وكذا عنب بعنب أو بزبيب وإن تماثلا) كيلا، وإنما يصح بيع التمر بمثله من التمر والزبيب كذلك، (فإن لم يجيء منه) أي مما ذكر من الرطب والعنب (تمر ولا زبيب لم يصح بيع بعضه ببعض)

لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أينقص الرطب إذا يبس؟» قالوا: نعم. قال: «فلا إذن» أخرجه مالك، والشافعي، وأحمد، وأصحاب السنن، والحاكم، وابن حبان وغيرهم، وقال الترمذي: حسن صحيح كما في التلخيص وما كتبت عليه، ولقياس غير ذلك عليه.

وعبارة الروض: تشترط المماثلة حالة الكمال بجفاف الثمار وتنقية الحبوب وبقاء الهيئة فلا يباع رطبها برطبها مطلقاً... ولا رطبها بيابسها إلا في العرايا... إلخ وستأتي العرايا في كلام المصنف قال في شرح المنهج: وألحق بالرطب فيما ذكر طري اللحم فلا يباع بطريه ولا بقديده من جنسه ويباع قديده بقديده بلا عظم ولا ملح يظهر في الوزن ولا يعتبر في الثمر والحب تناهي جفافهما بخلاف اللحم لأنه موزون يظهر أثره. ١.هـ.

وضابط الكمال أن يكون الشيء بحيث يصلح للادخار أو يتهيأ لأكثر الانتفاعات به كما في التحفة فحالة كمال اللبن اللَّبَنِيَّةُ أو المخيضية أو السمنية وحالة كمال العصير العصرية أو الخلية وحالة كمال العسل التصفية من الشمع.

قال المصنف رحمته:

(ولا يباع دقيق) من بر مثلاً (بدقيق) منه (ولا بير) أي بحبه (ولا خبز) منه مثلاً (بخبز) كذلك ولا بدقيقه ولا حبه للجهل بالمماثلة.

وعبارة الروضة: فرع: يجوز بيع الحنطة بالحنطة بعد التنقية من القشر والتبن ما دامت على هيئتها بعد تناهي جفافها فإذا بطلت تلك الهيئة خرجت عن الكمال فلا يجوز بيع الحنطة بشيء مما يتخذ منها من المطعومات كالدقيق والسويق والخبز والنشا ولا بما فيه شيء مما يتخذ من الحنطة كالمصل فيه الدقيق والفالودج ففيه النشا وكذا لا يجوز بيع هذه الأشياء بعضها ببعض لخروجها عن حال الكمال. هذا هو المذهب المشهور... إلى أن قال: ولا يجوز بيع الحنطة المقلية ولا المبلولة بمثلها ولا غيرها وإن جففت المبلولة... لتفاوت جفافها... والنخالة ليست ربوية وكذا الحنطة المسوسة التي لم يبق فيها شيء من اللب فيجوز بيعها بالحنطة وبعضها

بعض متفاضلا. انتهت. والحنطة مثال فغيرها مثلها والمصل قال في المصباح: وزان فلس عصاراة الأقط وهو ماؤه الذي يعصر منه إذا طُبِخ. ١.هـ. ومثله في القاموس والنشأ ورد في تذكرة الأنطاكي أنه معرب عن نشأته الفارسي وهو ما يستخرج من الحنطة إذا نُقِعَتْ حتى تلين ومُرِسَتْ حتى تخالط الماء وصُفِيَتْ من مُنْخَلٍ وجُفِفَتْ ولو في الشمس. ١.هـ. والفالودج ويقال: الفالوذ حلواء تعمل من الدقيق والماء والعسل وتصنع الآن من النشأ والماء والسكر معرب كذا في المعجم الوسيط.

قال المصنف رحمته:

(ولا) يباع (خالص) من لبن مثلا (بمشوب) بنحو ماء لأنه يصير من قاعدة مد عجوة الآتية بناء على أن الماء ربوي وهو الصحيح وإلا فلعدم التماثل بين اللبنين مثلا (ولا) يباع (مطبوخ) من أي شيء ربوي (بنبيء ولا بمطبوخ) من جنسه لعدم المعرفة بالتماثل إذ الطبخ يتفاوت (إلا أن يخف الطبخ) أي إلا وقت كون الطبخ خفيفا (كتميز العسل) من شمعه (والسمن) من مخيضه بالنار إذ هي لينة لا تعقد فهي كالشمس فيباع كل منهما بجنسه متمثلين وزنا إن كان متجمدا وإلا فكيلا كما اعتمده الرملي وع ش ومثله في التحفة وهو ظاهر فإطلاق كونه بالوزن محمول على ذلك وللمعقود بالنار كالسكر واللّبأ حكم المطبوخ ولا يباع شهّد وهو العسل فيه شمعه بمثله ولا بعسل، ويجوز بيع الشمع بكل منهما ولا يباع الزبد بالزبد ولا بالسمن ولا باللبن ولا بسائر ما يتخذ من اللبن لعدم العلم بالمماثلة.

ثم ذكر المصنف القاعدة المسماة بقاعدة مد عجوة وضابطها أن يجمع عقد جنسا ربويا في جانبيه ليس تابعا للمقصود ويختلف المبيع جنسا أو نوعا أو صفة فيهما أو في أحدهما بأن يشتمل أحدهما على جنسين أو نوعين أو ذوي صفتين اشتمل الجانب الآخر عليهما أو على أحدهما، ويختصر فيقال: أن يقع في جانبي الصفقة ربوي شرطه التماثل ومعه جنس آخر أو نوع أو مخالف في صفته فيهما أو في أحدهما.

وذلك ما ذكره في قوله: (ولا يجوز مد عجوة ودرهم) أي بيعهما (بدرهمين أو بمدين) من العجوة وهي ضرب من أجود تمر المدينة النبوية الشريفة قال في

اللسان: يقال هو مما غرسه النبي ﷺ بيده ويقال: هو نوع من تمر المدينة أكبر من الصيحاني يضرب إلى السواد من غرس النبي ﷺ... إلخ ما فيه، وقد أخرج البخاري ومسلم من حديث سعد بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من تصبَّح كل يوم سبع تمرات عجوة لم يضره في ذلك اليوم سم ولا سحر» وذكرها هنا مثال لا قيد كما هو ظاهر وما ذكر هو لاشتمال أحد الجانبين على جنسين اشتمل الآخر على أحدهما: (ولا) يجوز (مد ودرهم) أي بيعهما (بمد ودرهم) وهذا لاشتمال كل من الجانبين على الجنسين ومثال اختلاف النوع أن يباع مد برني ومد معقلي وهما نوعان من التمر أيضًا برنينين أو معقلين أو برني ومعقلي، ومثال اختلاف الصفة أن يباع صحيح ومكسر بصحيحين أو مكسرين أو بمكسر وصحيح وإن شئت فقل جيد ورديء بجيدين أو رديئين أو بجيد ورديء (ولا مد وثوب) أي بيعهما (بمددين) بخلاف ما إذا باعهما بثوبين أو درهمين مثلاً (ولا درهم وثوب) أي بيعهما (بدرهمين) بخلافه إن باعهما بثوبين أو مدين أو غير ذلك، روى مسلم، وأبو داود، والطبراني، والبيهقي عن فضالة بن عبيد بن مسعود قال: أتى رسول الله ﷺ وهو بخير بقلادة فيها خرز وذهب تباع فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم: «الذهب بالذهب وزنا بوزن»، وفي رواية: قال: «لا تباع حتى تفصل» وهذا سياق مسلم قال علماؤنا: ولأن قضية اشتمال أحد الجانبين على مختلفين توزيع ما في الجانب الآخر عليهما والتوزيع هنا يؤدي إلى المفاضلة أو الجهل - على الأقل - بالمماثلة وكلاهما مبطل ففي بيع مد ودرهم بمددين قد تكون قيمة المد الذي مع الدرهم أكثر أو أقل من درهم فيقابل المد من المدين أكثر من مد أو أقل منه فتلزم المفاضلة وقد تكون مساوية له لكن ذلك مجهول والجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة، وقس على هذا غيره مما سبق ذكره ومن غيره.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا يصح بيع اللحم بالحيوان) ولو من غير جنسه أو غير مأكول لما أخرجه مالك ومن طريقه الشافعي من مرسل سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ نهى عن بيع

اللحم بالحيوان وأخرجه أيضاً أبو داود قال في التلخيص: وله شاهد من حديث ابن عمر رواه البزار وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف وشاهد آخر أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة أخرجه الحاكم والبيهقي مرفوعاً. ١.هـ.

وأخرج الشافعي في الأم باب بيع الآجال مع مرسل ابن المسيب عن مسلم - هو ابن خالد - عن ابن جريج عن القاسم بن أبي بزة قال: قدمت المدينة فوجدت جزورا قد جُزِرَتْ فجزئت أجزاء كل جزءٍ منها بعناقٍ فأردت أن أبتاع منها جزءاً فقال لي رجل من أهل المدينة: إن رسول الله ﷺ نهى أن يباع حي بميت فسألت عن ذلك الرجل فأخبرتُ عنه خيراً ثم أخرج عن ابن أبي يحيى عن صالح مولى التوأمة، عن ابن عباس، عن أبي بكر الصديق أنه كره بيع الحيوان باللحم، قال الشافعي: لا يباع اللحم بالحيوان على كل حال كان من صنفه أو من غير صنفه. ١.هـ.

وقد ذكر ذلك البيهقي وزاد أن أسند عن مالك، عن أبي الزناد، عن ابن المسيب أنه كان يقول: نُهي عن بيع الحيوان باللحم، قال أبو الزناد: وكان من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان ابن عثمان، وهشام بن إسماعيل ينهون عنه، وقال البيهقي بعد إخراج حديث الحسن عن سمرة السابق: هذا إسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن عن سمرة عدّه موصولاً ومن لم يثبت فهو مرسل جيد يُضمُّ إلى مرسل سعيد بن المسيب، والقاسم بن أبي بزة، وقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه. ١.هـ.

فصل [في البيوعِ الفاسدة]

لا يصحُّ بيعُ نتاجِ التَّاجِ، كقولهِ: إذا وَلَدَتِ نَاقَتِي وولَدَ ولَدُها فقدَ بعْتُكَ الولدُ، ولا أن يبيعَ شيئاً ويؤجَّلَ الثمنَ بذلك، ولا يبيعُ الملامسةَ، والمنابذةَ، والحصاةَ، ولا بيعتَين في بيعةٍ كقولك: بعْتُكَ هذا بألفٍ نقدًا، أو بألفين مؤجلًا، أو بعْتُكَ ثوبي بألفٍ على أن تبعني عبدك بخمسائةٍ، ولا يبيعُ وشرطُ، مثل: بعْتُكَ بشرط أن تقرضني مائة، ويصحُّ بيعُ وشرطُ في صورٍ وهي:

١ - شرطُ الأجلِ في الثمنِ بشرط أن يكونَ الأجلُ معلومًا.

٢ - أو أن يرهنَ به رهنًا، أو يضمَّنَه به زيدٌ.

٣ - أو أن يعتقَ العبدَ المبيعَ.

٤ - أو شرطَ ما يقتضيه العقدُ، كالردِّ بالعيبِ ونحوه.

فإن باعَ وشرطَ البراءةَ من العيوبِ صحَّ، وبرئ من كلِّ عيبٍ باطنٍ في الحيوانِ لم يعلم به البائعُ، ولا يبرأ مما سواه.

ولا يصحُّ بيعُ العُربونِ، بأن يشتري سلعةً ويدفعَ درهمًا على أنه إن رضيَ بالسلعةِ فالدرهمُ من الثمنِ، وإلا فهو للبائعِ مجانًا.

ولو فرَّقَ بين الجاريةِ وولدها قبل سنِّ التمييزِ يبيعُ أو هبته بطلَ العقدُ، وبعدَ التمييزِ يصحُّ.

بسم الله الرحمن الرحيم

رَبِّ يَسِّرْ وَلَا تَعَسِّرْ عَوْنِكَ يَا كَرِيمَ.

قال المصنف رحمته:

(فصل) في ذكر البيوع المنهي عنها وما يتبع ذلك. قال: (لا يصح بيع نتاج التاج) بكسر النون اسم الولد وبالفتح مصدر تُنجت الناقة مثلاً مثل زُكِم أي ولدت ويقال: تَنجَتُ الناقةَ أَنْتَجَّها كضرب نَتَجًا إذا تولَّيتَ وضعها كما تتولى القابلة وضع المرأة فأنت ناتج والناقة منتوجة والولد نتيجة كذا في المصباح أي ونتاج بالكسر، وقد بسط

هو الكلام في هذه المادة فليُرَجَّع إليه، وذلك (كقوله: إذا ولدت ناقتي) الحامل (وولد) بصيغة الماضي خلافا لما يوهمه صنيع الفيض وفاعله قوله: (ولدها) وجرّد الفعل من علامة التانيث اعتبارا بلفظ الولد فإنه مذكر أو ملاحظة للجنس، وقد وقع مثله في المذهب نقلا عن الشافعي وأبي عبيد وكفى بهما أسوء.

قال في المصباح: والولد بفتحيتين كل ما ولده شيء ويطلق على الذكر والأنثى والمشئى والمجموع فعَلٌ بمعنى مفعول وهو مذكر وجمعه أولاد، والوُلْدُ وزانٌ قُفْلٌ لغةٌ فيه وقَيْسٌ تجعل المضموم جمع المفتوح مثل: أسد جمع أسد وقد وَلَدَ يَلِدُ من باب وعد وكل ما له أذن من الحيوان فهو الذي يَلِدُ. ١.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا أن يبيع شيئا ويؤجل الثمن) أي أداءه (بذلك) أي بحصول نتاج التناج فهو على حذف مضاف، ويحتمل عود الإشارة إلى ولاد الولد المذكور في قوله: «وولد ولدها» فلا مضاف. روى الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلّة، وكان يبيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يتناج الجزور إلى أن تُنتج الناقة ثم تُنتج التي في بطنها، وهذا سياق البخاري في باب بيع الغرر وحبل الحبلّة من طريق مالك عن نافع عنه، وأخرجه في باب أيام الجاهلية من طريق عبيد الله قال: أخبرني نافع عن ابن عمر بلفظ: كان أهل الجاهلية يتبايعون لحوم الجزور إلى حبل الحبلّة، قال: وحبل الحبلّة أن تُنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي تُنتج منهاهم النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك.

قال أبو عمر في التمهيد: قد جاء تفسير هذا الحديث كما ترى في سياقه - يعني سياق مالك عن نافع - وإن لم يكن تفسيره مرفوعا فهو من قبيل ابن عمر وحسبك، وبهذا التأويل قال مالك، والشافعي، وأصحابهما. ١.هـ. وقد أخرجه البخاري في باب السلم إلى أن تنتج الناقة من طريق جويرية عن نافع عن عبد الله رضي الله عنه مختصرا، وفي آخره: فسره نافع إلى أن تُنتج الناقة ما في بطنها، قال الحافظ في كلامه على حديث مالك عن نافع، وقد ذكر رواية جويرية هذه: لكن لا يلزم من كون نافع فسره لجويرية

ألا يكون ذلك التفسير مما حمله عن مولاه ابن عمر... ثم قال الحافظ: وقال بعضهم: [هو] أن يبيع بثمن إلى أن تحمل الدابة وتلد ويحمل ولدها، وبه جزم أبو إسحاق في التنبيه فلم يشترط وضع حمل الولد كرواية مالك، ولم أر من صرح بما اقتضته رواية جويرية وهو الوضع فقط وهو في الحكم مثل الذي قبله، والمنع في الصور الثلاث للجهالة في الأجل... قال: وقال أبو عبيدة، وأبو عبيد، وأحمد، وإسحاق، وابن حبيب المالكي، وأكثر أهل اللغة وبه جزم الترمذي: هو بيع ولد نتاج الدابة والمنع في هذا من جهة أنه بيع معدوم ومجهول وغير مقدور على تسليمه فيدخل في بيوع الغرر...

ثم قال الحافظ: واتفقت هذه الأقوال على اختلافها - على أن المراد بالحبل جمع حابل أو حابلة من الحيوان... إلخ، وقال أيضًا في التلخيص: الحبل والحبله بفتح الباء فيهما وغلط من سكنها، وذكر أن ابن الجوزي وهم في جامع المسانيد فزعم أن الحديث من أفراد مسلم. ١. هـ. وفي المعجم الوسيط: حَبَلَتِ الْأُنثَى تَحْبَلُ حَبَلًا حملت فهي حابلة (ج) حَبَلَةٌ... ثم قال: الحَبَلُ كل ما احتواه غيره فالولد حَبَلٌ للبطن واللؤلؤ حبل للصدف... إلخ. وفي اللسان: واختلف في هذه الصفة أعمامة للإناث أم خاصة لبعضها، فقيل: لا يقال لشيء من غير الإنسان: حُبَلِي إلا في حديث واحد نهى عن بيع حبل الحبله وهو أن يباع ما يكون في بطن الناقة... إلخ فقدم هذا التفسير على غيره وأرى أنه مبني على أن الحبله جمع حابل أو حابلة لأنه إذا أضيف إليه الحبل حينئذ يصير المعنى حمل الحوامل كما أن تفسيره بتاج التاج مبني على أنه ليس جمعًا، وإنما هو مفرد وتاؤه للتأنيث أو المبالغة كما قيل، فيصير المعنى الحر في له حمل الحمل أي ما ستَحْمِلُهُ المحمولة الآن، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا يبيع الملامسة) مفاعلة من اللمس والإضافة لأدنى ملابس أو على حذف مضاف أي متعلق الملامسة (والمنابذة) مفاعلة من النبذ أي الطرح، روى الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة» زاد مسلم من

طريق عطاء بن ميناء عنه قال: أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم يَنْظُرْ واحد منهما إلى ثوب صاحبه، وأخرج النسائي من طريق الزهري قال: سمعت سعيداً - هو ابن المسيب - يقول: سمعت أبا هريرة يقول: نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة، واللامسة أن يتبايع الرجلان بالثوبين تحت الليل يلمس كل رجل منهما ثوب صاحبه بيده، والمنابذة: أن يَنْبِذَ الرجل إلى الرجل الثوب وينبذ الآخر إليه الثوب فيتبايعا على ذلك، وأخرجه من طريق حفص بن عاصم عن أبي هريرة بلفظ: وزعم أن الملامسة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمسا، وأما المنابذة أن يقول: أنبذ ما معي وتنبذ ما معك ليشتري أحدهما من الآخر ولا يدري كل واحد منهما كم مع الآخر ونحواً من هذا الوصف، وأخرج من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه بعد أن ذكرهما قال: وهي بيوع كانوا يتبايعون بها في الجاهلية، وما ذكر من تفسيرهما أوفق بلفظهما وصورهما العلماء ثلاث صور، فقالوا في الأولى: بأن يلمس ثوباً لم يره ثم يشتريه على أن لا خيار له إذا رآه اكتفاء بلمسه عن رؤيته، أو يقول: إذا لمستك فقد بعته بلمسه عن الصيغة، أو يبيعه شيئاً على أنه إذا لمسه لزم البيع وانقطع الخيار، وقالوا في الثانية: بأن يجعلوا النبذ بيعاً اكتفاء به عن الصيغة فيقول أحدهما: أنبذ إليك ثوبي بعشرة فيأخذه الآخر، أو يقول: بعته هذا بكذا على أني إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار، قال في حواشي الروض: أو يقول: أي ثوب نبذته إليك فهو مبيع منك بعشرة قالوا: والبطلان في ذلك لعدم الرؤية أو الصيغة أو التعليق أو للشرط الفاسد.

قال المصنف رحمته الله:

(و) لا بيع (الحصاة) لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»، رواه مسلم والأربعة والبيهقي، وفي الروض وشرحه: وهو بيع ما تصيبه الحصاة بأن يقول: بعته من هذه الأثواب ما تقع عليه هذه الحصاة أو يبيع مَدَى - أي غاية - رمية من الأرض بأن يقول: بعته من هذه الأرض من هنا إلى

ما انتهت إليه هذه الحصاة، أو يجعل الرمي بيعا أو قطعاً للخيار بأن يقول: إذا رميت هذا الثوب فقد بعته بكذا أو يقول: بعته على أنك بالخيار إلى أن أرمي الحصاة، والبطلان في ذلك للجهل بالمبيع أو بزمان الخيار أو لعدم الصيغة. ١.هـ. وقال في التلخيص: وللبزار من طريق حفص بن عاصم عنه أي عن أبي هريرة: نُهي عن بيع الحصاة، يعني: إذا قذف الحصاة فقد وجب البيع. ١.هـ.

قال المصنف رحمته:

(ولا بيعتين في بيعة) كذا فيما رأيته من نسخ المتن بيعتين بالياء المشاة تحت، وقد قدر صاحب الفيز والأنوار قبله كلمة بيع إشارة إلى أنه معطوف على ما أضيفت هي إليه فيما سبق، ولا يخفى أن في قولنا: بيع بيعتين قلاقة إلا إن جعل بيع بمعنى عقد، وعبارة التنبيه لأبي إسحاق: وإن جمع بيعتين في بيعة وما أحسنها فتقدير كلمة جمع هنا أولى، وعلى كل لما حذف المضاف بقي المضاف إليه على حاله على حد قول الألفية:

وربما جرّوا الذي أبقوا كما
قد كان قبل حذف ما تقدما

فهو على التقدير الأول من الغالب وعلى الثاني من غيره كقراءة: ﴿وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ﴾ [الأنفال: ٦٧] بالجر أي عمل الآخرة كما في التوضيح أو باقي الآخرة كما في شرح ابن عقيل، وأرى أنه يمكن كون لا في كلام المصنف نافية للجنس وبيعتين اسمها وفي بيعة خبرها أو نعت والخبر محذوف، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

وهو (كقولك: بعتك هذا بألف نقدا) أي حالاً (أو بألفين مؤجلاً أو) قولك: (بعتك ثوبي بألف على أن تبيني عبدك بخمسائة) مثلاً، وعبارة مختصر المزني: قال الشافعي - رحمه الله تعالى - وأخبرنا الدراوردي عن محمد بن عمرو بن علقمة عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة.

قال الشافعي: وهما وجهان: أحدهما: أن يقول: قد بعتك هذا العبد بألف نقداً أو بألفين إلى سنة قد وجب لك بأيهما شئت أنا أو شئت أنت، فهذا بيع الثمن فيه مجهول، والثاني: أن يقول: قد بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيني دارك بألف فإذا

وجب لك عبدي وجبت لي دارك... قال الماوردي: وهذا الحديث ثابت، وقد رواه أبو داود بلفظ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا». ا.هـ. باختصار، وحديث الشافعي أخرجه أيضًا الترمذي وصححه، وأخرجه النسائي أيضًا، وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة» قال سماك أحد رواته: هو الرجل يبيع البيع فيقول: هو بنساء كذا وهو بنقد كذا، قال في المنتقى: رواه أحمد، وفي نصب الراية: أنه رواه أيضًا البزار، والطبراني في الأوسط، والعقيلي في الضعفاء.

وأخرج البيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف، وعن بيعتين في صفقة واحدة وعن بيع ما ليس عندك، وقد روى ابن حبان في صحيحه اللفظين وترجم على رواية أبي داود بقوله: ذكر البيان بأن المشتري إذا اشترى بيعتين في بيعة... وأراد مجانية الربا كان له أوكسهما وقد حمله الخطابي على غير ذلك بعد أن شكك في ثبوته ونقل حمله البيهقي وأقره وكذلك النووي في المجموع، ويتراءى لي أنه حمل بعيد من لفظ الرواية وهو: «من باع بيعتين... إلخ» ومن شرطية وهي من أدوات العموم فقول الخطابي ومن تبعه: يحتمل أن يكون ذلك في قصة بعينها... إلخ بعيد إن لم يكن ممنوعا، والله أعلم.

وقد حمله ابن حزم بعد تصحيحه على أنه منسوخ لموافقته لمعهود الأصل وهو البراءة الأصلية، وهذا أيضًا حمل بعيد لأن الروايتين وردتا معا من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة فالظاهر لي ترجيح اللفظ الأول لاعتضاده بحديثي ابن مسعود، وعبد الله بن عمرو، وبما رواه ابن حزم من طريق قاسم بن أصبغ بإسناده عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة، وقد عزاه الحافظ في التلخيص إلى ابن عبد البر وقد وجدته في أواخر التمهيد حيث ذكر مالك الحديث بلاغا فوصله هو من طريقين عن ابن عمر، ومن ثلاث طرق عن أبي هريرة إحداها: طريق يحيى بن سعيد - وناهيك به - عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عنه بلفظ الشافعي، ومن طريق واحدة عن ابن مسعود بلفظ الشافعي أيضًا إلا أنه قال أن النبي صلى الله عليه وسلم بدّل أن رسول الله وباقيه واحد، وقد قال أولًا: إن الحديث

يتصل عن هؤلاء الثلاثة عن النبي ﷺ من وجوه صحاح، وهو حديث مشهور عند جماعة الفقهاء معروف غير مرفوع عند واحد منهم، يعني أنه لم يرد عندهم قولاً له ﷺ وهذا - فيما أرى - تضعيف منه لما ذكره أخيراً من طريق أبي داود بلفظ: «من باع... إلخ»، والله أعلم.

ثم الوجه فتح الباء في الكلمتين لأن المراد النهي عن جمع الثنتين في بيعة واحدة مع أنه الواقع في كتب الحديث شكلاً، وقال في المصباح: والبيعة الصفقة على إيجاب البيع. ا.هـ. وعليه تدل رواية ابن مسعود: «عن صفتين في صفقة».

قال المصنف رحمه الله:

(ولا بيع وشرط) يأتي فيه الكلام الذي في متلوه وعلى الاحتمال الأخير الذي أبديته فيه يمكن أن يكون هذا مثل لا رجل وامرأة ولا تمنع صورة الخط من بعض الأوجه فيه؛ لإمكان تقليد المذهب الربعي فيه، والمقصود أنه لا يصح بيع وقع في صلبه شرط (مثل) قوله: (بعتك) ذاكذا (بشرط) أو على (أن تقرضني) أو تهني مثلاً (مائة) أو نحو ذلك، روى الحاكم من طريق حماد بن زيد وعبد الوارث بن سعيد ويزيد بن زريع عن أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» قال الحاكم: هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح، وهكذا رواه داود بن أبي هند وعبد الملك بن أبي سليمان وغيرهم عن عمرو بن شعيب وهامشه أن الذهبي وافقه على قوله: صحيح، ورواه البيهقي من طريق داود بن قيس عن عمرو بن شعيب، ورواه النسائي في الصغرى من طريق ابن علية، حدثنا أيوب حدثنا عمرو بن شعيب حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن» ثم رواه من طريق معمر عن أيوب عن عمرو... إلخ بنحو اللفظ الأول، وقال الزيلعي في نصب الراية: رواه أصحاب السنن إلا ابن ماجه، وذكر أيضاً أن الطبراني روى في الأوسط من طريق أبي حنيفة الإمام حدثني عمرو بن شعيب بإسناده عن النبي ﷺ: «نهى عن بيع وشرط»، وذكر

الحافظ في التلخيص أنه أخرجه أيضًا من تلك الطريق ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم والحاكم في معرفة علوم الحديث، وذكر الزيلعي أن الطبراني روى في معجمه من حديث حكيم بن حزام نحو الحديث الأول بذكر أربعة أشياء، وفي إسناده العلاء بن خالد الواسطي وثقة ابن حبان وضعفه موسى بن إسماعيل كذا بهامشه نقلًا عن مجمع الزوائد للهيثمي، وفي المعجم الوسيط أن السلف في المعاملات القرض الذي لا منفعة للمقرض فيه، ومثله في ق س زاد قوله: وعلى المقرض رده كما أخذه. ا.هـ. وفي نصب الراية أن محمد بن الحسن فسّر في كتاب الآثار السلف والبيع بالوجه الثاني من تفسير البيعتين في بيعة والشرطين في البيع بالوجه الأول منه في سياق المصنّف فتبين أن ذكر البيع والشرط بعد ذكر اشتراط البيع في عقد البيع من ذكر العام بعد الخاص وهو كثير فلا يعترض به على أن المصنّف مسبوق إلى مثله في الروضة والروض، قال شارح الروض: والمعنى في ذلك - أي في النهي أو البطان - أنه جعل الألف ورفق العقد الثاني ثمنا واشتراط العقد الثاني باطل فبطل بعض الثمن وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقي فبطل البيع. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(ويصح بيع وشرط في صور) مخصوصة (وهي شرط الأجل في الثمن) أي المعوض، فيصدق على المبيع أيضًا كما في السلم فيصح البيع معه لكن بشرط أن يكون الأجل معلوماً) في المعجم الوسيط: أجل يأجل أجلاً تأخر... ثم قال: والأجل: الوقت الذي يحدد لانتهاى الشيء أو حلوله. ا.هـ. فيبدو أن الأجل الأول في كلام المصنّف: بمعنى التأخر، والثاني: بمعنى الوقت المذكور، ولا حاجة إلى التكلف، ومفهوم هذا الشرط أنه إذا كان الأجل مجهولاً كحين وزمان ومقدم زيد ومهطل المطر لم يصح العقد لحصول الغرر فيه، ومحل الصحة في الأول إذا كان المؤجل في الذمة أما المعين فلا يصح تأجيله، ويشترط أيضًا في الأجل ألا يبعد بقاء الدنيا إليه كألف سنة وإلا أبطل البيع للعلم حال العقد بسقوط بعضه وهو يؤدي إلى الجهل به المستلزم للجهل بالثمن؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن.

أقول: هذا ما ذكره في التحفة والنهاية والذي ذكره الرافعي في الشرح الكبير عن الروياني واختصره النووي في الروضة هو هكذا.

وذكر القاضي الروياني: أنه لو أجل الثمن إلى ألف سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يبقى إلى هذه المدة ويسقط الأجل بالموت كما لو أجز ثوبا ألف سنة لا يصح.

قال الرافعي: فعلى هذا يشترط في صحة الأجل مع كونه معلوما احتمال بقاءه إلى المدة المضروبة. ١. هـ. والضمير في بقاءه على ما يبدو يعود إلى المشتري لأنه الذي يغرم الثمن ويدل عليه قوله: «ويسقط الأجل بالموت»، أي وإذا لم يحتمل بقاءه إليها ووقت موته مجهول فكأنه أجل إلى أجل مجهول، والله أمرنا أن نؤجل بمعلوم حيث قال: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] كما استدل به الشافعي على إفساد الأجل غير المعلوم للبيع، والمعنى في ذلك هو الغرر، أما استبعاد بقاء الدنيا إلى كذا وكذا فيصدق عليه المثل القائل: ليس ذا بعشك فادرجي، الآية: ﴿قُلْ إِنَّمَا عِلْمُهُا عِنْدَ رَبِّي لَا يُحِيطُ بِهَا لَوْ قَنَّا إِلَّا هُوَ﴾ [الأعراف: ١٨٧]، وقد جزم السيوطي في رسالته التي أسماها «الكشف عن مجاوزة هذه الأمة الألف» بأن مدة هذه الأمة تزيد على ألف سنة ولا تبلغ الزيادة عليها خمسمائة سنة، واستدل عليه بما يرجع منها ثم قال: ولا يمكن أن تكون المدة ألفا وخمسمائة سنة أصلا ثم قال في موضع آخر: ... وهذا يدل على أن مدة هذه الأمة تزيد على الألف بنحو أربعمائة سنة تقريبا. ١. هـ.

أقول: قد زادت على الأربعمائة فنحن الآن في الثالثة والثلاثين بعد الأربعمائة والألف من الهجرة وفي السادسة والأربعين بعدها من المبعث تقريبا والدين قائم والأمة في ازدياد وفيها صلحاء كثر، وأشراط الساعة الكبرى لم يظهر منها شيء فالصواب ردُّ مثل ذلك إلى علم اللطيف الخبير..

قال المصنف رحمه الله:

(وأن يرهن به رهنا) معلوما أيضًا وهو عطف على قوله: «الأجل» فكأنه قال وشرط رهنه به... إلخ (أو يضمه به زيد) مثلا والضمير المجرور فيهما يعود إلى

الثلث قال في الروض: ويصح شرط ضممين بالثلث... ورهن معينين وإشهاد ولا يجب تعيين الشهود ولو عُيِّنوا لم يتعينوا... ويكفي وصف السلم في الرهن لا في الضمين فتشترط مشاهدته أو معرفة اسمه ونسبه، ويشترط كون المرهون غير المبيع فإن لم يضمن أو لم يشهد أو تلف الرهن أو بان معييا قبل القبض فله الخيار، فإن ادعى الرهن حدوث العيب بعد القبض فالقول قوله، ولو علم المرتهن بالعيب بعد هلاك الرهن أو تعيينه مقبوضا فلا خيار ولا أرش. ١. هـ. وإلى اشتراط التعيين في الضمين أشار المصنف بقوله: زيد ويمكن أن يكون أراد بتنوين رهنًا نوعا خاصا من الرهن وهو المعين كما في قوله تعالى: ﴿وَعَلَىٰ أَبْصَارِهِمْ غِشْوَةٌ﴾ [البقرة: ٧] أي نوع خاص منها، والله أعلم، أو اتكل على تعليم المعلم لأن المتن مختصر، وإنما صح البيع مع هذه الشروط لما ذكره أبو إسحاق في المهذب بقوله: فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة، ولأن الحاجة تدعو إليه. ١. هـ.

قال المصنف رحمته:

(أو أن يُعتق) المشتري (العبد المبيع) مطلقاً أو عن المشتري لا مقيدا بكونه عن غيره ولو البائع، وذلك لتشوف الشارع إلى العتق، قالوا: ولخبر الصحيحين أن النبي ﷺ لما شرط موالي بريرة على عائشة رضي الله عنها وكون ولائها لهم أنكر عليهم اشتراط الولاة لهم دون العتق، وخرج بذكر المبيع غيره فلا يصح البيع مع شرط إعتاقه لأنه ليس من مصالحه، وبقولنا: مطلقاً... إلخ ما كان مقيدا بغير المشتري فلا يصح إذ ليس في معنى ما ورد الخبر به، هذا وقد اختلفت الرق عن العالم في هذا العصر فلا حاجة إلى التركيز على هذه المسألة لكني أتبه على أن العطف هو على قول المصنف: الأجل لا على أن يرهن أو ما بعده ولا على قوله: «أن يكون الأجل» كما هو ظاهر، وأرى أن إظهار أن هنا للإشارة إلى انفراده عن سابقه بكون المصلحة فيه أخروية دونهما، والله أعلم. وحملني على هذا التنبيه ما صنعه صاحب الفيض. وأما قوله: (أو شرط ما يقتضيه العقد) فهو عطف على قوله: «شرط الأجل» فشرط بصيغة المصدر، وذلك (كالرد بالعيب ونحوه) كالقبض وخيار المجلس

والانتفاع والتصرف، لأن شرط مثل ذلك تأكيد وتنبيه على ما أثبتته الشرع وكذا ما لا يقتضيه العقد لكن فيه مصلحة ككون المبيع من نوع جيد وكخيار الشرط مثلاً، أما ما ليس كذلك كاستثناء سكنى الدار المباعة مدة مثلاً فيبطل العقد كذا قالوه.

تنبيه: ذكر في الروضة أن الأصحاب قالوا: الشرط ضربان: ما يقتضيه مطلق العقد وما لا يقتضيه.

فالأول: كالإقباض والانتفاع والرد بالعيب ونحوها فلا يضر التعرض لها ولا ينفع.

والثاني: قسمان: ما يتعلق بمصلحة العقد، وما لا يتعلق، فالأول قد يتعلق بالثمن كشرط الرهن والكفيل، وقد يتعلق بالثمن كشرط أن يكون العبد خياطاً أو كاتباً، وقد يتعلق بهما كشرط الخيار، فهذه الشروط لا تفسد العقد وتصح في أنفسها.

والقسم الثاني: نوعان: ما لا يتعلق به غرض يُورث تنازعا، وما يتعلق به ذلك، فالأول: كشرط ألا يأكل إلا كذا ولا يلبس إلا كذا فهذا لا يفسد العقد بل يلغو... والثاني: كشرطه ألا يقبض ما اشتراه أو لا يتصرف فيه بالبيع ونحوه، وكشرط بيع آخر أو قرض فمثل هذه الشروط فاسدة تُفسد البيع إلا الإعتاق على ما سبق. ا.هـ. ببعض اختصار.

قال المصنف رحمته:

(فإن باع) شيئاً (وشرط البراءة من العيوب) أي ألا يرد عليه المبيع بأي عيب كان (صح) البيع وكذا الشرط (وبرئ من كل عيب باطن) وهو ما لا يطلع عليه المشتري لعدم اشتراط رؤيته كما اعتمده الرملي في حواشي شرح الروض. كائن (في الحيوان) موجود حال العقد (لم يعلم به البائع) فالقيود أربعة (ولا يبرأ عما سواه) أي عيب انتفى عنه قيد من هذه القيود فلا يبرأ عن عيب في غير الحيوان ولا عن عيب فيه ظاهر سواء علمه أو لا، ولا عن عيب حادث بعد البيع وقبل القبض مطلقاً لانصراف الشرط إلى الموجود عند العقد ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه.

والأصل في ذلك قضاء عثمان رضي الله عنه على ابن عمر رضي الله عنهما حيث باع عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم فادعى عليه المشتري عند عثمان أن به داءً لم تُسمه لي أن يحلف لقد باعه العبد وما به داءً يعلمه فأبى أن يحلف وارتجع العبد فباعه بألف وخمسمائة فدل قضاء عثمان على البراءة في صورة الحيوان المذكورة فبقي ما عداها على الأصل،

وقَرَّب الشافعيُّ ذلك فيها بقوله: «الحيوان يتغذى في الصحة والسقم وتحوُّل طباعه فقلَّمًا ينفك عن عيب خفي أو ظاهر»، أي فيحتاج البائع فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع هذا وقصة عثمان وابن عمر عزاها الحافظ في التلخيص إلى الموطأ.

قال: وصححه البيهقي، وإلى أبي عبيد، وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، وحكى عن ابن الصباغ أنه ذكر في الشامل ذلك وزاد أن ابن عمر كان يقول: تركت اليمين لله فعوضني الله عنها.

أقول: والاستدلال بها مبني على حجية قول الصحابي.

أما لو شرط البراءة عن عيب عيَّنه فإن كان مما لا يُعاین كالزنا والسرقة برئ منه لأن ذكره إعلام به، وإن كان مما يُعاین كالبرص فإن أراه إياه فكذلك وإلا فهو كشرط البراءة مطلقاً فلا يبرأ منه لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه، وحيث بطل شرط البراءة لم يبطل العقد؛ لأنه شرط يؤكد العقد ويوافق ظاهر الحال وهو السلامة من العيوب. كذا في الغرر البهية.

قال المصنف رحمته:

(ولا يصح بيع العربون) بفتحيتين وكعصفور وعثمان وتبدل العين في الثلاث همزة ففيه ست لغات ويسمى المسكان أيضاً نقله النووي في التحرير عن الجواليقي. وهو مصور (بأن يشتري سلعة) بكسر السين عملاً بقول الراجز:

وسلعة المتاع سلعة الجسد كل بكسر السين هكذا ورد

قال في المصباح: والسلعة البضاعة والجمع سلع مثل سدرة وسدر والسلعة الشجة والجمع سلعات مثل سجدة وسجدات، وسلعت الرأس أسلعه شقته. وإلى هذه أشار الراجز المذكور بقوله:

أما التي بالفتح فهي الشجة عبارة المصباح فاسلك نهجه

(و) المقصود أن يشتري منه شيئاً ما و (يدفع) إليه (درهما) مثلاً زيادة على الثمن المحدد (على أنه إن رضي بالسلعة فالدرهم) المذكور (من) جملة (الثمن) أي يُعدُّ منه (وإلا) يَرَضُ بها وردّها واسترد الثمن (فهو) أي الدرهم (للبائع) أي الذي كان

بصدد البيع (مجاناً) كشدّادٍ أي بلا بدل، وهو فعّال لأنه ينصرف قاله الجوهري، وقال الليث: المجان عطية الشيء بلا منة ولا ثمن ذكره في التاج ونصبه هنا على الحالية من الضمير في خبر المبتدأ هذا ما أراه، وقد روي عنه عليه السلام أنه نهى عن بيع العربان قال في التلخيص: رواه مالك، وأبو داود، وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه راو لم يسم وسمّي في رواية لابن ماجه ضعيفة عبد الله بن عامر الأسلمي، وقيل: هو ابن لهيعة وهما ضعيفان، ورواه الدارقطني، والخطيب في الرواة عن مالك من طريق الهيثم بن اليمان عنه عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن الحارث ثقة والهيثم ضعفه الأزدي، وقال أبو حاتم: صدوق... إلخ، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من طريق مالك بلغني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فذكره، وقال بعد كلام طويل حول أسانيده: ... والأصل في هذا الحديث مرسل مالك. ا.هـ.

وقد ذكر ابن عبد البر في الاستذكار أن رواية يحيى بن يحيى هي عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب قال: وكذلك قال جماعة غيره لكنه قال: إن أشبه ما قيل في المعني بالثقة هنا هو ابن لهيعة، وبعد أن حكى عن مالك تفسيره لبيع العربان بنحو ما في المتن ذكر أن عليه جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين والعراقيين منهم الشافعي، والثوري، وأبو حنيفة، والأوزاعي، والليث بن سعد، وعبد العزيز بن أبي سلمة؛ لأنه من بيع الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ولا هبة وذلك باطل... ثم قال: وقد روي عن قوم من التابعين منهم مجاهد وابن سيرين، ونافع بن عبد الحارث وزيد بن أسلم أنهم أجازوا بيع العربان على ما وصفنا، وذلك غير جائز عندنا وكان زيد بن أسلم يقول: أجازه رسول الله عليه السلام وهذا لا نعرفه عن النبي عليه السلام من وجه يصح... ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(ولو فرق بين الجارية وولدها قبل سن التمييز ببيع أو هبة) أو غيرهما (بطل العقد) كلمة سن في كلامه مستدركة فالمعتبر هو التمييز وبدل عليه قوله، (و) التفريق

(بعد التمييز) بذلك (يصح).

وعبارة المنهج وشرحه: و[نهى] عن تفريق ولو بإقالة أو ردّ بعيب أو سفر لا بنحو وصية وعتق كوقف بين أمة وإن رضيت وفرّعها ولو مجنوناً حتى يميز لخبر: «من فرق بين والدها وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» حسنه الترمذي وصححه الحاكم على شرط مسلم، والأب وإن علا كالأم فإن اجتمعا حرم التفريق بينه وبينها وحلّ بينه وبين الأب... وإذا اجتمع الأب والجدة للأم فهما سواء فيباع الولد مع أيهما كان ولو كان أحدهما حرّاً أو كان مالك أحدهما غير مالك الآخر لم يحرم التفريق، وكذا لو فرق بينهما بعد التمييز لكنه يكره أما سائر المحارم فلا يحرم التفريق بينه وبينهم. ١.هـ.

وقال أبو إسحاق في المذهب: وهل يجوز بعد سبع سنين - يعني بعد التمييز - إلى البلوغ؟ فيه قولان: أحدهما: لا يجوز لعموم الأخبار، ولأنه غير بالغ فكان كما لو كان دون ذلك. ١.هـ. مختصراً.

قال الخطيب في المغني: وأحسن ما قيل في حدّ التمييز: أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده، وقيل: أن يصير بحيث يفهم الخطاب ويرد الجواب. ١.هـ.

أقول: قولهم: «سائر المحارم لا يحرم التفريق بينه وبينهم» يعكّر عليه حديث أبي موسى رضي الله عنه. قال الشوكاني: عند ابن ماجه والدارقطني بإسناد لا بأس به قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الأخ وأخيه، وحديث علي رضي الله عنه قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: «أدر كُهما وارتجعهما ولا تبعهما إلا جميعاً» قال الزيلعي في نصب الراية: قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ونقل عن ابن القطان قوله: إن رواية شعبة لا عيب بها وهي أولى ما اعتمد في هذا الباب، قال الزيلعي: وله طريق آخر أخرجه أحمد، والبزار، وقال صاحب التنقيح: رجاله رجال الصحيحين إلا أن سعيد بن أبي عروبة لم يسمع من الحكم بن عتيبة شيئاً قاله أحمد، والنسائي،

والدارقطني، وغيرهم. وقد عزاه الشوكاني إلى ابن ماجه، والدارقطني قال: وصححه ابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبان، والحاكم، والطبراني، وابن القطان... ثم قال: وهذه الأحاديث تدل على تحريم التفريق بين الوالدة وولدها وبين الوالد وولده وبين الأخوين ومن عدا من ذكر فيها فليل: إنه يحرم بطريق القياس، قاله في السيل الجرار.

[البيوعُ المحرَّمة]

يحرم [البيع في صوراً]:

- ١ - أن يبيع حاضر لباد، بأن يقول الحاضر للبدوي الذي قدم بسلعة، وهي مما يُحتاج إليها في البلد: لا تبع الآن حتى أبيعها لك قليلاً قليلاً بثمانٍ غالٍ.
 - ٢ - وأن يتلقى الركبان فيخبرهم بكساد ما معهم ليشترى منهم بغبين.
 - ٣ - وأن يسوم على سؤم أخيه، بأن يزيد في السلعة بعد استقرار الثمن.
 - ٤ - وأن يبيع على بيع أخيه، بأن يقول للمشتري: افسح البيع وأنا أبيعك بأرخص منه.
 - ٥ - وأن ينحش بأن يزيد في السلعة وهو غير راغب فيها ليغر بها غيره.
 - ٦ - وأن يبيع العنب ممن يتخذة خمراً.
- فإن باع في هذه الصور كلها المحرمة صح البيع.

[تفريقُ الصفة وتعددتها]:

وإن جمع في عقد واحد ما يجوز وما لا يجوز، مثل عبده وعبد غيره بغير إذنه، أو خمر وخل، صح فيما يجوز بقسطه من الثمن، وبطل فيما لا يجوز، وللمشتري الخيار إن جهل الحال.

وإن جمع في عقدين مختلفي الحكم، مثل بعثك عبدي وأجرتك داري سنة بكذا، أو زوجتك ابنتي وبعثك عبداً بكذا، صح وقسط العوض عليهما.

قال المصنف رحمته:

(ويحرم أن يبيع حاضر لباد) الحاضر: ساكن الحاضرة، وهي المدن، والقرى، والبادي: ساكن البادية، وهي غير المدن، والقرى، وبيعه له مصور (بأن يقول الحاضر للبدوي) وهو البادي (الذي قدم) إلى الحاضرة (بسلعة) أي بضاعة يبيعها (و) الحال (هي مما يحتاج) بالبناء للمجهول ونائب فاعله قوله: (إليها في البلد) أي مما تعم الحاجة إليه فيه، وإن لم يكن قوتا فيقول له ابتداءً: (لا تبع الآن) بسعر اليوم واركها

عندي (حتى أبيعها لك) يباع (قليلا قليلا) أي مُدرّجا (بشمن غال) أي عال من سعر اليوم، وإنما حرم ذلك لخبر الصحيحين: «لا يبيع حاضر لباد» زاد مسلم: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» فهذه الزيادة دلت على أن المراد بالنهاي هو الأمر بترك طلب البيع له لا النهي عن كل ما يصدق عليه أنه يبيع حاضر لباد؛ إذ الشريعة لا تنهى عن التعاون بل تحث عليه، وسبب النهي هو التضيق على الناس، وسواء كان يظهر ببيع السلعة حالا سعة في البلد أو لا سدا للباب، أما إذا التمس حامل السلعة أن يتركها عند المقيم أو أراد بيعها تدريجا فعرض عليه تفويضه إليه أو كان يبيعه له بسعر يومه فلا يحرم، لأنه لم يضر بالناس ولا سبيل إلى منع المالك من الارتفاق بملكه، وإن استشاره البدوي فيما ينفعه من البيع بسعر اليوم والبيع تدريجا فهل يجب عليه أن يرشده إلى التدرج إذا كان ينفعه؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم، بذلا للنصيحة. والثاني: لا، توسيعا على الناس.

أقول: يدل للأول زيادة في هذا الحديث من حديث جابر بعد قوله: «دعوا الناس... إلخ»، «وإذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه» رواه البيهقي. قال في التحفة: ولو قدم من يريد الشراء فتعرض له من يشتري له رخيصة ففي إثمه تردد، واختار البخاري الإثم لحديث فيه عند أبي داود وبحث الأذرعى الجزم به وسبقه إليه ابن يونس وله وجه كالبيع.

أقول: أخرج أبو داود عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: كان يقال: لا يبيع حاضر لباد، وهي كلمة جامعة لا يبيع له شيئا ولا يبتاع له شيئا، وأقول: كلمة البيع تطلق على الشراء كالعكس فالحديث يدل على الأمرين معا، ثم ذكر الحاضر والبادي لا مفهوم مخالفة له لأنهما لقبان، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(و) يحرم (أن يتلقى) الشخص خارج البلد (الركبان) جمع راكب، والتعبير به لموافقة لفظ الحديث والسائق بين الفقهاء فخصوص الركبان غير معتبر بل المراد أي وارد ببضاعة، وقوله: (فِيخْبِرَهُمْ بِكَسَادِ مَا مَعَهُمْ) أي رخصه وعدم رواجه: لموافقة

الغالب فلا مفهوم له، وكذا قوله: (ليشتري منهم) ما معهم (بغبين) أي بدون سعره في سوق البلد، وكذا لبيعهم قبل دخولهم البلد، وذلك لحديث الصحيحين أن رسول الله ﷺ قال: «لا تَلَقُّوا الركبَانَ للبيع» وفي رواية للبخاري: «لا تَلَقُّوا السلعَ حتى يُهَبَّطَ بها إلى الأسواق فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار» ولمسلم نحوها من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، والعلة كون ذلك مظنة الغبن والإضرار فسواء قصد التلقي أو لا. أخبر كاذبا أو لا. فإن وقع لهم غبن فلهم الخيار فورَ علمهم به، أما إذا كان التلقي بعد دخول البلد وقبل الوصول إلى السوق فالمذهب أنه لا خيار، لكن ظاهر رواية البخاري أنه كما قبل الدخول، وبه قال ابن المنذر وجماعة كما في شرح الروض قال: ويُمنع بأنه لا يلزم من التحريم ثبوت الخيار. ا.هـ.

وأنا أراه مخالفا لنص الحديث، والله أعلم.

ثم رأيت في السنن الكبرى للبيهقي أن الشافعي قال: وقد سمعت في هذا الحديث فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق، وبهذا نأخذ إن كان ثابتاً. ا.هـ.

وقد قال ابن عبد البر في الاستذكار: وقالت طائفة من أهل الفقه والأصول: لا بأس بتلقي السلع في أول السوق ولا يجوز ذلك خارج السوق على ظاهر الحديث. ا.هـ. وقال الشوكاني في نيل الأوطار: وأما ابتداء التلقي فقليل: الخروج من السوق، وإن كان في البلد، وقيل: الخروج من البلد وهو قول الشافعية وبالأول قال أحمد، وإسحاق، والليث، والمالكية. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(و) يحرم (أن يسوم على سوم أخيه) في الدين، والتعبير به على وفاق الحديث للتعطيف لا للتقييد (بأن يزيد في) ثمن (السلعة بعد استقرار) مبلغ (الثمن) بتراضي البيعين صريحا وقبل العقد كأن يُرغَّبَ البائع أو المشتري في عدم إبرام الصفقة الذي هما بصده وبيعرّفه أن عنده خيرا منها، وذلك لحديث الصحيحين: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه» وهو خبر معناه النهي وهو أبلغ فيه، والعلة فيه إدخال الأذى على

المستام، وخرج بقيد الاستقرار ما قبله كالذي يطاف به لبيع فيمن يزيد فلا يحرم ففي حديث أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا لرجل فقير من الأنصار فيمن يزيد رواه أبو داود، والترمذي وحسنه، والنسائي، وابن ماجه لكن ضعفه الألباني.

قال المصنف رحمته:

(و) يحرم (أن يبيع على بيع أخيه) الكلام فيه كالذي في سابقه وذلك (بأن يقول للمشتري) في زمن خياره (افسخ البيع وأنا أبيعك) مثل ما اشتريته (بأرخص منه) أي من الثمن الذي اشتريت به فالضمير عائد إلى معلوم من المقام كما في: ﴿حَتَّى تَوَارَتْ بِالْحِجَابِ﴾ [ص: ٣٢]، أو يقول: أبيعك خيرا مما ابتعته بمثل ذلك الثمن مثلاً، ومثل البيع غيره من العقود والأصل فيه حديث: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض» والمعنى فيه الإيذاء كما مضى، وفي الحديث: «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه» وقد سلف آنفا حديث: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض».

قال المصنف رحمته:

(و) يحرم (أن ينجش) من باب قتل كما في المصباح والتاج، وفي الأول أن أصله الاستتار لأنه يستر قصده، ومنه يقال للصدائد: ناجش لاستتاره. ولعله تصحيف فالذي في الصحاح: نجشت الصيد أنجشه نجشا أي استترته، وفي التاج مثله، وعبارة المعجم الوسيط: نجش الشيء الخبيء نجشا استثاره واستخرجه يقال: نجش الصيد، ونجش الحديث أذاعه، ونجش الدابة حثها فاستخرج ما عندها من السير.

قال المصنف رحمته:

وهو مصور (بأن يزيد في) ثمن (السلعة) المعروضة (وهو غير راغب فيها) أي في شرائها بل (ليغتر) ويغترى (بها غيره) فيشتريها وهذا ما حكاه في التاج عن أبي عبيد وعبارته: «النجش في البيع أن يزيد الرجل ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد بزيادته»، ونقل عن إبراهيم الحربي قوله: النجش أن تزيد في ثمن مبيع أو تمدحه فيرى ذلك غيرك فيغتر بك، كما حكى عن أبي عبيد والنضر بن

شميل أنه يطلق على التنفير عن السلعة بِذَمِّهَا، وذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش متفق عليه كما في التلخيص، وفي الحديث الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «...ولا تناجشوا» قال الترمذي: وفي الباب عن أنس رضي الله عنه، قال علماؤنا: فإن اغتر أحد بذلك فاشترى بالزيادة لم يخير لتقصيره بترك البحث والتروي والحكمة في النهي الأذى.

قال المصنف رحمته الله:

(و) يحرم (أن يبيع العنب) ونحوه (ممن يتخذه خمرا) لغير التخليل بأن يظن ذلك منه، فإن شك فيه كره ولم يحرم، قال في الروضة: بيع الرطب والعنب ممن يتوهم اتخاذه إياه نبيدا أو خمرا مكروه وإن تحقق اتخاذه ذلك فهل يحرم أو يكره؟ وجهان: فلو باع صح على التقديرين.

قلت: الأصح التحريم.

قال الغزالي في الإحياء: بيع الغلمان المرء لمن عرف بالفجور بالغلمان له حكم بيع العنب من الخمر، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية، والله أعلم. ١.هـ. ومثّل في شرح الروض لذلك بيع ديك الهراش وكبش النطاح ممن يُعاني ذلك. ١.هـ. وظاهر أن بيع العسل والحنطة ممن يتخذهما مسكرا داخل في قولنا: ونحوه، فهو حرام وهو كثير الوقوع ببلاذنا، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وأخرج الطبراني في الأوسط عن بريدة رضي الله عنه مرفوعا: «من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يتخذه خمرا فقد تقحم النار على بصيرة»، أما ما لا ينتفع به في غير صنع المسكر فلا يصح بيعه أصلا؛ لأن شرط المبيع كونه منتفعا به انتفاعا مباحا.

هذا وقد سبق - فيما أظن - جواز تعدية كلمة باع إلى المفعول الأول بمن نقلا عن المصباح ومن ذلك استعمال المصنف هنا.

فَرَعٌ:

قال في التحفة: ومن المنهي عنه أيضا احتكار القوت بأن يشتريه وقت الغلاء

والعبرة فيه بالعرف لبيعه بأكثر من ثمنه للتضييق حينئذ، ومتى اختل شرط من ذلك فلا إثم. ١. هـ.

أقول: روى مسلم، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه من حديث معمر بن عبد الله بن نضلة العدوي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحتكر إلا خاطئ» وأخرجه الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ: «من احتكر يريد أن يغالي بها المسلمين فهو خاطئ، وقد برئت منه ذمة الله» ومعنى «خاطئ»: آثم، وأخرج أحمد، وابن أبي شيبة، وأبو يعلى، والبزار، والحاكم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً: «من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه» زاد الحاكم: «وأما أهل عرصة أصبح فيهم أمرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله»، قال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده أصبغ بن زيد اختلف فيه وكثير بن مرة جهله ابن حزم وعرفه غيره، وقد وثقه ابن سعد ورواه عنه جماعة، واحتج به النسائي ووهب ابن الجوزي فأخرج هذا الحديث في الموضوعات وبهامشه أن ابن معين وثق أصبغ بن زيد، وأن النسائي قال: ليس به بأس، وقال الدارقطني: ثقة. ١. هـ. وفي تهذيب التهذيب: أن كثير بن مرة الحضرمي وثقه أيضاً العجلي، وقال النسائي: لا بأس به، وابن خراش: صدوق، وذكره ابن حبان في الثقات.

فرع آخر:

قال في الروضة: ومنها - أي من المناهي - التسعير وهو حرام في كل وقت وعلى الصحيح، والثاني: يجوز في وقت الغلاء دون الرخص، وقيل: إن كان الطعام مجلوباً حرم التسعير، وإن كان يزرع في البلد... جاز، وحيث جوزنا التسعير فذلك في الأطعمة ويلحق بها علف الدواب على الأصح وإذا سعى الإمام عليه فخالف استحق التعزير، وفي صحة البيع وجهان: الأصح منهما: الصحة، والله أعلم.

وفي التحفة: [ومن المنهي عنه] التسعير من الإمام أو نائبه كالقاضي في قوت أو غيره ومع ذلك يعزّر مخالفة خشية من شق العصا، ولا ينافيه قولهم تجب طاعة الإمام فيما يأمر به ما لم يكن إثمًا، لأن المراد - كما هو ظاهر - الإثم بالنسبة للفاعل

لا للأمر، والمأمورُ هنا غير آثم فحرمت المخالفة فيه، نعم، الذي يظهر أن محل الحرمة بالنسبة لمن تظاهر به دون من أخفاه.

وعلى القاضي... في زمن الضرورة جبرٌ من عنده زائدٌ على كفاية مؤنه سنةً على بيع الزائد. ا.هـ. بحذف، ودليل تحريم التسعير حديث أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول الله لو سعرت لنا، فقال: «إن الله تعالى هو الخالق القابض الباسط الرازق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله تعالى ولا يطلبني أحدٌ بمظلمةٍ ظلمتها إياه في دم ولا مال».

قال في التلخيص: رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه... وغيرهم وإسناده على شرط مسلم، وقد صححه ابن حبان، والترمذي، وذكر أن أحمد، وأبا داود رويًا من حديث أبي هريرة نحوه، قال: وإسناده حسن ولا بن ماجه، والبزار، والطبراني في الأوسط من حديث أبي سعيد نحو حديث أنس وإسناده حسن أيضًا. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(فإن باع في هذه الصور كلها المحرمة) أي التي من قوله: «ويحرم أن يبيع حاضر... إلخ» فيكون المراد بالمحرمة - فيما أرى - التي صرح هو فيها بالحرمة، والله أعلم، وفي كلامه الفصل بالتوكيد بين المنعوت ونعته وهو جائز على القول بأن الترتيب في التوابع مستحسن لا واجب، وجواب الشرط قوله: (صح البيع) لأن النهي فيها راجع إلى أمر خارج عنها وما كان كذلك لا يقتضي الفساد كما في فن الأصول.

[تفريق الصفقة وتعددتها]:

قال المصنف رحمته:

(وإن جمع في عقد واحد ما يجوز) بيعه (وما لا يجوز) بيعه (مثل عبده وعبده غيره) يعني ملكه وملك غيره (بغير إذنه) ولا ولاية عليه (أو) مثل (خمر واخل) مما المانع من بيعه في نفسه وقد يبيع مع ما ليس كذلك كشاة وكلب (صح) العقد (فيما يجوز) العقد فيه مقابلاً (بقسطه) أي حصته (من الثمن) بحسب قيمتهما، ويقدر غير المتقوم

شرعا يشبهه من المتقوم (وبطل) العقد (فيما لا يجوز) فيرد حصته إن كان أخذها (وللمشتري الخيار إن جهل) الحال، وإليك ما ورد في الروض وشرحه قالوا: ويجوز بيع عينين فأكثر باختلاط أو بدونه صفقة واحدة ويوزع الثمن عليهما على الأجزاء في المثلي وعلى الرؤوس في المتقوم باعتبار القيمة، فإذا بطل العقد في واحد منهما ابتداء بأن كان أحدهما حلالا أي قابلا للعقد والآخر حراما أي غير قابل له وله قيمة صح في الحلال وبطل في الآخر... إعطاء لكل منهما حكمه كالثوب والشقص من العقار في الشفعة، ولأن الصفقة اشتملت على صحيح وفسد فالعدل التصحيح في الصحيح وقصر الفساد على الفاسد كنظيره فيما لو شهد عدل وفاسق، وكذا إن لم يكن له قيمة كالخمر والخنزير فيصح البيع في الباقي بالقسط ويقدر الحر رقيقا والخنزير شاة... ومحل التقسيط إذا كان الحرام مقصودا فإن لم يكن مقصودا فيظهر أن الصحة بكل الثمن... وجواز تفريقها أي الصفقة في الرهن والهبة والنكاح أولى منه في البيع إذ لا عوض في الأولين حتى يتأثر بالجهل والثالث لا يتأثر بجهل العوض. اهـ. بحذف.

تنبيهان: الأول: قول المصنف: «بغير إذنه» يقتضي أنه يصح العقد فيهما إذا كان بإذنه وهو مقيد بما إذا فصل الثمن دون ما إذا لم يفصل كما ذكره ابن حجر في التحفة أما شارح الروض فقد أطلق بطلان العقد فيهما.

الثاني: قول المصنف: «أو خمر وخل» بتقديم الخمر يشعر بأن لا فرق بين تقديم الحلال على الحرام والعكس وهو ما اعتمده الشهاب الرملي خلافا لحجج في التحفة وفتح الجواد حيث اعتمد البطلان في حال تقديم الحرام على الحلال تبعا للزركشي قياسا على قولهم: في نساء العالم طوالق وأنت يا زوجتي، إنها لا تطلق لأن نساء العالم لا يطلقن، وفرق الرملي في حواشي شرح الروض بأن ما هنا من عطف المفردات فيتسلط العامل عليهما معالاتحاده، وإنما قياس تلك المسألة أن يقول مثلا: هذه الخمر مبيعة منك وهذا الخل فهذا لا يصح وتبعه ولده في النهاية وسم، وقال الشرواني: واعتمد النهاية والمغني وسم وفاقا للشهاب الرملي عدم الفرق بين تقدم ما يصح بيعه وتأخره. اهـ. أي في صورة المتن.

قال المصنف رحمته :

(وإن جمع في عقدين مختلفي الحكم) كلمة في رأيها في النسخ التي اطلعت عليها من هذا المتن، وقد اعتيد الضرب عليها أو كسّطها شططاً فهل العمدة منفردة بإثباتها أو هي واقعةٌ في غيرها وإنما انفردت العمدة بتسلط الأيدي عليها؟ الواقعُ هو الثاني . فقد قال الرافعي في العزيز: إذا جمع بين شيئين في صفقة واحدة لم يخلُ إما أن يجمع في عقد واحد أو في عقدين مختلفي الحكم وبعد أن تكلم على القسم الأول بإسهاب قال: ذكرنا في أول الباب أن الجمع في صفقة واحدة بين شيئين إما أن يكون في عقد واحد أو في عقدين مختلفي الحكم... إلخ.

وقال النووي في المجموع: فإذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان: أحدهما: أن تجمعهما في عقدين مختلفي الحكم... والثاني: أن تجمعهما في عقد واحد... إلخ. وقال في الروضة: إذا جمع شيئين في صفقة فهو ضربان: أحدهما: أن يجمع بينهما في عقد واحد. والثاني: في عقدين مختلفي الحكم... إلخ، فإن كان خَلاً مِنْ «في» هذه مِنْهاجُه فلم يخلُ منها مجموعُه وروضتُه على أنه لو لم يوجد شريك للعمدة في ذكرها وأشكل معناها لكان في حملها على الزيادة مندوحةً من اللجوء إلى التهور بالتجنّي على حَقِّ مَنْ لا يُمْكِنُ استحلاله فالله المستعان، وقد تبَيَّنَ من عبارتي الشيخين أن مفعولِ فعلِ الجمع هو لفظ شيئين، وأرى أنه لا يجب التقييد به فيمكن أن يقدر بالكلام والصيغة أي وإن جمع كلامه في عقدين مختلفي الحكم في صفقة واحدة أو ما شابه ذلك من التقدير، والله أعلم.

وذلك (مثل) قوله: (بعتك عبدي وأجرتك داري سنة بكذا وزوجتك ابنتي) وهي محجورة أو موكّلة له (وبعتك عبدها بكذا) فالشيئان هما العبد والدار في الأول والبنت والعبد في الثاني والعقدان هما البيع والإجارة في الأول والتزويج والبيع في الثاني والصفقة ذكرُ مجموع الجملتين المتعاطفتين مع القبول أو قل: هي الصيغة. قال السيد الجرجاني في التعريفات: الصفقة في اللغة عبارةٌ عن ضرب اليد عند العقد وفي الشرع عبارة عن العقد، وقال الفيومي في المصباح: وشفقتُ له بالبيعة

صفقا... ضربت بيدي على يده، وكانت العرب إذا وجب البيع ضربَ أحدهما يده على يد صاحبه ثم استعملت في العقد فقول: بارك الله لك في صفقة يمينك، قال الأزهري: وتكون الصفقة للبائع والمشتري. ا.هـ.

وبيان الاختلاف بين البيع والإجازة أنها يشترط فيها التأقيت وهو يبطل به، وأنها تنفسخ بالتلف بعد القبض دونه، والاختلاف بين التزويج والبيع أن الأول لا يتأثر بفساد العوض ويتأثر بشرط الخيار، والثاني بعكسه فإذا فعل ذلك (صح وقسط العوض عليهما) أي على قيمتي المعقود عليهما وهما عين العبد ومنفعة الدار والمرأة فتقوم العين وسكنى الدار المدة المذكورة وحق الاستمتاع بالمرأة ويوزع العوض المذكور على وفق النسبة بينهما ويشترط اتحاد مستحق العوض في جمع النكاح مع البيع كما أشرت إليه بقولي: «وهي محجورة أو موكلة له»، أما إذا اختلف كأن قال: زوجتك بنتي وبعتك ثوبي بكذا فلا يصح كما لو باع شخصان ملكيهما بثمن واحد للجهل بما يخص كلا منهما حال العقد ويشترط أيضا ألا ينقص ما يخص النكاح في الأولى عن مهر المثل وإلا عدل إليه ما لم تأذن الرشيدة في نقصه عنه، والله أعلم.

فصل [رد المبيع بالعيب]:

من علم بالسَّلعة عيبًا لزمه أن يبينه، فإن لم يُبين فقد غش، والبيع صحيح، فإذا اطلع المشتري على عيب كان عند البائع فله الرد.
وضابطه: ما نقص العين أو القيمة نقصانًا يفوت به غرض صحيح، والغالب في مثل ذلك المبيع عدمه.

فيرد إن بان العبد خصيًا، أو سارقًا، أو يبول في الفراش وهو كبير، فلو اطلع على العيب بعد تلف المبيع تعين الأرش، أو بعد زوال الملك عنه، ببيع أو غيره لم يكن له طلب الأرش الآن، فإن رجع إليه بعد ذلك فله الرد.

وإن حدث عند المشتري عيب آخر، مثل أن يفتض البكر، تعين الأرش وامتنع الرد، فإن رضي البائع بالعيب لم يكن للمشتري طلب الأرش، فإن كان العيب الحادث لا يعرف العيب القديم إلا به، ككسر البطيخ والبيض ونحوهما لم يمنع الرد، فإن زاد على ما يمكن المعرفة به فلا رد.

وشرط الرد أن يكون على الفور، ويُشهد في طريقه أنه فسح، فلو عرف العيب وهو يصلي، أو يأكل، أو يقضي حاجة، أو ليلاً، فله التأخير إلى زوال العارض، بشرط ترك الاستعمال والانتفاع، فإن أحرر متمكنًا سقط الرد والأرش.

[حكم التصرية]:

وتحرّم التصرية، وهي أن يشدّ البائع أخلاف البهيمة ويترك حلبها أيامًا ليغرّ غيره بكثرة اللبن، فإذا اطلع عليه المشتري فله الرد مطلقًا، فإن كان بعد حلبها، وتلف اللبن، ردّ صاعًا من تمر بدل اللبن إن كان، ويلحق بالتصرية تحمير الجارية، وتسويد الشعر، ونحوهما، ويلزم البائع أن يخبر في بيع المرابحة بالعيب الذي حدث عنده، فيقول: اشتريته بعشرة مثلاً لكن حدث عندي فيه العيب الفلاني، ويبين الأجل أيضًا.

هذا ولما أنهى المصنف الكلام على ما ينبغي أن يراعى في عقد البيع شرع في الكلام على خيار النقيصة المشروع لتدارك النقص ممهّدًا له بوجوب الإعلام بالعيب

أولاً، والأصل في البيع اللزوم لأنه يراد للدوام وللتصرف فيما يُملك به لكن الشارع من رحمته شرع الخيار فيه رفقا بعباده.

والخيار ضربان:

خيار تشة: وهو ما يتعاطاه العاقد انطلاقاً من تفكيره من غير فوات أمر فيما أخذه وهو خيار المجلس أو الشرط، وقد سبق الكلام عليه أوائل الباب.

وخيار نقيصة: وسببه إما خلف شرط أو تغرير فعلي أو قضاء العرف فمن الأول أن يشرط صفة في العوض فيُخلف ذلك الشرط ككون الدابة نجية أو الآلة من نوع كذا مثلاً فيثبت الخيار بشرط أن يتعلق بالوصف عَرَضٌ معتبر ويكفي لمنع الخيار أن يوجد من الوصف ما ينطلق عليه الاسم، ومن الثالث ما ذكره في قوله: (فصل من علم بالسلعة) الشاملة للثمن فيما أرى (عيباً لزمه أن يبينه) للمتعاقد معه، وأفاد في الروضة وجوب الإعلام على من علمه من غير المتعاقدين وهو داخل في عبارة المصنف وسيأتي دليله (فإن لم يبينه) له (فقد غش) وحق عليه إثم الغش الذي ورد فيه أحاديث منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من غشنا فليس منا» رواه الجماعة إلا البخاري، والنسائي، وورد نحوه من أحاديث ابن مسعود، وابن عمر، وأبي بردة بن نيار وأبي الحمراء وغيرهم رضي الله عنهم، قال الشوكاني: وهو يدل على تحريم الغش وهو مجمع عليه، وعن عقبه بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بيته له» قال الحافظ في التلخيص: رواه أحمد، وابن ماجه، والدارقطني، والحاكم والطبراني قال: ومداره على يحيى بن أيوب وتابعه ابن لهيعة. ١. هـ. وبهامشه أن الحاكم قال: صحيح على شرط الشيخين وسكت عليه الذهبي، لكن تعقبه السبكي في تكملة المجموع بأنه على شرط مسلم وليس على شرط البخاري، وسلم له كونه صحيحاً، وأخرج البيهقي من طريق الحاكم وغيره عن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من باع شيئاً فلا يحل له حتى يُبين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك أن لا يبينه» وقد عزاه في التلخيص إلى ابن ماجه والحاكم وسكت عنه، وذكر الشوكاني أن في

إسناده رجلا مختلفا فيه، وآخر قيل: إنه مجهول كما ذكر أن الحافظ قال في الفتح عن حديث عُقْبَةَ: إن إسناده حسن ثم رأيتُه فيه أنا.

قال المصنف رحمته:

(والبيع صحيح) مع الغش بدليل ثبوت الخيار للمغشوش فلو لم يصح العقد لم يخير فيه، فلما ثبت كما قال: (فإذا اطلع المشتري على عيب كان) موجودا (عند البائع) حالة العقد أو بعده وقبل القبض (فله) الخيار (والرد) للمبيع بسببه كما أن له إبقاءه دل [جواب لما ثبت] على ذلك، أما في العيب المقارن للعقد فبالإجماع وبحديث المصراة الآتي، وبحديث عائشة رضي الله عنها أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البائع: غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «الغلة بالضمآن» رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وصححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، وابن القطان كما في نيل الأوطار وهذا الحديث يدل على أن الرد بالعيب كان أمرا معروفا متقررا عندهم.

وأما في الحادث بعد العقد وقبل القبض فلأن المبيع حينئذ من ضمان البائع فكذا أجزاؤه وصفاته ومثله ما حدث بعد القبض واستند لسبب متقدم عليه جهله المشتري وكذا يقال في الثمن.

قال المصنف رحمته:

(وضابطه) أي العيب، والضابط عند العلماء حكم كلي ينطبق على جزئياته (ما نقص العين أو القيمة نقصا) كذا في نسخة الفيض والذي في المجردة التي عندي: نقصانا بزيادة الألف والنون، والأولى أحسن لقول صاحب المختار: النقص مصدر المتعدي والنقصان مصدر اللازم وما هنا متعدي لكن لا مانع من إقامة كل مقام الآخر ففي التنزيل: ﴿أَبْتَكُرُ مِنَ الْأَرْضِ بَاتًا﴾ [نوح: ١٧]، ﴿وَبَتَّلَ إِلَيْهِ تَبْتِيلًا﴾ [المزمل: ٨] ووصف النقص بقوله: (يفوت به غرض صحيح) أي مقصد بريء بحيث يقصده العقل السليم (والغالب) في العرف العام لا في محل البيع وحده كما استظهره في التحفة (في مثل ذلك المبيع عدمه) هذه الجملة في محل نصب حال من الضمير الفاعل في نقص واحترز بالوصف المذكور من نحو قطع فلقة يسيرة من نحو فخذ لا

تورث شيئا ولا تنقص قيمة، وبالحال المذكورة من نحو خصاء الثيران والبراذين والبالغ قال في التحفة: والكلام فيما لم ينص العلماء على أنه عيب وإلا لم يؤثر عُرْفٌ بخلافه مطلقا.

قال المصنف رحمته:

(فيرد إن بان العبد خصيا) أي مسلول الخُصيين (أو سارقا أو يبول في الفراش وهو كبير) بأن بلغ سبع سنين ومحلّه إذا اعتاده كما تدل عليه عبارة المصنف لإشعارها بتجدد البول مرة بعد أخرى كما في قول الشاعر:

أَوْ كُلمَا وَرَدَتْ عُكَاظَ قَبِيلَةٍ بَعُثُوا إِلَيَّ عَرِيفَهُم يَتوسم

أي يصدر منه تفرس الوجوه مرارا وتكرارا.

ومن العيوب كون الدابة جَموحا أي ممتنعة على الراكب أو نَفورا أو عَضوضا أو خشنة السير بحيث يُخاف سقوط راکبها أو قليلة الأكل أو حَرونا أو تشرب لبن نفسها.

وكون الدار بجنب مؤذٍ لا يُحتمل، أو يتسلط عليها الجن بالرجم ونحوه، وكون المزرعة مرعى لنحو القردة والخنازير.

قال علماؤنا: ولا مطمع في استيعاب العيوب عَدًّا فالتعويل على الضابط المذكور. قاعدة: قال في شرح الروض: العيب ستة أقسام: أحدها: ما ذكره المصنف هنا وهو كذلك في الزكاة والغرة والصدّاق إذا لم يفارق قبل الدخول. ثانيها: ما في الكفارة، وضابطه ما أضر بالعمل إضرارا بينا. ثالثها: ما في الأضحية والهدي والعقيقة وهو ما نقص اللحم. رابعها: ما في النكاح وهو ما نَفّر عن الاستمتاع. خامسها: ما في الصدّاق إذا فارق قبل الدخول وهو ما فات به غرض صحيح سواء كان الغالب عدمه أو لا. سادسها: ما في الإجارة وهو ما يؤثر في المنفعة تأثيرا تتفاوت به الأجرة، ونُقِل عن الدّميري أنه ينبغي أن يُزاد. سابعها: وهو ما في الرهن فالظاهر أنه ما ينقص القيمة فقط. ا.هـ. بمعناه.

قال المصنف رحمته :

(فلو اطلع على العيب بعد تلف المبيع) أو الثمن حسا كأن مات، أو شرعا كأن وُقِف أو جُعِل أضحية (تعين الأرش) أي أخذه، قال ابن فارس في المقاييس: الأرش يمكن أن يكون أصلا، وقد جعلها بعض أهل العلم فرعا وزعم أن الأصل الهرش... وأيّا كان فالكلام من باب التحريش يقال: أرشت الحرب والنار إذا أوقدتهما... وأرش الجناية ديتهما وهو أيضا مما يدعو إلى خلاف وتحريش. ١.هـ.

وقال صاحب اللسان: والأرش من الجراحات ما ليس له قدر معلوم، وقيل: هو دية الجراحات وقد تكرر في الحديث ذكر الأرش المشروع في الحكومات، وهو هنا الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع... إلخ، وفي المنهاج مع التحفة: وهو أي الأرش سمي بذلك لتعلقه بالأرش وهو الخصومة: جزء من ثمنه أي المبيع فيستحقه المشتري من عينه... نسبه أي الجزء إليه أي إلى الثمن نسبة أي مثل نسبة ما نقصه العيب من القيمة لو كان المبيع سليما إليها فلو كانت قيمته بلا عيب مائة وبه ثمانين فنسبة النقص إليها خمسُ فيكون الأرش خمس الثمن، فلو كان عشرين رجع منه بأربعة... فإن كان قبضه رد جزأه وإلا سقط عن المشتري لكن بعد طلبه على المعتمد، وأفاد الشارح حج أن البائع إذا وجد بالثمن عيبا قديما فإن الأرش ينسب للقيمة لا الثمن... قالوا: والأصح اعتبار أقل قيمه أي المبيع ومثله الثمن المتقوم من وقت البيع إلى وقت القبض؛ لأن قيمتهما إن كانت وقت البيع أقل فالزيادة في المبيع حدثت في ملك المشتري وفي الثمن حدثت في ملك البائع فلا تدخل في التقويم أو كانت وقت القبض أو بين الوقتين أقل فالنقص في المبيع من ضمان البائع وفي الثمن من ضمان المشتري فلا تدخل في التقويم، وما صرح به من اعتبار ما بين الوقتين هو المعتمد وإن نازع فيه جمع. ١.هـ. وقد حمل شيخ الإسلام في شرح الروض والبهجة ما في الروضة وأصلها من اعتبار يومي العقد والقبض على ما إذا لم تكن القيمة بينهما أقل فإن كانت كذلك فهي المعتمدة.

قال المصنف رحمته :

(أو) اطلع من دُكِرَ على العيب (بعد زوال الملك) أي انتقال ملكه إلى غيره ولو عبر به كان أولى (عنه) أي عن المبيع أو الثمن (ببيع أو غيره) كهبة (لم يكن له طلب الأرش الآن فإن رجع إليه بعد ذلك فله الرد) قال في المهذب: وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه ثبت له أرش العيب لأنه أيسر من الرد... ثم قال: فإن لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرش، قال أبو إسحاق - يعني المروزي-: العلة فيه أنه استدرك الظلامة فعَبَنَ غيره كما عُبِنَ فزال عنه ضرر العيب، وقال أكثر أصحابنا: العلة فيه أنه لم يئأس من الرد؛ لأنه قد يرجع إليه فيردّ عليه، فإن رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة، وإن حدث عند الثاني عيب فرجع على الأول بالأرش رجع هو على بائعه لأنه أيسر من الرد ولم يستدرك الظلامة، وإن تلف في يد الثاني، وقلنا بتعليل أبي إسحاق لم يرجع لأنه استدرك الظلامة، وإن قلنا بتعليل غيره رجع بالأرش لأنه قد أيسر من الرد، وإن رجع إليه المبيع بيع أو هبة أو إرث لم يرد على تعليل أبي إسحاق لأنه استدرك الظلامة، وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فإن كان بعوض فهو كالبيع وقد بيّناه، وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش لأنه لم يئأس من الرد فإن رجع إليه ببيع أو هبة أو إرث فله الرد بلا خلاف لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة. ا.هـ. وعبارة المنهج مع شيء من شرحه: ولو تلف مبيع غير ربوي بيع بجنسه حسيا كان التلف أو شرعا كأن أعتقه أو وقفه ثم علم عيباً به فله أرش لتعذر الرد بفوات المبيع... أما الربوي المذكور كحلّي ذهب بيع بوزنه ذهباً فبان معيباً بعد تلفه فلا أرش فيه وإلا لنقص الثمن فيصير الباقي منه مقابلاً بأكثر منه وذلك ربا... ثم قال: ولو ملكه أي المبيع غيره بعوض أو بدونه فعلم هو عيباً فلا أرش له لأنه قد يعود له فإن عاد له برد بعيب أو غيره كإقالة هبة وشراء فله ردُّ لزوال المانع وكتملكه رهناً وغصبه ونحوهما. ا.هـ. وإنما سقت العبارتين دلالةً على صحة الحل الذي سلكته دون حل الفيض إضافة إلى زيادة

الفوائد فيهما، والله الموفق.

(و) هذا كله فيما إذا لم يحدث عند مرید الرد بالعيب القديم عيب آخر أما (إن حدث عند المشتري) في المبيع أو عند البائع في الثمن (عيب آخر) أي غير الذي كان عند المالك الأول منهما، وذلك (مثل أن يفتض البكر) التي وجد بها عيبا (تعين الأرش) أي طلبه للعيب القديم (وامتنع الرد) القهري جمعا بين مصالحهما، والضرر لا يزال بالضرر كما هو معلوم من قواعد الشريعة العادلة (فإن رضي البائع) أي المالك السابق لما يُرادُ رُدُّه (بالعيب) الحادث (لم يكن للمشتري) أي للمالك اللاحق (طلب) إيقائه مع (الأرش) بل إما أن يرضى برده واسترداد ما بذَّله وإما أن يقنع بما عنده فإن ذلك هو العدل بينهما وما سواه جورٌ لا تسمح به الشريعة وإن لم يرض المالك السابق بذلك فإن اتفقا في غير الربوي السابق ذكره على فسخ أو إجازة مع أرش للحادث أو القديم بأن يغرم اللاحق أرش الحادث ويفسحا أو يغرم السابق أرش القديم ولا يفسحا فَبِها ونِعَمَت، وإن لم يتفقا على شيء من ذينك بأن طلب أحدهما الفسخ مع أرش الحادث والآخر الإجازة مع أرش القديم أجيب طالب الإجازة لما في ذلك من تقرير العقد، أما الربوي المذكور فيتعين فيه الفسخ مع أرش الحادث، وعلى المالك الثاني إعلام الأول بالعيب الحادث عنده فورًا ليختار ما له اختياره، فإن أخر إعلامه بلا عذر فلا رد ولا أرش لإشعار التأخير بالرضى به، ولو علم بالقديم بعد زوال الحادث فله الرد ولو زال الحادث بعد أخذ أرش القديم أو بعد القضاء بثبوت الأرش فلا رد، أما إذا زال القديم قبل أخذ أرشه فلا يأخذه أو بعده فعليه رده. هذا كله في حدوث عيبٍ تُمكنُ معرفة العيب القديم بدونه.

(فإن كان العيب الحادث لا يعرف العيب القديم إلا به ككسر البطيخ) المدوّد بعضه (والبيض) المذّر للنعام (ونحوهما) كرانج معيب لا تتأتى معرفة عيبه بغير الكسر (لم يمنع الرد) القهري إن كان بقدر الحاجة فيخير المشتري بين الرد وطلب الأرش، أما البطيخ المدوّد كله ويضُّ نحو الدجاج المذّر فيتبين بمعرفتهما بطلان البيع لكونهما غير متقومين فيرجع باذل مقابلهما بكل ما بذله (فإن زاد) في الأول

(على ما) أي القدر الذي (يمكن المعرفة به) كتقوير بطيخ تُمكنُ معرفةُ حموضته بغير شيء فيه وكسر رانج تمكن معرفة عيبه بذلك وكتقوير كبير يُعني عنه أصغر منه (فلا رد) قهريا، قال في التحفة: والتدويد لا يعرف غالبا إلا بالتقوير، وقد يعرف بالشق فيكون التقوير عيبا حادثا.

قال: ولو اشترى نحو بيض أو بطيخ كثير فكسر واحدة فوجدها معيبة لم يجاوزها لثبوت مقتضي رد الكل بذلك لا امتناع رد البعض فقط فإن كسر ثانية فلا رد له مطلقا على الأوجه لأنه أحدث عيبا باختياره. ا.هـ. باختصار.

قال المصنف رحمته:

(وشرط الرد أن يكون على الفور) من علمه به إجماعا ولا ينتظر به حضور الخصم ولا قضاء القاضي والفور على العادة فلا يكلف العدو ولا الركض ليرد، ومحل وجوبه في المبيع المعين لا المقبوض عما في الذمة بنحو سلم إذ الأصح أنه لا يملكه إلا بالرضا بعيبه، ولأنه ليس معقودا عليه ويعذر جاهل بثبوت له إن كان قريب عهد بالإسلام ممن لا يخالط المسلمين، وبكونه على الفور إن كان عاميا يخفى عليه ذلك، وإنما يصدق فيهما بيمينه (و) أن (يُشهد في طريقه) إلى المردود عليه أو الحاكم أو في حال عجزه عن الذهاب والتوكيل (أنه فسخ) ويكفيه عدل واحد يحلف معه.

قال في الروضة: الذي فهمته من كلام الأصحاب أن البائع - يعني المردود عليه - إن كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله وكذا إن كان وكيله بها... ولو تركه ورفع الأمر إلى القاضي كان زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين، وإن كان غائبا عن البلد رفع الأمر إلى القاضي فادعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب في المبيع وأنه فسخ وقيم البينة على ذلك في وجه مُسَخَّرٍ ينصبه القاضي ويُحلفه القاضي مع البينة لأنه قضاء على غائب ثم يأخذ المبيع منه ويضعه عند عدل، ويبقى الثمن دينا على الغائب فيقضيه القاضي من ماله فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه، ولو عجز عن الإشهاد في الحال لم يلزمه التلفظ بالفسخ وحده. ا.هـ.

وإذا أشهد على الفسخ سقط الفور فلا يحتاج إلى إنهاء الأمر إلى البائع أو الحاكم إلا لفصل الأمر، ولا يبطل حق الرد بالتأخير بل ولا الاستخدام وإن حرم عليه لعوده إلى ملك البائع. أفاده في التحفة. وإذ قد قلنا: إن المبادرة على العادة. (فلو عرف العيب) فيما اعتاضه (وهو يصلي) ولو نفلا (أو يأكل) ولو تفكَّها فيما ظَهَرَ لصاحب التحفة أو وهو في حمام (أو يقضي حاجة) وقد دخل وقت مثل هذه الأمور (أو ليلا) أو حال نزول مطر يبيل الثوب (فله التأخير إلى زوال العارض) من المذكورات ونحوها وله لبس ما يتجمل به والسلام على المردود إليه.

قال المصنف رحمته:

(بشرط ترك الاستعمال والانتفاع) بالمردود أي مع شرط هو الترك المذكور، فإن كانت السين والتاء في الاستعمال للطلب فعطف الانتفاع عليه عطف مغاير، وإن كانت للتعدية كما يقال: استعمله بمعنى أعمله فيما أُعِدَّ له فعطفه عليه من عطف العام على الخاص إذ الانتفاع بكذا هو الحصول على نفع وخير من جهة ذلك الشيء، هذا ما بدا لي، والله أعلم، وعبارة المنهاج مع التحفة: ويشترط لجواز الرد ترك الاستعمال فلو استخدم العبد أي طلب منه أن يخدمه كقوله: اسقني أو أغلق الباب وإن لم يُطْعَهُ أو استعمله كأن أعطاه الكوز من غير طلب فأخذه منه ثم أعاده إليه، أو ترك على الدابة سرجها أو إكافها المبيعين معها أو اللذين له أو في يده في مسيره للرد أو في المدة التي اغتفر له التأخير فيها.

والإكاف بكسر الهمزة أشهر من ضمها ما تحت البرذعة، وقيل: نفسها، وقيل: ما فوقها، والمراد هنا واحد مما ذكر فيما يظهر بطل حقه لإشعاره بالرضا لأنه انتفاع، إذ لو لم يتركه لاحتاج إلى حمله أو تحميله، ولو كان تركه لإضرار نزعها بها أو لمشقة في حمله أو كونه لا يليق به لم يؤثر... وخرج بالسرج والإكاف العذار واللجام فلا يضر تركهما لتوقف حفظها عليهما.

ويعذر في ركوب جموح للرد يعسر سَوْفُها وقوْذُها للحاجة إليه... بخلاف ركوب غير الجموع واستدامته بعد علمه بالعيب فإنهما يضران بخلاف ما لو علم عيب

الثوب في الطريق وهو لا يلبسه لا يلزمه نزعه لأنه غير معهود ويلحق به ما لو تعذر رد غير الجموح إلا بركوبها لعجزه عن المشي. ا.هـ.

ونقل الشرواني عن النهاية قولها: فالحاصل أن حكم الركوب ولبس الثوب واحد فإن شق تركهما لم يمنع الرد وإلا منعاً. ا.هـ. باختصار.

ثم من الظاهر جداً أن الجهل بهذه الفروع عذر في حق من تخفى عليه من العوام.

قال المصنف رحمته:

(فإن آخر) الرد (متمكنا) منه أو استعمل المردود بعد علمه بالعيب مع علمه بالحكم فيهما (سقط الرد والأرش) أما الرد فظاهر وأما الأرش فلأنه بدل عنه قال في الروضة: فرع: حيث بطل الرد بالتقصير بطل الأرش. ا.هـ.

[حكم التصرية]:

ثم شرع المصنف يتكلم على التغير الفعلي فقال رحمته: (وتحرم التصرية وهي أن يُشَدَّ البائعُ) أي مريد البيع (أخلاف البهيمة ويترك حلبها أيًا ما ليغره غيره بكثرة اللبن) قال في المصباح: صرّيت الناقة صرّيت فهي صرية من باب تعب إذا اجتمع لبنها في ضرعها ويتعدى بالحركة - يعني بتغيير الحركة - فيقال: صرّيتها صرّيتها من باب رمى والتثقيل مبالغة وتكثير، فيقال: صرّيتها إذا تركت حلبها فاجتمع لبنها في ضرعها. ا.هـ. وقال في اللسان: وصرّيت الناقة وغيرها من ذوات اللبّين وصرّيتها وأصرّيتها حفّلتها وناقة صرّياء محفّلة... وفي حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «من اشترى مُصْرَاءً...» ... قال أبو عبيد: المصراة هي الناقة أو البقرة أو الشاة يُصرّى اللبن في ضرعها أي يُجمع ويُحبس... ثم حكى عن ابن بُزُج قوله: وصرّيت الشاة تصرية إذا لم تحلبها أيًا ما حتى يجتمع اللبن في ضرعها... إلخ، وحينئذ فليس شدّ الأخلاف شرطاً في اسم التصرية ولذلك قال في شرح المنهج: كتصرية لحيوان ولو غير مأكول وهي أن يترك حلبه قصداً مدة قبل بيعه ليوهم المشتري كثرة اللبن. ا.هـ. فليكن قول المصنف ويترك.. إلخ عطف تفسير لما قبله. والأخلاف جمع خلف بكسر فسكون وهو

الضرع أو طَرَفُه والبهيمة كل ذات أربع من دواب البر والبحر وكل حيوان لا يميز. كذا في المصباح، وفيه أيضًا: حلبت الناقة وغيرها حلبًا من باب قتل والحلب بفتحتين يطلق على المصدر أيضًا، وعلى اللبن المحلوب. ا.هـ. قال في التحفة: ولا فرق في التحريم بين مريد البيع وغيره، ومن قيد بالأول مرادُه حيث لم يُضَرَّ البهيمة.

قال المصنف رحمته:

(فإذا اطلع عليه) أي على هذا الفعل المغرّر الذي هو التصرية ويمكن رجوع الضمير إلى ترك الحلب من حيث هو ففيه استخدام، وهذا أولى ليفيد ثبوت الخيار عند عدم القصد أيضًا (فله الرد مطلقاً) أي سواء كان بعد الحلب أو قبله وسواء تلف اللبن أو لا، روى الشيخان وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نُصَرُّوا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر»، وفي رواية لمسلم وأصحاب السنن: «من اشترى مصراً فهو منها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر لا سَمْرَاء» ومع كون ظاهر هذا الحديث أن الخيار لا يثبت إلا بعد الحلب إلا أن الجمهور على أنه إذا علم بالتصرية يثبت له الخيار على الفور ولو قبل الحلب، وحاصله أن التقييد لموافقة الغالب أنه لا يعلمه إلا بعد الحلب فلا مفهوم له، وأما قوله: «ثلاثة أيام» فقد حمّله جمهور الشافعية على موافقة الغالب أيضًا.

وفي المنهاج مع التحفة ما يلي: وقيل: يمتد الخيار وإن علم بالتصرية ثلاثة أيام من العقد، وقيل: من التفرق، كما صرح به الحديث، ومن ثم صححه كثيرون واختاره جمع متأخرون، وأجاب الأكثرون بحمل الخبر على الغالب من أن التصرية لا تظهر فيما دون الثلاث لاحتمال إحالة النقص على اختلاف العلف والمأوى مثلاً. ا.هـ. وعبارة الخطيب في المغني على قول المنهاج: وقيل: يمتد... إلخ، وهذا ما نص عليه الشافعي في الإملاء كما نقله الروياني وصححه جمع كثير من الأصحاب، وقال ابن دقيق العيد في شرح العمدة: إنه الصواب. ا.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(فإن كان) أي الرد (بعد حلبها وتلف اللبن رد) أي أوصل معها (صاعا من تمر بدل اللبن إن كان الحيوان مأكولا) التقييد بتلف اللبن هو بالنسبة لتعين الصاع لا بالنسبة لجواز رده، قال صاحب البهجة:

فردّ إن شاء بصاع التمر في مأكولةٍ محلوبها ذو تلف
أو ما تراضيا برّد اللبن

فقال شارحها: وخرج بالمأكولة غيرها كالأتان لنجاسة لبنها، والأمة إذ لا يعتاض عن لبنها غالبا، وبباقي كلامه ما إذا لم تحلب أو حلبت وبقي لبنها وتراضيا برّدّه بل أو برّدّ غيره فلا يلزمه رد التمر بخلاف ما إذا لم يراضيا بذلك ولا يجبر المشتري على رد اللبن لأن ما حدث منه بعد البيع ملكه، وقد اختلط بالمبيع وتعذر التمييز فإذا أمسكه كان كالتالف ولا يردّه على البائع قهرا، وإن لم يحمض لذهاب طراوته. اهـ، وفي شرح الروض مثله.

وأما صاحب التحفة فأوّل قول المنهاج: بعد تلف اللبن بقوله: أي حلبه وعبر به عنه لأنه بمجرد حلبه يسري إليه التلف. اهـ، وهذا التأويل لا يتأتى هنا لجمع المصنف بينهما حيث قال: بعد حلبها وتلف اللبن، وقيل: إنه يكفي صاع قوت، لأن في رواية: ذكر الطعام، وفي أخرى: ذكر القمح، روى الأولى الترمذي وصححها، والثانية أبو داود ويجاب عنه بترجيح ما في الصحيح على غيره مع أن رواية القمح ضعيفة، ورواية الطعام يمكن حملها على التمر. والمعتبر غالب تمر البلد كالفطرة فإن تعذر التمر فقيمته بالمدينة فيما نقله الشيخان عن الماوردي، قال الخطيب: وهو أحد وجهين له جرى عليه ابن المقرئ وهو المعتمد، والوجه الآخر: اعتبار قيمته بأقرب البلاد إليه، وصححه السبكي والأذرعي وغيرهما. اهـ. واعتبر في التحفة التعذر المذكور بفقدته في مسافة القصر قال: وإنما تعين ولم يُجزَ أعلى منه بخلاف الفطرة لأن القصد بها سدّ الخلة وهنا قطع النزاع مع ضرب تعبد إذ الضمان بالتمر لا

نظير له لكن لما كان الغالب التنازع في قدر اللبن قَدَّرَ الشارعُ بدله بما لا يقبل تنازعا قطعاً له ما أمكن. ١.هـ، ثم الأصح أن الصاع لا يختلف بكثرة اللبن وقتله لما ذكرناه من التعبد وقطع النزاع ونظيره غرة الجنين وأرش الموضحة حيث لا يختلفان باعتبار قدر الجناية ولا المجني عليه، ويتعدد الصاع بتعدد المصراة ولو تراضيا على ردِّ غير صاعٍ تمرٍ أو الرد من غير شيء أصلاً جاز، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(ويلحق بالتصيرية) في التحريم وثبوت الخيار عند التبئُّن (تحمير وجه الجارية وتسويد الشعر ونحوهما) كحبس ماء القناة أو الرحي المرسل عند نحو البيع بجامع التديس والإضرار لا نحو إكثار علف البهيمة تخيلاً لحملها وإرسال نحو الزنبور على ضرعها لإيهاام كونها لبونا فلا خيار به على الأصح لنسبة المشتري في ذلك إلى التقصير.

قال المصنف رحمته:

(ويلزم البائع أن يخبر) المشتري (في بيع المرابحة) الذي هو جائز بلا كراهة لأنه نوع من البيع الذي أحله الله ورسوله ﷺ لكن بيع المساومة أولى منه للإجماع على حله، قاله في التحفة، وبيع المرابحة هو أن يقول لعالم بثمان ما اشتراه: بعته بما اشتريت به وربح كذا لكل عشرة مثلاً، وبيع المساومة أن يذكر ما يبيع به الآن من غير ربط له بما اشترى به، فإن قال في الأول: بما اشتريت به لم يدخل سوى الثمن الذي استقر عليه العقد، وإن قال: بما قام أو ثبت عليّ أو بما وزنته مثلاً دخل مع الثمن كل ما أنفقه على المبيع من أجره عامل وتطيين وتطيب مثلاً وغيرها مما يفعل طلباً للربح ويلزمه أن يخبره (بالعيب الذي حدث عنده) إن كان حدث (فيقول: اشتريته بعشرة) حال كونها (مثلاً) المقصود أنه يُسمَّى له العدد الذي اشترى به (لكن حدث عندي فيه العيب الفلاني) فيعيَّنه كله وكذا الذي كان فيه قبل ملكه له، وأن (يبين الأجل أيضاً) وقدره إن كان وغير ذلك مما تختلف القيم به وذلك لأن بيع المرابحة مبني على اعتماد المشتري أمانة البائع ورضاه بما رضيه لنفسه مع زيادة عليه فإذا لم يخبره بما ذكر

صادقا كان غاشا لمن وثق به وكفى بذلك خيانة فإن حصل ذلك خسر المشتري.

فروع: يجوز أن يبيع مرابحة بعض ما اشتراه صفقة ويذكر قسطه من الثمن وكذا لو اشترى قفيزي برّ مثلا فباع أحدهما مرابحة ولو اشتراه بغبن لزم الإخبار به على الأصح عند الأكثرين، ولو اشترى من مؤلّيه وجب الإخبار به لأنه يغلب في مثله النظر لجانب نفع الموليّ مروءةً أو دفعا للتهمة، والله أعلم.

هذا وقد جرت عادة القوم بذكر بيع المحاطة مع المرابحة فإذا قال: بعتك بما اشتريت به وهو كذا وحط درهم مثلا من كل عشرة يكون قد حط من كل عشرة واحدا، وعلى هذا القياس والكلام في وجوب الصدق في الإخبار بما توجه عليه وثبوت الخيار عند ثبوت الخيانة هو الذي في أختها وهو قريب فلا يُعاد.

فصل [في بيع الثمار]

بيع الثمرة وحدها على الشجرة إن كان قبل بدو صلاح لم يجز إلا بشرط القطع، وإن كان بعده جاز مطلقاً، وبدو الصلاح هو: أن يطيب أكله فيما لا يتلون، أو يأخذ بالتلوين فيما يتلون.

وإن باع الشجرة وثمرتها جاز من غير شرط القطع، والزرع الأخضر كالثمرة قبل بدو الصلاح، لا يجوز إلا بشرط القطع، وبعد اشتداد الحب يجوز مطلقاً، ولا يجوز بيع الحب في سنبله، ولا الجوز واللوز والباقلا الأخضر في القشرين.

قال المصنف رحمته:

(فصل) في بيان أحكام بيع الأصول والثمار.

(بيع الثمرة) أي جنسها (وحدها) أي منفردة عن الشجرة وهي (على الشجرة إن كان قبل بدو) أي ظهور (الصلاح) فيها (لم يجز) أي لم يصح (إلا بشرط القطع) لها، ولو كان الشجر لمشتري الثمرة فلا يجوز البيع له إلا مع شرط قطعه لكن لا يلزمه الوفاء بالشرط إذ لا يعقل تكليفه قطع ثمره عن شجره، ومحل ذلك في شجرة ثابتة في محلها، أما المقطوعة فيصح بيع ثمرها من غير شرط، وذلك لأن الآفة قد تصيبها فيذهب الثمن هباءً، وذكر في التحفة أن هذا الحكم مجمع عليه كما ذكر أن الهبة ليست كالبيع فلا يشترط الشرط فيها (وإن كان) بيع الثمرة المذكورة (بعده) أي بعد بدو صلاحها (جاز) حال كونه (مطلقاً) عن التقييد بذلك الشرط، روى الأئمة إلا الترمذي عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع»، وروى مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تباعوا الثمار حتى يبدو صلاحها»، وأخرج الشيخان عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا: ما تزهي؟ قال: «تحمّر»، وقال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبِمَ تستحل مال أخيك؟».

• ذكر المذاهب في بيع الثمار:

ذكر الزحيلي أن بيع الثمر غير بادي الصلاح بلا شرط قطعِهِ صحيح عند الحنفية غير صحيح عند الجمهور - يعني المالكية والشافعية والحنابلة - وأن بيعه بشرط القطع صحيح إجماعاً. ١.٥هـ.

وقال في بداية المجتهد فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه إلا ما روي عن الثوري، وابن أبي ليلى وهي رواية ضعيفة، وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب، وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار فجمهورهم على أنه لا يجوز مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، والليث، والثوري، وغيرهم، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك إلا أنه يلزم عنده فيه القطع... من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر.

أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر فذكر الحديث السابق... قال: فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها...

ثم ذكر ما استدل به الحنفية وهو ما ذكره أبو جعفر الطحاوي في كتابه معاني الآثار بقوله: والدليل على ذلك ما جاء عن رسول الله ﷺ فذكر حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع...» قال: فجعل النبي ﷺ في هذه الآثار ثمر النخل لبايعها إلا أن يشترط مبتاعها فتكون له باشرطه إياها ويكون بذلك مبتاعاً لها فقد أباح النبي ﷺ هنا بيع ثمرة في رؤوس النخل قبل بدو صلاحها، فدل ذلك أن المعنى المنهي عنه في الآثار الأول - يعني ما استدل بها الجمهور على المنع - خلاف هذا المعنى - أي وهو النهي عن بيع ما لم يخلق بعد كما ذكره قبل ذلك، قال هو وابن عبد البر في الاستذكار على لسانهم: لما أجاز رسول الله ﷺ للمشتري اشتراطها علمنا أنها لم تدخل في بيع الأصول، وما لم يدخل في البيع إلا بالاشتراط جاز بيعه منفرداً فدل ذلك على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وأن النهي عن بيع ما لم يبد صلاحه ليس على التحريم،

واستدلوا على ذلك بحديث زيد بن ثابت قال: كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فإذا جدّ الناس تخاصموا يقول المبتاع: قد أصاب الثمرة الدُّمان وكذا وكذا عاهاتٌ يحتجُّون بها فقال النبي ﷺ كالمشورة يشير بها عليهم: «إمّا لا فلا تتبايعوا الثمر حتى يبدو صلاحه» لكثرة خصومتهم واختلافهم.

قال أبو عمر ابن عبد البر في الاستذكار: هذا الحديث لا يجيء إلا من هذا الوجه وظاهره الانقطاع لم يسمعه أبو الزناد عن عروة... وقد ثبت عن النبي ﷺ من حديث ابن عمر، وجابر، وأنس، وأبي هريرة وغيرهم رضي الله عنهم أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فوجب القول بذلك، قال الله ﷻ: ﴿وَمَاءَ أَنْكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَكُمُ عَنْهُ فَأَنْهَوْا﴾ [الحشر: ٧]. ١. هـ.

أقول: قوله في حديث زيد بن ثابت: كالمشورة يشير بها عليهم، رأي من الراوي زيد أو غيره وليس مرفوعا، ولئن كان رأيا مصيبا فقد ورد ما يدل على تقدمه فروى الإمام أحمد من طريق خارجة بن زيد بن ثابت قال: قال زيد بن ثابت: قدّم رسول الله ﷺ المدينة ونحن نتبايع الثمار قبل بدو صلاحها فسمع رسول الله ﷺ خصومة فقال: ما هذا، فقيل له: هؤلاء ابتاعوا الثمار يقولون: أصابنا الدُّمان والقشام، فقال رسول الله ﷺ: «فلا تتبايعوها حتى يبدو صلاحها» وحديث أبي هريرة متأخر عن ذلك جدًّا لأنه أسلم عام خيبر وهي سنة سبع، وقد رواه معه أنس، وابن عمر، وهما من أصاغر الصحابة فعلى فرض كون النهي الأول على سبيل المشورة يكون النهي الجازم المسوق مساق التشريع العام ناسخا للتجوز المتقدم إن كان ويكون النهي على سبيل التدريج كما في تحريم الخمر، والله أعلم.

وأما حمل هذه الأحاديث الصحيحة على الثمرة التي لم تخلق فهو إحالة للنص النبوي عن معناه اللغوي فإن الذي فيه هو: «حتى يبدو صلاحها» وليس: حتى تظهر هي وهذا واضح لا أدنى خفاء فيه.

وأما قول الشوكاني في النيل: إنه لا دليل على صحة البيع بشرط القطع وأن العلل

المستنبطة لا تُقنَعُ فيجانب عنه بأن كون علة النهي خوف العاهة دلت عليه الأحاديث فليست مستنبطة فهو معقول المعنى وما يقطع حالاً لغرض من الأغراض لا تُخاف عليه العاهة إلا على سبيل الإمكان العقلي من قِبَلِ أن الله على كل شيء قدير، وهذا يشترك فيه ما بدا صلاحه من الثمار بل المحرز في الأوعية بل جميع العالم وملاحظة ذلك تؤدي إلى منع التباعد كلياً وهذا لا يقوله عاقل بله معارضته للشريعة ومحاولة نقض دعوى الإجماع بما نُقِلَ عن ابن أبي ليلى والثوري تُمنع بما ذكره ابن عبد البر من أن الرواية عنهما بذلك ضعيفة وأنهما على التجويز بشرط القطع ولئن صحت تلك الرواية عنهما أو عن غيرهما كَمخالفة الجمهور الكاسح لغير دليل قوي واضح ليست هيئة عند المنصفين، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(وبدو الصلاح هو أن يطيب أكله) بضمين أو بضم فسكون بمعنى المأكول فالإضافة بيانية ويصح أن يكون بفتح فسكون مصدراً قال في المختار: والأكل ثمر النخل والشجر وكل مأكول، ومنه قوله تعالى: ﴿أَكُلْهَا دَائِمًا﴾ [الرعد: ٣٥]، وذلك (فيما لا يتلون) أي يتغير لونه عند النضج ويعرف بتموهه ولينه (أو يأخذ) أي يشرع (بالتلون) كذا في نسخة الفيض بصيغة التفعّل وهو الأوفق لسابقه ولاحقه وهو قوله: (فيما يتلون) بأن يأخذ في الحمرة أو الصفرة أو السواد، والضابط في ذلك بلوغه إلى الحالة التي يطلب فيها غالباً، وذلك مأخوذ من الأحاديث ففي حديث ابن عمر تفسيره بالاحمرار والاصفرار أي مثلاً، وفي حديث جابر تفسيره بطيب الأكل، وفي حديث أنس بالأمن من العاهة، وهي متفقة المعاني.

قال الماوردي في الحاوي: واعلم أنّ بدو الصلاح يختلف بحسب اختلاف الثمار وجملتها ثمانية أقسام:

ما يكون باللون كالنخل بالاحمرار والاصفرار، والكرم بالحمرة والسواد والصفاء والبياض، فأما الفواكه المتلونة فمنها ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمش، وما يكون بالحمرة كالعناب، وما يكون بالسواد كالإجاص، وما يكون بالبياض

أما إذا بيعت الشجرة وعليها ثمر فحكم الثمر أنه إن شرط للبائع أو للمشتري عمل بالشرط سواء كان قبل التأبير أو بعده وإن سكتا عنه فإن لم يتأبر منه شيء فهو للمشتري كله وإن تأبر منه شيء فهو كله للبائع لحديث ابن عمر رضي الله عنهما في الصحيحين وغيرهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من باع نخلا قد أُبْرَتْ فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» أي المشتري ومفهومه أن غير المؤبّرة تكون للمبتاع إلا أن يشترط البائع والتأبير تشقيق الطلع وما يبرز ثمره بلا نور كتين وعنب إن برز فهو للبائع، وإلا فللمشتري لأن البروز هنا كالتشقق ثم، وإن برز بعض دون بعض فلكل حكمه، وما خرج في نور ثم سقط نوره كمشمش وتفاح ورمان يكون للمشتري ما لم يتناثر النور حال البيع فإن كان تناثر نور بعضه فكله للبائع وتشقق جوز قطن يبقى أصله ستين فأكثر كتأبير طلع النخل فيستتبع البارز المستتر وما لا يبقى أصله كذلك فإن بيع قبل تكامل قطنه اشترط شرط القطع سواء برزت الكمام أو لا كالزراع الآتي، وإن بيع بعد تكامل قطنه وتشقق كمامه صح ودخل القطن في البيع، وإلا لم يصح العقد لاستتار المقصود بما ليس من صلاحه.

قال المصنف رحمته الله:

(والزراع الأخضر) أي الناعم الغض يقال: خَضِرَ الزرع إذا نعم فهو خَضِرٌ وأخضر، وفي التنزيل: ﴿فَأَخْرَجْنَا مِنْهُ خَضِرًا نُخْرِجُ مِنْهُ حَبًّا مُتَرَاكِبًا﴾ [الأنعام: ٩٩] فالخضر هو الزرع الغض الأخضر فهو (كالثمرة قبل بدو الصلاح) ف(لا يجوز) بيعه (إلا بشرط القطع) له مع كونه منتفعا به (وبعد اشتداد الحب) منه (يجوز) بيعه (مطلقا) عن التقييد بشيء، أخرج أصحاب السنن عدا النسائي، وكذا ابن حبان، والحاكم وغيرهم من حديث أنس رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد» وصححه الترمذي وأخرجه البيهقي بلفظ: «حتى يُفْرِكَ» وعزاه في كنز العمال بنحو اللفظ الأول إلى الطحاوي، والدارقطني، وسعيد بن منصور، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه بإسناد صحيح عن الحسن قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع البر حتى يشتد في سنبله، وأخرج مسلم وغيره عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع

النخل حتى يزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة». قال البيهقي في الكبرى: وذكر السنبل في هذا الحديث مما تفرد به أيوب السخيتاني عن نافع من بين أصحابه وأيوب ثقة حجة والزيادة من مثله مقبولة، وذكر البيهقي أيضاً أن ذكر «النهي عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد» من حديث أنس: تفرد به حماد بن سلمة من بين أصحاب حميد الطويل، وبعد أن ذكر البيهقي غير ذلك أيضاً قال أخيراً: والصحيح في هذا الباب رواية أيوب ثم رواية حماد بن سلمة. ١.هـ.

قال المصنف رحمته:

(ولا يجوز بيع الحب في سنبله ولا الجوز واللوز والباقلا الأخضر) كائنات (في القشرين) عبارة المنهاج والمغني: ويشترط لبيعه أي الزرع وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود من الحب والتمر لثلا يكون بيع غائب كتين وعنب لأنهما مما لا كمام له وشعير لظهوره في سنبله، وما لا يُرى حبه كالحنطة والعدس والسمسم في السنبل: لا يصح بيعه دون سنبله لاستتاره ولا معه في الجديد لأن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه كالحنطة في تبنيها بعد الدياس... ثم قال في المغني: والقديم الجواز لأن بقاءه فيه من مصلحته، ولخبر مسلم نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحب حتى يشتد أي فيجوز ولم يفصل بين حب وحب وأجيب بحمله على الشعير ونحوه جمعاً بين الدليلين والأرز كالشعير، وقيل: كالحنطة، والذرة نوعان: بارز الحبات كالشعير وفي كمام أي غطاء كالحنطة. ١.هـ.

وورد في الروضة ما يلي: وأما ما له كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كالجوز واللوز والرمان فيجوز بيعه في القشر الأسفل، ولا يجوز في الأعلى لا على الشجر ولا على الأرض، وفي قول: يجوز في القشر الأعلى ما دام رطباً، وبيع الباقل في القشر الأعلى: فيه هذا الخلاف وادعى إمام الحرمين أن الظاهر فيه الصحة لأن الشافعي رحمته أمر أن يشتري له الباقلاء الرطب. قال النووي: قلت: المنصوص في الأم: أنه لا يصح بيعه، قال صاحب التهذيب وغيره: هو الأصح وبه قطع صاحب التنبيه. ١.هـ. وعبرة التحفة مع المنهاج: وفي قول يصح بيعه في الأعلى إن كان رطباً

لحفظه رطوبته فهو من مصلحته ورجحه كثيرون في الباقل بل نقله الروياني عن الأصحاب والأئمة الثلاثة والإجماع الفعلي عليه. انتهت.

ذكر المذاهب في بيع المستور بما هو من مصلحته:

جاء في كتاب اختلاف الأئمة العلماء المنسوب للوزير أبي المظفر الشيباني ما يلي: واختلفوا في بيع الأشياء التي يوارىها التراب من النباتات كالجزر والبصل والكرات ونحوه، فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: لا يجوز ذلك حتى يقلع ويشاهد، وقال مالك: يجوز بيع ذلك كله إذا غلظت أصوله ودلت عليه فروعه وتناهى طيبه.

واختلفوا في بيع الجوز واللوز والباقلاء في قشره الأعلى وفي بيع الحنطة في سنبلها إذا استغنت عن الماء فقال أبو حنيفة، وأحمد، ومالك: يجوز ذلك، وقال الشافعي: لا يجوز. ١. هـ. والذي في مغني الحنابلة للموفق ابن قدامة كالآتي:

فصل: ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يُقلع ويشاهد، وهذا قول الشافعي، وابن المنذر، وأصحاب الرأي وأباحه مالك، والأوزاعي، وإسحاق لأن الحاجة إليه ماسة فأشبهه ببيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا.

ولنا أنه مبيع مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبهه ببيع الحمل وأنه ﷺ نهى عن بيع الغرر رواه مسلم، وهذا غرر وأما ما لم يبد صلاحه فإنما جاز بيعه لأن الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضا.

فإن كان مما تقصد أصوله وفروعه كالبصل المبيع أخضر والكرات والفجل أو كان المقصود فروعه فالأولى جواز بيعه لأن المقصود منه ظاهر... وإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الأرض لأن الحكم للأغلب فإن تساويا لم يجز لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع.

ثم قال: ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الأخضر في قشريه، وفي شجره، وبيع الحب المشتد في سنبله... وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، وقال الشافعي: لا يجوز حتى ينزع عنه قشره الأعلى... واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة وبيع الحيوان المذبوح في سلخه.

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى

بييض ويأمن العاهة فمفهومه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وبيض سنبله، ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض... ولا يصح قولهم: ليس من مصلحته فإنه لا قوام له في شجره إلا به والباقلا يؤكل رطبا وقشره يحفظ رطوبته، ولأن الباقلا يباع في أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك إجماعا وكذلك الجوز واللوز في شجرهما والحيوان المذبوح يجوز في سلخه فإنه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح كالرمانه إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت... ا.هـ.

أقول: الأصل في المقام هو النهي عن بيع الغرر وما ورد في النصوص مذكورا باسمه داخل في ذلك فذكره من النص على بعض أفراد العام، وقد اتفق العلماء من حيث المبدأ على بطلان بيع الغرر وإنما اختلفوا في بعض الأشياء لاختلاف تقييمهم للغرر الذي فيه هل يصل إلى الحد الذي يُنهي بسببه أو لا.

قال الزحيلي: الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعا كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعا كأساس الدار وقطن الجبة، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني... [فمثلا] أجاز الحنفية بيع ما يشتمل على غرر يسير كالأشياء التي تختفي في قشرها كالجوز واللوز والفسق والباقلا الأخضر والأرز والسمسم في قشرها الأعلى والحنطة في سنبلها والبطيخ والرمان على أن يكون للمشتري خيار الرؤية... أما المالكية والحنابلة فأجازوا مطلقا كل ما فيه غرر يسير أو الذي تدعو إليه الضرورة كهذه الأشياء التي ذكرت... ثم ذكر اختلاف الشافعية في ذلك على رأيين كما مضى... ثم قال: وإنني أرجح جواز بيع هذه الأشياء مطلقا كما رأى المالكية والحنابلة لتعارف الناس هذه البيوع فإذا وجد عيب أمكن فسخ العقد بمقتضى خيار العيب. ا.هـ.

أقول: لا يتمكّن كثيرا من الفسخ فالحزم هو التحقق من قلة الغرر في الصفقة الحاضرة والبناء على ذلك فمدار الشرع على جلب المصلحة ودفع المفسدة فليركن المؤمن العادي إلى شريعته وليبين أموره على ذلك ولا يضق ذرعا باختلاف العلماء فكلهم له ناصحون.

فصل [قبضُ المبيعِ وضمانه]

المبيعُ قبل قبضه من ضمانِ البائعِ، فإن تلفَ أو أتلّفهُ البائعُ انفسخَ البيعُ، وسقطَ الثمنُ، وإن أتلّفهُ المشتري استقرَّ عليه الثمنُ، ويكونُ إتلافُهُ قبْضًا، وإن أتلّفهُ أجنبيٌّ لم يفسخْ بل يُخَيَّرُ المشتري بين أن يفسخَ فيغرم الأجنبيُّ للبائعِ القيمةَ، أو يجيزَ ويعطي الثمنَ ويغرمَ الأجنبيُّ القيمةَ.

وإذا اشترى شيئاً لم يجزُ أن يبيعه حتى يقبضَهُ، لكن للبائعِ إذا كان الثمنُ في الذمّةِ أن يستبدلَ عنه قبل قبضه، مثل أن يبيعَ بدراهمَ فيعتاضَ عنها ذهبًا، أو ثوبًا، ونحو ذلك. والقبضُ فيما يُنقلُ بالنقلِ، مثل القمحِ والشعيرِ، وفيما يُتناوَلُ باليدِ التناولُ، مثل الثوبِ والكتابِ، وفيما سواهما التخليّةُ، مثل الدارِ والأرضِ.

فلو قال البائعُ: لا أسلّمُ المبيعَ حتى أقبضَ الثمنَ، وقال المشتري: لا أسلّمُ الثمنَ حتى أقبضَ المبيعَ. فإن كان الثمنُ في الذمّةِ، ألزمَ البائعُ بالتسليمِ أولاً، ثم يلزمُ المشتري بالتسليمِ، وإن كان الثمنُ معيّنًا ألزمًا معًا، بأن يؤمرا فيسلّمَا إلى عدلٍ، ثم العدلُ يعطي لكلِّ واحدٍ حقّه.

قال المصنف رحمته:

(فصل) في أحكام العوض قبل القبض، وما هو القبض؟ ومن الذي عليه الإقباض أو لا؟

(المبيع قبل قبضه) أي قبل أن يقبضه المشتري أو نائبه (من ضمان البائع) أي مسؤوليته، فإن الضمان عند الفقهاء له إطلاقان: أخص وهو شغل ذمة أخرى بالحق، وأعم وهو الحفظ والصون الموجب تركه للغرم كما في القاموس الفقهي، والثاني هو المراد هنا، أما الأول فله باب خاص به موضوع بعد ستة أبوابٍ من هنا، وإذا كان من مسؤوليته وعهدته (فإن تلف) من غير تسببه (أو أتلّفه البائع) إظهار في محل الإضمار ولعله لمقابلة المشتري الآتي (انفسخ البيع) لفوات محله قبل استقرار يد المشتري عليه (وسقط الثمن) أي استحقاقه فيرده إلى المشتري إن كان أخذه ويتنقل ملك

المبيع قبيل تلفه إلى البائع ومثل التلف الوقوع في البحر وانفلات نحو الطير والوحشي لا غصبه وهربه ووجد البائع له فإنها مثبتة للخيار فقط كغرق الأرض بالماء ووقوع نحو صخرة لا ترفع بسهولة عليها.

فرع: لو أبرأ المشتري البائع من ضمان المبيع قبل قبضه فهل يبرأ حتى لو تلف لا يفسخ العقد ولا يسقط الثمن؟ فيه قولان: أظهرهما: أنه لا يبرأ ولا يتغير الحكم لأنه إبراء عما لم يجب، وذكر في الروضة أن في الزوائد المنفصلة الحادثة في يد البائع وجهين كالثمرة والولد واللبن والبيض... والأصح أنها للمشتري وتكون أمانة بيد البائع.

وقال ابن الوردي في البهجة:

وقبل قبضه إن الهلك طرا	أو أتلف البائعُ أو حرَّرا
في يسره باقي عبدي جزءه	قد باع يفسخ وإن أبرأه
عن الضمان المشتري وما يزد	فيه لمشتري ككسب وولد
والبيض والدر أمانة بيد	من باع كالكنز الذي العبد وجد

فقال شارحها على قولها: وما يزد فيه لمشتري: أي والزائد في المبيع قبل قبضه ككسب... إلخ للمشتري لأن التلف يرفع العقد من حينه لا من أصله... ا.هـ.

وفي حاشية البجيرمي على شرح المنهج: قوله: ينتقل الملك في المبيع... إلخ ويترتب عليه الزوائد فتكون للمشتري حيث لم يختص الخيار بالبائع ومؤنة تجهيزه على البائع... وكون الزوائد للمشتري إذا كان الخيار لهما مشكل لأنه غير مالك. ا.هـ. ومثل ما في البهجة وشرحها في الروض وشرحه، وقال في المهذب قبيل باب السلم: إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم لم يخل إما أن يكون ثمرة أو غيرها، فإن كان غير الثمرة نظرت فإن كان تلفه بأفة سماوية انفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع كما لو اضطرفا وتفرقا قبل القبض... ثم قال بعدما أطال: وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه وإن

كانت على الشجر فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض وقد بيناه، فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان: أحدهما: أنها تتلف من ضمان المشتري. والثاني: أنها تتلف من ضمان البائع لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن بعث من أخيك تمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» وروى جابر أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح. ١. هـ. وإن شاء الله نذكر المذاهب في ذلك وأدلتها بعد استيفاء الكلام على أطراف التقسيم.

قال المصنف رحمته الله:

(وإن أتلفه المشتري) أي المالك المكلف لا وكيله ولو جاهلاً به (استقر عليه الثمن ويكون إتلافه قبضاً له) أي يُعدُّ كذلك ما لم يكن لعارضٍ يُبيح إتلافه كصياله، أما غير المكلف فلا يعدُّ إتلافه قبضاً بل يفسخ العقد ويلزم بدله في ماله وعلى البائع رد ثمنه لوليه إن كان قبضه، وقد يحصل التقاضُ بينهما وإن أتلفه البائع والمشتري معاً لزم البيع في نصفه وانفسخ في نصفه ورجع المشتري بنصف الثمن ولا خيار له، وإتلاف غير المميز بأمر أحدهما ينزل منزلة إتلاف أمره وإتلاف المميز بذلك ينزل منزلة إتلاف الأجنبي الذي ذكرَ حكمه بقوله: (وإن أتلفه أجنبي) مكلف بغير حق (لم يفسخ) العقد (بل يخير المشتري) على التراخي عند حج، وعلى الفور عند م ر (بين أن يفسخ) ويسترد الثمن (ف) حينئذ (يغرم الأجنبيُّ للبائع القيمة) للمبيع (أو يجيز) العقد (ويعطي الثمن) إن لم يُعطه قبل (ويغرم) بالنصب من غرم المضعف للتعديّة إلى مفعولين وفاعله ضمير المشتري هذا هو الظاهر هنا بخلاف سابقه فإنه مضارع المجرد مرفوعاً وفاعله هو الأجنبي إذ لا ولاية للمشتري عليه حتى يعطف على ما قبله، وأما الذي هنا فمعطوف على ما قبله أي وبين أن يجيز ويُضمنَ (الأجنبيُّ) المتلفَ (القيمة) للمتلف أو مثله إن كان مثلياً، وهل له أن يرجع إلى الفسخ بعد أن أجاز؟ قال في التحفة: فيه خلاف والأوجه منه نعم. ١. هـ. أما إتلاف الأجنبي المذكور بحق كالصيال وإتلاف غير المميز من غير أمرٍ أحدٍ فكالتلف بأفة فيفسخ العقد ويسقط الثمن.

تنبيه: قول المصنف: أو يجيز وقع مثله هنا في المنهاج فقال في التحفة: يستعملها الفقهاء كثيرا في حَيِّزَ بَيْنَ بمعنى الواو لامتناع بقائها على أصلها لمنافاته لوضع بَيْنَ. ١. هـ، وفي شرح الأشموني على ألفية ابن مالك عند قولها:

وربما عاقبت الواو إذا لَمْ يُلْفِ ذُو النطقِ لِلْبَسِّ منفذا

ما يلي: وربما عاقبت أو الواو أي جاءت بمعناها إذا لم يلف ذو النطق لِلْبَسِّ منفذا أي إذا أُمنَ اللبسَ كقوله:

قوم إذا سمعوا الصريخَ رأيتهم ما بين مُلجِمٍ مُهْرِهِ أو سافعٍ

وقوله:

فظلَّ طُهارة اللحم ما بين مُنْضِجٍ صفيفَ شِواءٍ أو قَدِيرٍ مُعَجَّلٍ

وبيتُ الألفية هذا قد ورد بعينه في الكافية الشافية التي هي أصل الألفية فقال الناظم في شرحها: ثم نبهت بقولي: وربما عاقبت الواو... على أن أو قد تقع موقع الواو، وذلك إذا أُمنَ اللبسَ كقول الشاعر:

جاء الخلافة أو كانت له قدرا كما أتى ربه موسى على قدر

ثم ذكر البيتين اللذين ذكرهما الأشموني عازيا الثاني إلى امرئ القيس وبهامشه أن السافع هو الآخذ بناصية فرسه، وأن من عادة العرب أن يفعلوا ذلك عند انتظار من يجيء باللجام وأن الصفيف: ما صُفَّ على الجمر ليُشْوَى. والتقدير: ما طبخ في القَدْرِ. ١. هـ. والتقدير أو منضج قد تبيّن لنا أن لا استعمال الفقهاء أصلا فليسوا وَحَدَهُم، اللهم إلا في الإكثار وأعوذ بالله من إكثار ما لا يُفيد.

هذا وقد احترز المصنف بقوله: قبل قبض المبيع عما بعده فهو من ضمان المشتري قطعا في غير الثمر الذي على الشجر، وعلى الجديد فيه، وهذه عبارة المنهاج: ومن باع ما بدا صلاحه لزمه سقيه قبل التخلية وبعدها ويتصرف مشتريه بعدها، ولو عرض مهلك بعدها كبرد فالجديد أنه من ضمان المشتري... ولو بيع قبل صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك فأولى بكونه من ضمان المشتري. ١. هـ.

قال الخطيب على قوله: «فالجديد أنه من ضمان المشتري»: لأن التخلية كافية في جواز التصرف فكانت كافية في جواز نقل الضمان قياساً على العقار، والقديم من ضمان البائع لخبر مسلم أنه ﷺ أمر بوضع الجوائح وأجيب بحمله على النذب أو على ما قبل التخلية جمعاً بين الأدلة ثم ذكر أن محل القولين فيما إذا كان المهلك سماوياً، فإن سُرق أو غُصِب فهو من ضمان المشتري قطعاً لإمكان الحفظ والتغريم، وقيل: بطرد القولين. ومحلها أيضاً ما لم يكن بسبب ترك البائع السقي وإلا فالمذهب القطع بأنهما من ضمان البائع وما إذا باع الثمرة دون الشجرة وإلا فهي من ضمان المشتري قطعاً، وما إذا باع الثمر من غير مالك الشجر وإلا فهي من ضمانه قطعاً لانقطاع العلائق بينهما ولو عرض المهلك بعد إمكان الجذاذ فكذلك في أشبه القولين عند الرافعي ولو تعيب بالجائحة فلا خيار للمشتري على الجديد. ١.١.هـ.

وعبارة الروضة: ثم المشتري يتسلط على التصرف في الثمرة بعد تخلية البائع بينه وبينها من كل وجه فإن عرضت جائحة من حر أو برد أو جراد أو حريق أو نحوها قبل التخلية فهي من ضمان البائع فإن تلف جميع الثمار انفسخ البيع، وإن تلف بعضها انفسخ فيه وفي الباقي قولاً التفريق.

وإن عرضت بعدها فإن كان باعها بعد بُدِّو الصلاح فقولان: الجديد: الأظهر أن الجوائح من ضمان المشتري. والقديم: أنها من ضمان البائع ولا فرق على القولين بين أن يشرط القطع أو لا. ١.١.هـ.

أقول: قد علق الإمام الشافعي في الأم والمختصر - وهما من الجديد - القول بوضع الجوائح على صحة الخبر به، لكن عبارة الأم طويلة فهناك عبارة المختصر: قال الشافعي رحمته: ولا يرجع من اشترى الثمرة وسُلِّمَتْ إليه بالجائحة على البائع ولو لم يكن سفیان - يعني ابن عيينة - وهن حديثه في الجائحة لَصِرَتْ إليه فإني سمعته منه ولا يذكر الجائحة ثم ذكرها... إلخ. وإن أردت المزيد فارجع إلى الأم. هذا وكل ما قلناه في المبيع يقال في الثمن أو هو يشمل على ما مضى.

• ذكر المذاهب في وضع جائحة الثمر:

قد ذكرنا مذهب الشافعية في ذلك آنفاً. قال ابن حزم في المحلى: كل بيع صح وتم فهلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع ولا رجوع له على البائع وكذلك كل ما عَرَض فيه من عيب أو نقص أو كان عبداً أو أمة فجن أو برِص أو جُذِم إثر تمام البيع فما بعد ذلك أو كان ثمرًا قد حل بيعه فأُجِیح كله أو أكثره أو أقله فكل ذلك من المبتاع ولا رجوع له على البائع بشيء، قال: وهو قول أبي سليمان [داود] والشافعي وأصحابهما، وقال أبو حنيفة: على البائع تسليم ما باع فإن هلك قبل أن يسلمه فمصيبته من البائع - أقول: هذا قول الشافعية أيضاً - قال: وقال مالك بقولنا إلا في الرقيق والثمار خاصة وبعد ذكر تفاصيل قول المالكية في الرقيق قال: وأما الثمار فمن باع ثمرة أي ثمرة كانت بعد أن يحل بيعها والمقائي فإذا أُجِیح من ذلك الثلث فصاعداً رجع بذلك على البائع، فإن أُجِیح ما دون الثلث بما قل أو كثر فهو من مصيبة المشتري ولا رجوع له على البائع، قال: فإن كان بقلاً فأصابته جائحة قلت أو كثرت فإنه يرجع بذلك على البائع، واختلف قوله في الموز... ثم قال بعد ما أطال: وقولنا في هذا هو قول أبي حنيفة، وسفيان الثوري، وأحد قولي الشافعي وقول جمهور السلف، ثم حكى عن أبي بكر بن سهل بن حنيف أن أهل بيته كانوا يُلزِمون المشتري الجائحة، وحكى عن الليث بن سعد أنه قال: بلغني عن عثمان بن عفان أنه قضى بالجائحة على المشتري، قال: وذهب أحمد بن حنبل، وأبو عبيد، والشافعي في أول قوله إلى حط الجائحة في الثمار عن المشتري قلت أو كثرت، وهذا قول له متعلقٌ بأثر صحيح. وعبارة مختصر خليل من كتب المالكية وتوضع جائحة الثمار عن المشتري كالموز والمقائي وإن بيعت على الجذِّ وأجِحت في مدة تُجَدُّ فيها عادة أو بعدها، وقد منع مانع من جذِّها... إن بلغت ثلث المكيلة... وبقيت لِيَتَّهِي طيها وأفردت بالشراء عن أصلها... إلخ، وذكر الشارح أن الراجح عدم اشتراط الشرط الثاني. ا.هـ. بأدنى زيادة من الشرح الكبير.

الاستدلال:

استدل القائلون بوضع الجائحة مطلقا بحديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، وفي رواية قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن بعث من أخيك تمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا لِمَ تأخذُ مالَ أخيك بغير حق» رواهما مسلم، وفي رواية لأبي داود: «من باع تمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا علام يأخذُ أحدكم مال أخيه المسلم» قال صاحب المغني من الحنابلة: وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه إلى غيره. ١.هـ.

واستدل الماوردي في الحاوي للقول الجديد بحديث مالك عن حميد الطويل عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تُزهى قيل: وما تُزهى قال: «حتى تحمر»، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبِمَ يأخذ أحدكم مال أخيه؟» قال: فموضع الدلالة منه هو أنه لو كانت الجائحة مضمونة على البائع لما استضر المشتري بالجائحة قبل بدو الصلاح ولما كان لنهيه عنه حفظا لمال المشتري وجَهْ، لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع على البائع... واستدل أيضًا بحديث أبي سعيد رضي الله عنه أن رجلا اشترى تمرا فأصيب فيها فكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه» فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» فلو أن الجوائح مضمونة للمشتري لما أحوجه إلى الصدقة وجعل لغرمائه ما وجدوه، ولكن يجعلها مضمونة على بائعها ويضعها عن المشتري.. إلخ ما ذكره.

قال في بداية المجتهد: فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة: يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا: ويشهد لذلك حديث زيد بن ثابت - يعني السابق - وقال من أجازها: في حديث أبي سعيد يمكن أن يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو يكون المقدار الذي أصيب من الثمر

مقدارا لا يلزم فيه جائحة أو يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجداد أو بعد الطيب... إلخ.

هذا وقد اعتذر الإمام الشافعي عن الأخذ بحديث جابر في وضع الجوائح بأن شيخه فيه سفيان بن عيينة شك في وجود لفظ في الحديث مع جزمه بأن فيه الأمر بوضعها فجوز الشافعي أن يكون اللفظ الذي لم يحفظه سفيان دالاً على أن الأمر على سبيل الندب والإرفاق لا على سبيل الإيجاب، وقال: ولو لم يكن سفيان وهن حديثه بما وصفتُ وثبتت السنة بوضع الجائحة وضعتُ كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جنابةٍ أحدٍ عليه فأمّا أن يُوضع الثلث فصاعداً ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبرٌ ولا قياسٌ ولا معقول، وقال أيضاً: وهذا مما أستخير الله فيه وبعد أن استدل بحديث أنس أ رأيت إن منع الله الثمرة... إلخ لِمَنع الوضع على الوجه الذي ذكره الماوردي فيه أتبعه بقوله: ولو ثبت الحديث في وضع الجائحة لم يكن في هذا حجة وأمضي الحديث على وجهه. ١. هـ. من الأم في مواضع متقاربة، وقال ذلك مع أنه روى عن سفيان أيضاً حديث أبي الزبير عن جابر إلا أنه لم يعأ به كأنه لعدم ثقته بأبي الزبير فإن في التهذيب أن الشافعي قال: أبو الزبير يحتاج إلى دعامة لكن الدعامة قائمة هنا وهي رواية سليمان بن عتيق عن جابر على أن النسائي - وهو متشددٌ - قال فيه: ثقة، وكذا ابن معين في رواية عنه، فأما رواية سليمان بن عتيق عن جابر أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، وفي رواية رفع الجوائح فأخرجها عن ابن عيينة عنه الحميدي، وأحمد بن حنبل، ورواها يحيى بن معين عند أبي داود، والدارقطني، وبشر بن الحكم، وإبراهيم بن دينار، وعبد الجبار بن العلاء عند مسلم، ومحمد بن عبد الله بن يزيد عند النسائي في الكبرى من غير شك، وأما رواية أبي الزبير فرواها الحميدي عن سفيان بن عيينة عنه بلفظ أن رسول الله ﷺ ذكر وضع الجوائح بشيء قال سفيان: لا أحفظه إلا أنه ذكر وضعها ولا أحفظ كم ذلك الوضع ففي هذه الرواية أنه إنما نسي قدر الموضوع لا أصل الأمر بالوضع، والحميدي قال فيه أبو حاتم: هو أثبت الناس في حديث ابن عيينة وهو رئيسهم وهو ثقةٌ إمامٌ، على أني أقول: إن هذا

اللفظ لو ثبت من غير شك فيه لم يدل وحده على الإيجاب، وإنما يدل عليه هو اللفظ الذي رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً وهو: «إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق»، وفي رواية: «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً...»، وفي رواية عند الدارقطني: «من ابتاع ثمراً فأصابته جائحة فلا تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق» رَوَى هذه الألفاظ عن ابن جريج يحيى بن سعيد عند الحاكم، وابن وهب، وأبو عاصم، وأبو ضمرة عند مسلم والأولان عند أبي داود، وثور بن يزيد عند النسائي، وابن ماجه وهو وحجاج عند النسائي، وعثمان بن عمر عند الدارمي، والدارقطني فهؤلاء سبعة حفاظ رووا اللفظ الدال على الوجوب، وإذا لم يكن مثل هذا الحديث صحيحاً فماذا يكونه؟.

وأما حديث أنس: «أرأيت إن منع الله الثمرة...» فقد استصوب الحفاظ أنه من كلام أنس لا من كلام النبي ﷺ، فذكر الدارقطني في العلل أن مالكا تفرد به إلا أن محمد بن عباد روى عن الدراوردي رَفَعَهُ لكن خالفه إبراهيم بن حمزة، ويحيى بن سليمان عن الدراوردي فجعله من قول أنس قال: وكذلك رواه إسماعيل بن جعفر، وبشر بن المفضل، وأبو خالد الأحمر، ومعتمر بن سليمان، وعبيدة بن حميد، وسفيان ابن حبيب، ويحيى بن أيوب، ومروان بن معاوية، ويزيد بن هارون جعلوا آخر الحديث - وهو أرأيت... إلخ - من قول أنس وهو الصواب. ا.هـ. وكذلك ذكر الخطيب في كتابه الفصل للوصل فجزم بأنه من قول أنس وبَسَطَ في ذلك وذكر الحافظ ابن حجر في الفتح أن غير واحد من الحفاظ جزموا بأن محمد بن عباد أخطأ على الدراوردي في رفع ذلك القدر وهو أي الحافظ، وإن مال في الفتح أخيراً إلى تجويز كونه مرفوعاً لكون الرفع زيادة من ثقة جريا على القاعدة المشهورة أن زيادة الثقة مقبولة فقد تراجع عن ذلك في التلخيص وقال: وقد بيَّنتُ في المَدْرَج أن هذه الجملة موقوفة من قول أنس، وأن رفعها وهم وبياتها عند مسلم. ا.هـ. على أنه الآن من لهجته في الدراية فقال: وقد قيل: إن قوله: أرأيت... إلخ مدرج من قول أنس. ا.هـ.

ذكر ذلك في السَّلَمِ منها.

وأنا أقول: هَبْ أنه مرفوع فإنما الذي فيه منع الله من الإثم لا إصابة الجائحة بعد الإثم وبدوّ الصلاح بدليل رواية: «إن لم يثمرها الله» عند مسلم، والذي في حديث جابر هو إصابة الجائحة لما بيع بعد بدوّ الصلاح لترتيبه على حصول البيع وهو إنما ينصرف لوقوعه في كلام الشارع إلى الشرعي وهو الصحيح أي الموافق للشرع فقوله: رأيت.. إلخ بيان لحكمة النهي عن البيع قبل بدو الصلاح وعلته كونه من بيوع الغرر ووجود تلك الحكمة في النهي عن أخذ الثمن بعد إصابة الجائحة لا يدل على اتحاد البابين، والقول بأن مال المشتري محفوظ في الحالين مُسَلَّم وحفظ المال أحد الكليات الخمسة التي اتفقت عليها الشرائع السماوية لكن كون الوسيلة واحدة، ممنوعٌ بأنه ليس في حديث أنس رجوع المشتري على البائع وكيف يكون ذلك وهو قد أقدم على عقد منهي عنه في اشترائه ما لم يبد صلاحه فهو إن علم النهي عاصٍ بفعله فلا يعان على تكرار المعصية بتشريع الرجوع له على البائع، وإن لم يعلم فهو مقصر بترك السؤال عن حكم الشرع قبل الإقدام على الفعل بخلاف من ابتاع ما بدا صلاحه فإنه فعل ما أباحه الشرع له ثم طرأ عليه بلاء لم يتسبب فيه فمن المعقول أن يساعده الشرع بوضع ما وجب عليه فيما لم ينل منه شيئاً كما ساعد الفقراء المعدمين بإيجاب نفقاتهم ومؤنهم على الموسرين وساعد قاتل الخطأ بإيجاب الدية على عاقِلَتِهِ وما إسعاف المضرور ببدع من تشريع اللطيف الخبير مع أن المشتري في عقد يصير بائعاً في صفقة أخرى فليس في وضع الجائحة نفع طرفٍ على حساب طرفٍ آخر دائماً فيما أرى.

أقول: هذا بعد ثبوت الأمر بوضع الجوائح تقريباً لفهمه وإلا فالذي علينا أن نقول:

سمعنا وأطعنا.

وأما الذي في حديث أبي سعيد فهو واقعة حال تكتنفها احتمالات، ومن الأقوال المأثورة عن الإمام الشافعي: وقائع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال وسقط بها الاستدلال، ولو سُلم أنه يدل على منع الوضع وصير إلى الترجيح

بينه وبين حديث جابر فلحديث جابر هذا مرجحات منها كونه مسوقا مساق التشريع العام، ومنها كونه حاضرا، ومنها كونه صريحا في بابه، ومنها كونه مخالفا للأصل العام في البيوع وفي تحريم مال المسلم بالنسبة للبائع إلى غير ذلك مما يستخرجه النظر، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(وإذا اشتري شيئا لم يجز) ولم يصح (أن يبيعه حتى يقبضه) ولو بإذن البائع أوله ومثل البيع غيره من التصرفات وذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه» متفق عليه، وعن حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «إذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه» عزاه في المنتقى إلى أحمد وعزاه في التلخيص بلفظ: «لا تبع ما ليس عندك» إلى أحمد وأصحاب السنن، وابن حبان في صحيحه وفي المجتبى عن حكيم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تبع طعاما حتى تشتريه وتستوفيه» وفي الباب عن ابن عباس أيضا، وعبد الله بن عمرو رضي الله عنه، والثن كالمبيع في ذلك (لكن للبائع إذا كان الثمن في الذمة) أي ذمة المشتري بمعنى أنه كان غير معين (أن يستبدل عنه) غيره (قبل قبضه مثل أن يبيع بدراهم فيعتاض عنها ذهبا أو ثوبا أو نحو ذلك) بالجر عطفًا على ما أضيف إليه مثل أو بالنصب عطفًا على ذهبا ونحو البيع الإجارة والإصداق والإشراك وغيرها ومثل اعتياض الذهب أو الثوب عن الدراهم اعتياض الدراهم عنهما واعتياض الفلوس عنها أو عن الأوراق واعتياض بعض الأوراق عن بعض واعتياض الأمتعة عنها والعكس فمثل واقعة على شيء ونحو واقعة على شيء آخر، والله أعلم، ويشترط عند اتفاق العوضين في علة الربا قبض العوض قبل التفرق.

ثم ذكر المصنف ما يحصل به القبض الشرعي فقال: (والقبض) كائنا (فيما ينقل) من مكان إلى آخر هو (النقل) إلى محل لا يختص به البائع أو يختص به لكن أذن فيه، روى الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا نشترى الطعام جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى نقله من مكانه ويقاس على الطعام غيره، وعن زيد بن ثابت

أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم عزاه في التلخيص إلى الحاكم، وابن حبان، وأبي داود، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: رأيت أصحاب الطعام يُضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعاما مجازفة فباعوه قبل أن يُؤوؤه إلى رحالهم. رواه ابن حبان، والمراد بالنقل تحويل المشتري أو نائبه إلى محل آخر مع تفرغ نحو السيارة من متاع لغير المشتري، ومثل التحويل الركوب على الحيوان والجلوس على الفراش بإذن البائع فيهما ويشترط في المقبوض الحاضر رؤيته ولو حمل المنقول ومشى به إلى محل آخر ولم يضعه حصل القبض على ما رجحه الشيراملسي خلافا لما مال إليه غيره من اشتراط الوضع ومثل المصنف للمنقول بقوله: (مثل القمح والشعير) والحيوان والخشب وغيرها.

(و) القبض (فيما يتناول باليد) لخفته (التناول مثل الثوب والكتاب) وأي متاع خفيف ومثله وضع البائع أو نائبه له بين يدي من له القبض.

(و) القبض (فيما سواهما) أي سوى المنقول والمتناول وهو العقار وما ألحق به ولو عبر به كان أوضح (التخلية) بين القابض وبينه مع تفرغه من ملك غير المبتاع وذلك (مثل الدار والأرض).

وعبارة المنهج وشرحه: وقبض غير منقول من أرض وضياع وشجر وثمره مبيعة عليها قبل أوان الجذاذ بتخليته لمشتري بأن يُمكنه منه البائع ويُسلمه المفتاح وتفرغه من متاع غيره أي غير المشتري نظرا للعرف في ذلك لعدم ما يضبطه شرعا أو لغة فإن جمع الأمتعة التي في الدار المبيعة بمحل منها وخلق بين المشتري وبينها فما سوى المحل مقبوض فإن نقل الأمتعة إلى محل آخر منها حصل قبض الجميع.

تنبيه: العقار ما له أصل وقرار مثل الأرض والدار قاله صاحب التعريفات، وعبارة المعجم الوسيط: العقار كل ملك ثابت له أصل كالأرض والدار... والعقار الحر: ما كان خالص الملكية يأتي بدخل سنوي دائم يُسمى ريعا.

فرع: يشترط في قبض ما يبيع على التقدير مثل بعتك هذه الصبرة كل صاع بكذا أو بعتكها بعشرة على أنها عشرة مثلا، الاستيفاء بما يُحدّد به من كيل أو وزن أو عدد فإن اتفقا على من يتولى ذلك فهو وإلا نصّب الحاكم أمينا يتولاه فلو قبض جزافا لم

يصح القبض لكن يدخل في ضمانه.

ثم لكل من البائع والمشتري حسب ما عنده ليقبض مقابله إذا كان يخاف فوته وإلا (فلو) تنازعا في مجرد الابتداء ف(قال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع) نَظَرْنَا (فإن كان الثمن في الذمة) أي غير معين (الزَمَ البائعُ) لِمَالِ نَفْسِهِ (بالتسليم أو لا) لرضاه ببقاء حقه في ذمة المشتري (ثم) أي بعد تسليمه للمبيع (يُلزِمُ المشتري بالتسليم) للثمن إن كان حاضرا بالمجلس. أما البائع لِمَالِ غَيْرِهِ بولاية أو وكالة فلا يجوز له التسليم أو لا فضلا عن أن يجبر عليه.

(وإن كان الثمن معينا الزمنا) بالبناء للمفعول هنا كسابقه ولا حقه أي ألزمهما الحاكم أو نائبه (معا) أي في آن واحد (بأن يؤمرا فيسَلِّما) أي يسلم كلُّ منهما ما بيده (إلى) الحاكم أو منصوبه أو (عدل) آخر ليس طرفًا في النزاع (ثم العدل) أي مَنْ سلّمناه ممن ذُكِرَ (يعطي لكل واحد) منهما (حقه) أي يعطي المشتري المبيعَ والبائعَ الثمنَ ويبدأ بأيهما شاء كما لو كان لكل عند الآخر وديعة وتنازعا كذلك.

فرع: لكل من البائع والمشتري إذا سلم ما عنده أن يستقلّ بقبض ما عند الآخر وكذا للمشتري أن يستقل بقبض المبيع إذا كان الثمن مؤجلا لرضي البائع بتأخيره.

تنبيه: قلنا: إذا سلم البائع ألزم المشتري بتسليم الثمن إن كان حاضرا فإن لم يكنه وغاب إلى مسافة القصر فللبائع الفسخ وأخذ المبيع ولا يكلف الصبر إلى إحضاره فإن اختار الصبر أو كان المال بدون مسافة القصر حَجَرَ الحَاكِمُ على المشتري في أمواله كلها حتى يسلم الثمن لئلا يتصرف فيها بما يبطل حق البائع، ويسمى هذا الحجرُ بالحجر الغريب، وذلك - كما قلنا - إذا كان موسرا بالثمن وإلا حجر عليه حجر الفلّس الآتي في باب مستقل، وخير البائع بين الفسخ وأخذ المبيع بعينه وبين محاصّة الغرماء بقدر دينه كما يأتي وإنما يحجر عليه إذا لم يكن محجورا عليه من قبل وإلا فلا حجر يُزاد.

فصل [اختلاف المتبايعين في كيفية العقد]

إذا اتفقا على صحّة العقد واختلفا في كفيته، بأن قال البائع: بعْتُكَ بحال، فقال: بل بمؤجل، أو بعْتُكَ بعشرة، فقال: بل بخمسة، أو بعْتُكَ بشرط الخيار، فقال: بل بلا خيار، وما أشبه ذلك، ولم يكن ثمّ بينة، تحالفا، فيبدأ البائع فيقول: والله ما بعْتُكَ بكذا، ولقد بعْتُكَ بكذا. ثمّ يقول المشتري: والله ما اشتريتُ بكذا ولقد اشتريتُ بكذا، وهي يمينٌ واحدة، يجمعُ فيها بين نفي قول صاحبه وإثبات قوله، ويقدمُ النفي، فإذا تحالفا، فإن تراضيا بعد ذلك فلا فسح للعقد، وإلا فيفسخانه، أو أحدهما، أو الحاكم.

فلو ادعى أحدهما شيئاً يقتضي أنّ البيع وقع فاسداً وكذبه الآخر، صدّق مدعي الصحّة بيمينه، ولو جاءه بمعيب ليرده، فقال البائع: ليس هو الذي بعْتُكَ، صدّق البائع بيمينه، ولو اختلفا في عيبٍ يمكن حدوثه عند المشتري، فقال البائع: حدث عندك، وقال المشتري: بل كان عندك، صدّق البائع بيمينه.

هذا ثم شرع المصنف يتكلم على حكم اختلاف مسؤولي العقد فقال رحمته:
(فصل) في أحكام اختلاف المتبايعين (إذا اتفقا) أي المسئولان مالكين كانا أو وليين أو نائبين أو أحدهما من نوع والآخر من غيره والإضمار لفهمهما من المقام فإذا اتفقا (على صحّة العقد) لاستجماعه مُعتبراته شرعا (و) لكن (اختلفا في كفيته) أي صفته وهيئته، وفي المعجم الوسيط أن الكيفية مصدر صناعي من لفظ كيف...
وحكى في تاج العروس ذلك عن الزجاج وفيه نظر والذي يبدو لي أن الصفة نسبت إلى كيف إذ يسألها عنها فقليل لها: كيفية، والله أعلم.

وصور المصنف الاختلاف فيها بقوله: (بأن قال البائع: بعْتُكَ) المبيع (ب) ثمن (حال فقال) المشتري: (بل) بعْتنيه (بمؤجل أو) قال البائع - بعْتُكَ بعشرة فقال المشتري لا بل بعْتني واشتريت بخمسة مثلا أو قال البائع: (بعْتُكَ بشرط الخيار

فقال: المشتري (بل) عقَدنا (بلا خيار وما أشبه ذلك) ما معطوفة - في تقديري - على مدخول باء التصوير أي وبما أشبه ذلك المذكور من الاختلافات كالاختلاف في جنس الثمن أو نوعه أو قدر الأجل أو شرط الرهن أو الكفيل وكالاختلاف حول المبيع بمثل ذلك، ومثل البيع غيره من عقود المعاوضة... وظاهر كون ما يدعى كل منهما أنفع لجهته مما يدعيه الآخر فإذا حصل ذلك (ولم يكن ثم بينة) يحكم بها بأن لم توجد أصلاً أو تعارضت (تحالفاً) عند الحاكم أو المحكم لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، وفي الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» ورواه البيهقي بلفظ: «واليمين على من أنكر» وفي الباب عن عمر وأبي هريرة، وعبد الله بن عمرو، وعمران بن حصين، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

(فيبدأ) ندبا (البائع) ومن في معناه لأن جانبه أقوى إذا كان المبيع معيناً والثمن في الذمة وإلا استوى الجانبان فيتخير المحلّف فيمن يبدأ به (فيقول البائع) مثلاً (والله ما بعتك بكذا) ولقد بعتك بكذا، مثلاً (ثم يقول المشتري) ونحوه: (والله ما اشتريت) أو شبهه (بكذا ولقد اشتريت) منك (بكذا) أو نحو ذلك (وهي) أي الصيغة في كلا الجانبين (يمين واحدة يجمع فيها بين نفي قول صاحبه وإثبات قوله) هو (ويقدم النفي) لأنه الأصل ويكون للإثبات بعده فائدة إذ لو قدم لكان النفي بعده لمجرد التوكيد لفهم النفي من الإثبات، ثم الأوجه أن لا اكتفاء بقوله مثلاً: والله ما بعته بكذا والله ما اشتريت إلا بكذا لأن الأيمان لا يكتفي فيها بالمفهوم، والإثبات في ذلك مفهوم على الأصح في الأصول، وإن قيل: إنه منطوق صريح كما لم يكف الإثبات وحده لأنه يلزمه النفي لعدم الاكتفاء باللازم (فإذا تحالفاً) كذلك نظرت (فإن تراضيا بعد ذلك) على شيء فذاك لهما (فلا فسخ للعقد).

وعبارة المنهج وشرحه: ثم بعد تحالفهما إن أعرضوا عن الخصومة أو تراضيا بما قاله أحدهما فظاهر بقاء العقد وإلا فإن سمح أحدهما للآخر بما ادعاه أجبر الآخر. ١. هـ. أي على بقاء العقد كما في حاشية البجيرمي عليه.

وخرج بقول المصنف: اتفقا ما إذا اختلفا في صحة العقد ولم تثبت بحلف مدعيها كما يأتي فلا تحالف وبقوله: ولا بينة... ما إذا وجدت فيحكم لصاحبها فإن نكلا في صورة المتن عن اليمين ولو على النفي فقط وقف أمرهما إلى أن يتفقا على شيء، وإن نكل أحدهما قُضي للحالف كما في سائر الدعاوى.

قال المصنف رحمته:

(وإلا) يتراضيا (ف)هما (يفسخانه أو) يفسخه (أحدهما) لأنه لاستدراك الظلامة فأشبه الفسخ بالعيب (أو) يفسخه (الحاكم) لهما لقطع النزاع وينفذ فسخه وفسخُ الصادق منهما ظاهرا وباطنا وفسخُ الكاذب وحده ظاهرا فقط فيفسخ الصادق بعده ليتحقق الملك له فيما عاد إليه فإن لم يفعل فهو ظافر بمال من له عليه حق فيتملكه إن كان من جنسه وإلا باعه واستوفى حقه منه.

قال المصنف رحمته:

(فلو ادعى أحدهما شيئا يقتضي أن البيع وقع فاسدا) مثل أن يقول: بعثك بألف وزق خمر فيقول: بل بألف فقط أو يقول: شرطنا شرطا مفسدا، ويقول الآخر: لا ولا بينة (صدق مدعي الصحة) بيمينه لأنه منكر ولا اعتضاده بأصل النفي والسلامة من المفسد فإذا قال مثلا: بعثك بألف فقال: بل بخمسائة وكلب مثلا وحلف البائع صدقناه وبقي النزاع في قدر الثمن فيتحالفان عليه كما سبق آنفا.

(ولو جاءه) المشتري (بمعيب ليرده) بعينه (فقال البائع: ليس) هذا (هو الذي بعثته) وسلمته إليك (صدق البائع) لأن الأصل السلامة وبقاء العقد بخلاف السلم إذا أتى المسلم إليه بمال فقال المسلم ليس هذا على الوصف الذي أسلمت إليك به فالأصح أن القول قول المسلم مع كونه في مقام المشتري وفارق البيع بأن اشتغال ذمة المسلم إليه متفق عليه دون البراءة، أما في البيع فقد اتفقا على قبض المعقود عليه وتنازعا في سبب الفسخ والأصل بقاء العقد ومثله النزاع في الثمن غير المعين فالمصدق هو الدافع بيمينه في نفي ما يوجب رد المدفوع.

(ولو اختلفا في عيب يمكن حدوثه عند المشتري) كالبائع مثل المرض (فقال

البائع: حدث عندك) فلا تردّه عليّ (وقال المشتري: بل كان عندك) فأرد به المبيع (صدق البائع) يمينه على حسب جوابه فإن أجاب بقوله: ما بعته أو ما أقبضته إلا سليما حلف على ذلك ولا يكفيه أن يقول: والله لقد بعته وأنا لا أعلم به هذا العيب، مثلا، وإن أجاب قائلا: لا تستحق الرد عليّ بهذا العيب مثلا كفاه الحلف على ذلك، ولا يكلف التعرض لعدم العيب يوم القبض لإمكان أنه أقبضه راضيا به ثم أراد رده عليه ولو نطق بذلك كُلف البينة عليه.

فروع: لو رد المشتري المبيع بعيب أو إقالة وتخالفا في قدر الثمن ولا بينة حلف البائع وصدق لأنه غارم، ولو اشترى شيئين فتلف أحدهما ورد الباقي بعيب واختلفا في قيمة التالف فالقول قول البائع في الأظهر لأنه ملك الثمن فلا يزال ملكه إلا عمّا يُقَرُّ به ولو باع شخص شيئا ومات بعد إقباضه ثم ظهر أنه كان لابنه مثلا فادعى الابن أنه باعه لنفسه متعديا، وقال المشتري: بل باعه لحاجتك في صغرك فأقر بالصغر ونفى الحاجة والمصلحة صدق المشتري لأن الأب نائب الشرع فلا يتهم إلا بحجة كما لو قال لو كي له مثل ذلك فالقول قول المشتري من الوكيل أن الوكيل باعه منه للموكل، والله أعلم. وهذه الفروع في الروضة.

بابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ هو بيعٌ موصوفٍ في الذمة، ويُشترطُ فيه مع شروطِ البيعِ أمورٌ:
أحدها: قبضُ الثمنِ في المجلسِ، وتكفي رؤيةُ الثمنِ وإن لم يُعرف قدرُهُ.
والثاني: كونُ المُسَلَّمِ فيه دينًا، ويجوزُ حالًا، ومؤجلًا إلى أجلٍ معلومٍ، فلو قال:
أَسَلَمْتُ إِلَيْكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ فِي هَذَا الْعَبْدِ لَمْ يَجْزُ.
الثالثُ: إذا أسَلَمَ في موضعٍ لا يصلحُ للتسليمِ مثلَ البريةِ، أو يصلحُ لكن نُقله
إليه مؤنَّةً، اشترطَ بيانُ موضعِ التسليمِ.

وشروطُ المُسَلَّمِ فيه:

- ١ - كونهُ معلومٌ القدرِ كميًّا أو وزنًا أو عددًا أو دَرَعًا، بمقدارٍ معلومٍ، فلو قال:
زِنَةُ هَذِهِ الصَّخْرَةِ، أو مِلءَ هَذَا الزَّنْبِيلِ، ولا يُعرفُ وزنها، ولا ما يسعُ
الزَّنْبِيلُ لَمْ يَصَحَّ.
- ٢ - أن يكونَ مقدورًا عليه عندَ وجوبِ التسليمِ، مأمونَ الانقطاعِ، فإن كانَ عزيزَ
الوجودِ، كجاريةٍ وبتنها، أو لا يُؤمَّنُ انقطاعُهُ كثمرةِ نخلةٍ بعينها، لَمْ يَجْزُ.
- ٣ - أن يمكنَ ضبطُهُ بالصفاتِ، كالأدقَّةِ، والمائعاتِ، والحيوانِ، واللحمِ،
والقطنِ، والحديدِ، والأحجارِ، والأخشابِ، ونحوِ ذلك.
فِيشترطُ ضبطُهُ بالصفاتِ التي يختلفُ بها الغرضُ، فيقولُ مثلًا: أسَلَمْتُ إِلَيْكَ فِي
عَبْدٍ تَرْكِيٍّ، أبيضٍ، رباعيِّ السنِّ، طولُهُ وسمنُهُ كذا، ونحوِ ذلك.
فلا يجوزُ في الجواهرِ، والمختلطاتِ كالهريسةِ والغاليةِ والخفافِ، وكذا ما
اختلفَ أعلاهُ وأسفلُهُ كمنارةٍ وإبريقٍ، أو ما دخلتهُ نارٌ قويةٌ كالخبزِ والشواءِ، إذ لا
يمكنُ ضبطُ ذلكَ بالصفةِ.
ولا يجوزُ بيعُ المُسَلَّمِ فيه قبلَ قبضه، ولا الاستبدالُ عنه، وإذا أحضره مثل ما
شَرَطَ، أو أجودَ، وجبَ قبولُهُ.

قال المصنف رحمته :

(باب السلم)

ويقال له: السلف وهما بفتحيتين اسما مصدرين لِأَسْلَمَ وَسَلَّم وأسلف وسلّف، ولا يخفى جوارُ الميم والفاء. وَرَدَ فِي الْقَامُوسِ وَشَرْحِهِ مَا يَلِي: وَالسَّلْمُ بِالتَّحْرِيكِ السَّلْفُ وَقَدْ أَسْلَمَ وَأَسْلَفَ بِمَعْنَى وَاحِدٍ، وَفِي حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يُقَالَ: السَّلْمُ بِمَعْنَى السَّلْفِ، وَيَقُولُ: الْإِسْلَامُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ كَأَنَّهُ ضَنَّ بِالْأَسْمِ الَّذِي هُوَ مَوْضِعُ الطَّاعَةِ وَالْإِنْقِيَادِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ عَنْ أَنْ يُسَمَّى بِهِ غَيْرِهِ، وَأَنْ يَسْتَعْمَلَ فِي غَيْرِ طَاعَةِ اللَّهِ... قَالَ ابْنُ الْأَثِيرِ: وَهَذَا مِنَ الْإِحْلَاصِ بِأَبِ لَطِيفِ الْمَسْلُوكِ ١٠١ هـ. وَقَوْلُ الْمَاورِدِيِّ فِي الْحَاوِي: إِنَّ السَّلْمَ لُغَةٌ حِجَازِيَّةٌ وَالسَّلْفُ لُغَةٌ عِرَاقِيَّةٌ: يَرُدُّهُ كَثْرَةُ السَّلْفِ فِي الْحَدِيثِ النَّبَوِيِّ وَكَلَامِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ كَالصَّحَابَةِ كَثْرَةً لَا تُحْصَى دُونَ السَّلْمِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قالوا: والأصل في هذا الباب الكتاب والسنة والإجماع في الجملة إلا ما حكي عن ابن المسيب، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِدِينِنَا إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتُمُوهُ...﴾ [البقرة: ٢٨٢] فعن ابن عباس أنه قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه ثم قرأ هذه الآية، ويدل عليه من نفس الآية قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُوهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُمُوهَا﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال الماوردي: وهذا في البيع الناجز فدل أن ما قبله في الموصوف غير الناجز، وأما السنة فأخرج الجماعة عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» وعن عبد الرحمن بن أبيزي، وابن أبي أوفى رضي الله عنه قالوا: كُنَّا نَسْلِفُ عَلَىٰ عَهْدِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، وَأَبِي بَكْرٍ، وَعَمْرٍ فِي الْحَنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّبِيبِ وَالتَّمْرِ وَمَا نَرَاهُ عِنْدَهُمْ، عَزَاهُ الْمِزِيُّ فِي التَّحْفَةِ إِلَىٰ الْبُخَارِيِّ، وَأَبِي دَاوُدَ وَالنَّسَائِيِّ وَابْنَ مَاجَةَ، وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَقَدْ اسْتَدَلَّ عَلَيْهِ الْمَاورِدِيُّ بِالنِّسْبَةِ لِلصَّحَابَةِ بِحَدِيثِ ابْنِ أَبِي أَوْفَى هَذَا قَالَ: وَلَمْ يَخَالَفْ بَعْدَهُمْ إِلَّا ابْنُ الْمَسِيْبِ إِنْ صَحَّ

أنه منع منه وأبطله وهو محجوج بإجماع من سبقه مع النصوص والقياس على البيع بجامع الحاجة مع انتفاء الغرر. ا.هـ. بمعناه.

وحكى الزحيلي عن ابن المنذر قوله: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز. ا.هـ. والذي حكاه الماوردي وغيره عن ابن المسيب يعكّر عليه ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه قال: أخبرنا الثوري عن علقمة بن مرثد عن رزين عن ابن المسيب أنه سئل عن سلف الحنطة والكرايس والثياب فقال ذرع معلوم إلى أجل معلوم والحنطة بكيل معلوم إلى أجل معلوم، وما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن علقمة بن مرثد عن رزين بن سليمان عن سعيد بن المسيب قال: لا بأس بالسلم في الثياب ذرع معلوم إلى أجل معلوم. ا.هـ. ولكن رزين بن سليمان قال في التقريب: مجهول.

قال المصنف رحمه الله:

(هو بيع) شيء (موصوف) كائن (في الذمة) أي غير معين (ويشترط فيه مع شروط) مطلق (البيع) السابقة غير الرؤية، لأنه نوع منه (أمور) سبعة: (أحدها): حلول رأس المال المعبر عنه بالثمن في قوله: (قبض الثمن في المجلس) قبل التفرق وهذا ثانيها، وذلك لأن السلم عقد غرر جَوَزَ للحاجة إليه فلا يضم إليه غرر آخر، ولأنه إذا كان في الذمة يكون في معنى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه، وإذا كان رأس المال منفعة كسكنى الدار كان قبضها بقبض العين كالدار لأن ذلك هو الممكن فيها (وتكفي رؤية الثمن وإن لم يعرف قدره) قطعاً في المتقوم وعلى الأظهر في المثلي قياساً على المبيع والثلث المعين (والثاني) في عدّه وهو ثالث في الواقع (كون المسلم فيه ديناً) أي غير معين لأن لفظ السلم موضوع له (ويجوز) أي يصح حال كونه (حالا و) كونه (مؤجلا) أي مؤخرا (إلى أجل) أي وقت (معلوم) لا إلى الحصاد مثلا وفرع على اشتراط الدينية قوله: (فلو قال: أسلمت إليك هذه الدراهم في هذا العبد) أو الثوب مثلا (لم يجز) أي لم يصح سلما جزما ولا بيعا في الأظهر لاختلال اللفظ إذ السلم يقتضي الدينية والتعيين ينافيها وعلى مقابل الأظهر ينعقد بيعا نظرا للمعنى أما لو قال: اشترت منك ثوبا صفته كذا وكذا مثلا بهذه الأوراق النقدية فقال: بعته بها فيصح

ييعا على الأصح اعتبارا باللفظ، قال في شرح الروض: وهذا ما صححه الشيخان، وقيل: هو سلم نظرا للمعنى ونص عليه الشافعي، ونقله الشيخ أبو حامد عنه وعن العراقيين، وصححه الجرجاني والرويانى وابن الصباغ.. إلخ ما ذكره، وقال في شرح المنهج: والتحقيق أنه بيع وفي حاشية البجيرمي عليه أنه المعتمد وعليه فيجب تعيين رأس المال في المجلس إن كان في الذمة لا قبضه فيه ويثبت خيار الشرط ويجوز الاعتياض عنه.

ذكر الاختلاف في السلم الحال:

ورد في كتاب اختلاف الأئمة الفقهاء أنهم اتفقوا على جواز السلم المؤجل واختلفوا في السلم الحال، فقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد: لا يصح، وقال الشافعي: يصح، واختلف مانعو السلم الحال في مقدار أجل السلم فقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يكون أقل من ثلاثة أيام، وقال مالك، وأصحابه، وأحمد: لا بُدَّ من أجل له وقع يختلف به الثمن. ا.هـ. باختصار. وقال في بداية المجتهد بعد أن ذكر الاختلاف في قدر الأجل: فمن جعل الأجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم، ومن جعله شرطا معللا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبا. ا.هـ، وقال ابن حزم: السلم لا يجوز إلا إلى أجل مسمى، والأجل ما وقع عليه اسم الأجل.

ولنكتف بإيراد عبارة الزحيلي في هذا المقام، قال: فقال الحنفية، والمالكية، والحنابلة: يشترط لصحة السلم أن يكون مؤجلا ولا يصح السلم الحال لقول النبي ﷺ: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» فهذا الحديث أمر بالأجل، والأمر يقتضي الوجوب كما أوجب كون المسلم فيه مقدرا بالكيل والوزن، ولأن السلم أجزى رخصة للرفق بالناس، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل والرخصة لا تُعدى عن محل ورودها.

وقال الشافعي: يصح السلم حالا ومؤجلا فإن أطلق عن الحلول والتأجيل وكان المسلم فيه موجود انعقد حالا لأنه إذا جاز السلم مؤجلا فلأن يجوز حالا بالأولى

لبعده عن الغرر والمراد من الحديث: «إلى أجل معلوم» هو العلم بالأجل لا الأجل نفسه، وفائدة العدول من البيع إلى السلم حينئذ هو جواز العقد مع غيبة المبيع فإن المبيع إذا لم يكن حاضرا مرثيا لا يصح بيعه عند الشافعية وإن أصر العقد لإحضاره فربما تلف أو لا يتمكن المشتري من الحصول عليه كما لا يتمكن حينئذ من فسخ العقد لأنه متعلق بالذمة. ١.١هـ.

ولم يُبدِ رأيه في المقام إلا أنه أرشد في خطبة كتابه إلى الأخذ في مثل هذا برأي الجمهور، وقد قال الشوكاني في نيل الأوطار: والحق ما ذهب إليه الشافعية من عدم اعتبار الأجل لعدم ورود دليل يدل عليه فلا يلزم التعبد بحكم بدون دليل. ١.١هـ. - لكن في السيل الجرار له كلام آخر فليُنظر هذا- وقد أجاب الماوردي عن القول بأن موضوع السلم إرفاق العاقدين وفي إسقاط الأجل إبطال موضوعه بالقلب فقال: لما كان ما وضع له السلم من رفق المشتري بالاسترخاض ليس بشرط في صحة السلم حتى لو أسلم دينارا فيما يساوي درهما جاز وجب أن يكون ما وضع له من رفق البائع بالأجل ليس بشرط في صحة السلم، وأجاب عن القول بأن السلم إنما سمي سلما لاستحقاق الأجل بأنها دعوى ممنوعة بل سمي سلما لاستحقاق تسليم جميع الثمن. ١.١هـ.

أقول: وبمقتضى الاستدلال بالخبر المذكور على اشتراط الأجل يمنع السلم في المذروع والمعدود لذكر الكيل والوزن فيه.

قال المصنف رحمته:

الشرط (الثالث) وهو رابع في الواقع ما تضمنه قولنا: (إذا أسلم في موضع لا يصلح للتسليم) أي تسليم المسلم فيه (مثل البرية) بتشديد الراء، وعبارة سم على التحفة بأن كان خرابا أو مخوفا (أو يصلح) للتسليم فيه (لكن لنقله) أي المسلم فيه المؤجل (إليه مؤنة) أي تكلفة (اشترط بيان موضع التسليم) لاختلاف الأغراض في مثل ذلك، ولتسبب عدم البيان في ذلك للنزاع وضياع الحقوق، والحاصل أنه يجب البيان إذا لم يصلح الموضع حالًا كان السلم أو مؤجلا كان لحمله مؤنة أو لا، وإذا صلح ولحملة

مؤنة وجب في المؤجل دون الحال، وحيث لم يجب البيان يتعين موضع العقد للتسليم لكن لو عيناً غيره تعين وحيث وجب فتركاه بطل العقد.

ولو عينا موضعا فخرِب وخرج عن صلاحية التسليم فيه فهل يتعين ذلك المكان أو لا، وللمسلم الخيار أو يتعين أقرب موضع صالح إليه؟ قال في الروضة: الثالث أقيسها قال: قال في التهذيب: ولا نعني بمكان العقد ذلك المكان بعينه بل تلك الناحية، وعبارة التحفة: المراد محلته لا خصوص محله، ولو قال: تسلّمه لي في بلد كذا وهي غير كبيرة كفى إحضاره في أولها وإن بعد عن منزله، وإن قال: في أي مكان من البلد لم يضر إن لم يتسع البلد أي بحيث يفضي إلى النزاع، قال ع ش: ويبقى ما لو اختلف اعتقادهما ثم استقرب أن العبرة بعقيدة الحاكم المرفوع إليه الأمر.

الخامس من الشروط: ما ذكره المصنف في قوله: (وشرط المسلم فيه كونه معلوم القدر كيلا) في المكيل (أو وزنا) في الموزون (أو عددا) في المعدود (أو ذرعا) في المذروع (بمقدار معلوم) للعاقدين وعدلين آخرين، بمعنى أنه يشترط أن يوجد دائما في الناحية عدلان على الأقل غير العاقدين يعرفان ذلك المقدار المقدّر به فالمراد بالقدر في كلامه مستوى المسلم فيه وبالمقدار ما يُقدّر به من الأنواع الأربعة، وقوله: عددا كذا وقع في النسخة المجردة ونسخة الفيض اللتين عندي بدالين، والذي في المنهاج والتنبيه: العدّ على المصدرية وعبارة التنبيه: ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم ويجوز فيما يكال بالكيل والوزن وفيما يوزن بالوزن أي وبالكيل أيضا إن عدّ الكيل ضابطا فيه، وفيما يذرع بالذرع وفيما يعد بالعدّ. انتهت. لكن نقل صاحب المصباح عن الزجاج أن العدد يأتي مصدرا، وأنه حمل عليه قول التنزيل: ﴿سِينَكْ عَدَا﴾ [الكهف: ١١] وعلى هذا ينسجم العدد مع المتبادر من الكيل والوزن والذرع وهو كونها باقيات على مصدريتها في كلامه فالأربعة حينئذ منصوبات بنزع الخافض المصّرّح به في عبارة التنبيه وهو وإن رجّح كونه سماعيا فكثرت تقضي بقياسيته ويصح كون كل منها بمعنى المبلّغ الخاص أو نقول: ... كون المراد بكل منها الحاصل بالمصدر على ما هو المتبادر من لفظ العدد بدالين فنصبها حينئذ على التمييز

والظاهر أنه غير محول لأنه مبين لإبهام اسم هو القدر، وقد قال الخضري: والضابط أنه متى كان المنسوب إليه الحكمُ ظاهرًا نفس التمييز في المعنى كان غير محول أصلاً كنعم رجلا زيد... إلخ، وما هنا من ذلك فيما أرى، والله أعلم.

وإنما اشترط هذا الشرط للخبر السابق: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» قال في شرح الروض: مع قياس ما ليس فيه على ما فيه والذي ليس فيه هو العد والذرع قاله الشرواني. هذا ولعل المصنف تبع المنهاج في الفصل بين الشروط الثلاثة السابقة وما بعدها فإنه بعد أن ذكر الثلاثة التي في المتن عقد لما بعدها فصلاً، وقال: يشترط كون المسلم فيه... إلخ، ولو جمع بين الكيل والوزن كقوله: أسلمت إليك في مائة قرح برّ على أن وزنها كذا أو بين الذرع والوزن في نحو الثوب لم يصح لأن ذلك يؤدي إلى عزة الوجود المشروط انتفاؤها كما يأتي أما نحو الخشب واللبن بكسر الباء والخزف فيجوز الجمع فيها بل يستحب لإمكان تحصيلها بلا كلفة كبيرة، وإن عين آلة تقدير مشحّصة فإن كان قدرها معتاداً لغا التعيين وإلا فسد السلم كما يأتي لما فيه من الغرر إذ قد تتلف الآلة المعينة قبل الاستيفاء فيؤدي إلى التنازع ولو كان في الناحية مقادير مختلفة من جنس واحد لا غالب فيها وجب تعيين أحدها وإلا بطل فإن كان غالب أو معتاد فيما يسلم فيه حمل الإطلاق عليه.

ثم ذكر المصنف مفهوم قوله: بمقدار معلوم فقال: (فلو قال: زنة هذه الصخرة) مثلاً (أو ملء هذا الزنبيل) مثلاً أيضاً (و) الحال أنه (لا يعرف وزنها) أي قدره (ولا ما يسع الزنبيل لم يصح) السلم للغرر، فإن عَرَفَا ذلك مع عدلين آخرين صح إن لم يشترط عدم التبديل وإلا بطل العقد، والزنبيل مثل قنديل: المكتل، ويقال فيه: زيبيل بوزن كريم، ويجمع الأول على زناويل، والثاني على زبل بضمّتين مثل بريد وبرد. ذكره في المصباح بمعناه.

قال المصنف رحمته:

(وأن يكون مقدوراً عليه عند وجوب التسليم) غالباً وهو معطوف على قوله: «كونه» الواقع خبراً عن قوله وشرط المسلم فيه لأنه لإضافته يصدق على المتعدد

كما قد يقولون: فرض الوضوء ستة وهذا هو الشرط السادس، وفسر القدرة عليه بأن يكون (مأمون الانقطاع) عند ذلك بأن يمكن تحصيله من غير مشقة كبيرة. قال الرافعي في العزيز وتبعه النووي في الروضة: وهذا الشرط ليس من خواص السلم بل يعم كل بيع كما سبق ١٠١هـ. واعتذر المحلي في شرح المنهاج عن ذكره بأنه ذكر توطئة لما بعده، وقد طال الكلام حول ذلك من أرباب الحواشي والذي أراه أن المتقدمين الذين عدوا هذا الشرط من خواص السلم لاحظوا المتبادرين من لفظي البيع والسلم وهما بيع المعين والسلم المؤجل ألا ترى أنهم مثلوا هناك لما لا يقدر على تسليمه بالبعد الآبق، والطير الطائر، والمغصوب، والضال، والسماك في الماء مثلا، وفسروه هنا بما ينقطع عند المحل كالرطب في الشتاء أو ما يعز وجوده كالصيد في مكان العزة مما يدل على أن يبع ما في الذمة والسلم الحال لم يخطرا على بالهم لاسيما وقد صح النهي عن بيع ما ليس عندك، وأنهم كانوا يسلفون في الثمار السنة والستين وأن الشائع المعهود بيع الموجود والسلم في المفقود الذي الأمل على حصوله معقود:

فَدَعُ عَنْكَ نَهَبًا صِيحًا فِي حَجَرَاتِهِ وَهَاتِ حَدِيثًا مَا حَدِيثَ الرَوَاحِلِ

قال المصنف رحمه الله:

(فإن كان عزيز الوجود) أي نادره فكثيرا ما تطلق العزة على القلة (كجارية وبناتها) الأولى عندي نصب البنت على المعية إذ ليس العطف نضا فيها أي كقوله: أسلمت إليك في جارية وبناتها، ولكنه وليد الساعة ولم أره لأحد، فالله أعلم.

(أو لا يؤمن) بل يخاف (انقطاعه) عن الوجود (كثمرة نخلة) أو قرية صغيرة (بعينها) أي متلبسة بتعيينها (لم يعجز) ولم يصح لأن ذلك مُغامرة لا يقرها العقل ولا الشرع روى ابن ماجه وابن المنذر في الأوسط أن النبي ﷺ قال: «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» فإن كان يوجد ببلد آخر صح إن اعتيد نقله للبيع وإلا فلا، ولو أسلم فيما يعم وجوده فانقطع في وقت حلوله لم يفسخ في الأظهر فيخير المسلم بين الفسخ والصبر إلى أن يوجد، والخيار على التراخي في الأصح، ولو علم قبل المحل انقطاعه عنده فلا خيار قبله في الأصح أيضًا إذ لم يحن

وقت التسليم.

قال في الروضة: فرع: إذا لم يوجد المسلم فيه أصلاً بأن كان ذلك الشيء ينشأ بتلك البلدة فأصابه جائحة مستأصلة فهذا انقطاع حقيقي ولو وجد في غير ذلك البلد لكن يفسد بنقله أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه فهو انقطاع ولو كانوا يبيعونه بثمن غال فليس بانقطاع بل يجب تحصيله، ولو أمكن نقله وجب إن كان قريباً، وفيما يُضبط به القرب خلاف... الأصح يجب مما دون مسافة القصر، والثاني: من مسافة العَدْوَى وهي التي يَرَجُعُ منها إلى محله مساءً مَنْ بَكَرَ منه. ا.هـ. باختصار.

قال المصنف رحمه الله:

(و) الشرط السابع والأخير: (أن يمكن ضبطه) أي تحديده كما في لغة اليوم (بالصفات) وذلك (كالأدقة) جمع دقيق (والمائعات) كالزيت، والسمن، واللبن، والدهن (والحيوان) الذي يصح بيعه (واللحم، والقطن، والحديد، والأحجار، والأخشاب، ونحو ذلك) كالرصاص، والنحاس، والثياب (فيشترط ضبطه ب) ذكر (الصفات التي يختلف ب) سببها (الغرض) من الناس عادة على وجه لا يؤدي إلى عزة الوجود فالاستقصاء فرقة كما يقولون، وذلك لأن البيع لا يحتمل جهالة المعقود عليه وهو عين فأولى ألا يحتملها وهو دين (فيقول مثلاً: أسلمت إليك) هذه الدراهم مثلاً (في عبد تركي أبيض) أو حبشي أسود مثلاً ويصف بياضه بسمرة أو شقرة، وسواده بصفاء أو كدورة إن كان لون ذلك الجنس يختلف بذلك وإلا كزنجي لم يشترط ذكر ذلك ويذكر الذكورة أو الأنوثة (رباعي السن) الرباعي بضم الراء وتشديد التحتية آخِرُهُ منسوب إلى رباع وهو معدول عن أربعة أربعة مجرداً من معنى التكرير فالنسبة على هذا قياسية، أو إلى أربعة فرارا من التجريد المذكور فهي على هذا غير مقيسة على كثرة دوران الكلمة على السنة الصرفيين، والسن بمعنى العمر فالمعنى ما عمره أربع سنوات ولولا أن المصنف أوردَ هذا الوصف في أوصاف العبد لكان المتبادر فتح الراء وإسكان التحتية فتكون السن هي التي في الفم والمعنى ما أسقط سنَّه، وذلك في الإبل في السنة السابعة، وفي الفرس، والبقر، والغنم في الخامسة لكن

لم نجد الوصف للإنسان بالرَّبَاعِي كذلك فليكن الاعتماد على الضبط الأول، والله أعلم، فهذا جهد المقل ولم أجد هذه العبارة هنا في غير العمدة من الكتب التي عندي ثم ذكر السن يُرادُ به التقريب فلو أراد التحديد بطل العقد لعزّة الوجود ويُصدّق العبد البالغ في سنه وسَيِّدُهُ العَدْلُ في سن الصغير إن علمه وإلا فيُعتبر بظن البائع.

قال المصنف رحمته:

(طوله) يعني قامته فهو بمعنى القد الذي عبّر به غيره وهو قدر القامة من طول أو قصر أو اعتدال وقوله: (وسمّنه) بكسر ففتح أي ضخامته وقوله: (كذا) خبر أحد المبتدئين وحذف خبر الآخر لدلالة هذا عليه، ثم كلامه يدل على اشتراط ذكر السمن وهو مرجوح، قال النووي في المنهاج: ولا يشترط ذكر الكحل - بفتحين - والسمن ونحوهما كدعج وتكلمم وجه أي استدرته ورقة خصر وملاحة في الأصح لتسامح الناس بإهمالها. ١. هـ. مع شيء من التحفة وعبارة الروضة: وفي ذكر الأوصاف التي يعتبرها أهل الخبرة ويرغب في الأرقاء كالكحل والدعج وتكلمم الوجه وسمن الجارية وما أشبهها وجهان: أحدهما: يجب قاله الشيخ أبو محمد، وأصحهما: لا، والأصح أنه لا يشترط ذكر الملاحة ويستحب أن يذكر كونه مفلج الأسنان أو غيره وجعد الشعر أو غيره أي وغير ذلك مما يريده فإذا شرطه بحيث لا يصل للندرة وجب تحصيله، ويجب ذكر الثيابة والبكارة على الأصح. انتهت. والثيابة والثبوبة قال المطرزي: ليستا من كلام العرب كجمع الثيب على ثيِّب بضم ففتح مع تشديد.

أقول: لكن الثيابة أخف لاسيما مع البكارة لمجاورتها لها من وجهين (!)، والله أعلم.

ثم ليعلم أن تمثيل المصنف بالإسلام في الرقيق وذكّره كغيره لشروطه إنما هو لتنظيم معاملات الناس التي كانت حيّة سائدة في زمانهم حتى تكون على وفق الشريعة الإسلامية فلا يحصل النزاع والخصام والشقاق بين المتعاملين أو يقلّ حصول ذلك وليس - بوجه من الوجوه - تشجيعا على استعباد بعض البشر لبعض وإنما هو سعي في تحسين علاقات الناس فيما بينهم واسترقاق الغالب للمغلوب من طبيعة البشر أنفسهم

فقد ظلُّوا يستعملونه ألوفا مؤلفة من السنين قبل الإسلام وهو الآن - بالرغم من إعلان حَظْرِهِ عَالَمِيًّا - قائم وواقع ملموس في استعباد الشعوب الغنية بالمال أو السلاح للشعوب الفقيرة ومعاملتها كأنها من جنسٍ أدنى من جنس البشر، فالله المستعان.

قال المصنف رحمته:

(ونحو ذلك) بنصب نحو في رأيي عطفًا على مقول القول فيكون أراد به ذكر أوصاف المسلم فيه غير الرقيق، قال في الروض: ويذكر في الدواب الجنس والنوع مع صنفه إن اختلف فيقول: من نتاج بني فلان إن لم يعز وجوده أو بلد بني فلان والبغل والحمار ينسبان إلى البلد والذكورة والأنوثة والسن واللون ويندب ذكر الشيات في غير الإبل كالأغر والمحجل واللطيم. ١. هـ. قال شارحه: وقضية كلامه أنه لا يشترط ذكر القَدِّ ونقله الرافعي عن اتفاق الأصحاب لكن جزم ابن المقرئ في إرشاده باشتراطه وسبقه إليه الماوردي، قال: وليس للإخلال به وجه. ١. هـ. وفي حواشيه أن الأذرعى قال: إن الاشتراط هو الحق ونصُّ المختصر يقتضيه وذكر أن ذلك عام لجميع الحيوانات، وأن الشهاب الرملي اعتمد ذلك، وفي حاشية الشرواني أن الرملي الصغير اعتمد في النهاية ذلك، أما شيخ الإسلام زكريا، وابن حجر الهيتمي، والخطيب فاعتمدوا عدم الاشتراط. قال في الروض: فلو أسلم في الطيور والسمك ولحومها جاز ويذكر الجنس والنوع والجنثة، وكذا السن إن عرف والذكورة والأنوثة إن أمكن وتعلق به غرض... ثم قال أخيرا: ويصف كل جنس من الحيوان بما يليق به. ١. هـ. وقال أيضًا: ويذكر لون العسل وبلده ووقته كالصيفي والخريفي ومرعاه وقوته، ورقته فإن رَقَّ لا لعب أخذه. ١. هـ. بزيادة من شرحه، قالوا: ويذكر في الثمار والحبوب جنسا ونوعا ولونا وكبرا أو صغرا وبلدا وكونها جديدة أو عتيقة، ويذكر الجفاف على الشجر أو على الأرض، ويذكر في الحديد، والنحاس، والرصاص الجنس، والنوع والخشونة واللون، وذكورة الحديد وأنوثته، وقد يغني ذكر النوع عن ذكر الجنس والبلد. ١. هـ.

ثم فرَّع المصنف على اشتراط الضبط بالصفات المذكورة قوله: (فلا يجوز) السلم (في الجواهر) كاللؤلؤ، والياقوت، والزبرجد وغيرها إذ لا بد من ذكر أوصافها

فإن استقصيت أدنى إلى عزة الوجود وإلا أدنى إلى الغرر (والمختلطات) من أشياء مقصودة كلها (كالهريسة) وهي نوع من الحلوى يصنع من الدقيق والسمن والسكر. كذا في المعجم الوسيط والكلمة فعيلة من الهرس وهو الدق لأن الحب يدق ثم يطبخ ويصنع منه ذلك كما في اللسان والمصباح وغيرهما، وقال الثعالبي في فقه اللغة: جُلُّ أطعمة العرب بل كلها على الفعيلة وهي متقاربة الكيفية من الدقيق، واللبن، والسمن والتمر، ثم وصف من أنواعها نحو ثمانية عشر نوعا أو أكثر.

قال المصنف رحمه الله:

(والغالية) وهي أخلاط من أشياء حكى شارح الروض عن الروضة أنها مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور، وعن تحرير النووي أنها مركبة من مسك وعنبر ودهن، وفي التحفة أنها مركبة من دهن معروف مع مسك وعنبر أو عود وكافور. ا.هـ. ونقل الشرواني أن الدهن المعروف هو دهن البان فاستفدنا من ذلك أنها متنوعة وعليه تدل عبارة المعجم الوسيط حيث قال: أخلاط من الطيب كالمسك والعنبر. ا.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(والخفاف) بكسر الخاء المعجمة جمع خف وهو الذي يلبس في الرجل، وعبارة الروض: والخفاف والنعال قال شارحه: لاختلاف وجهيها وحشوها، والعبارة لا تفي بذكر أقدارها وأوصافها، أما الخفاف المتخذة من شيء واحد ومثلها النعال فإن كانت من جلد ومنعنا السلم فيه فلا يجوز السلم فيها، وإن كانت من غيره فهي كالثياب المخيطة التي جَوَزَ الصيمري السلم فيها. ا.هـ. باختصار. وقد اعتمد ذلك في التحفة وفي حواشيتها أن الرملي اعتمده أيضاً، ثم إنما عطف المصنف الخفاف على الهريسة التي مثل بها للمختلطات لأنه عني بالمختلطات المركبات وإن لم تمتزج.

(وكذا ما اختلف أعلاه وأسفله) أو جوانبه (كمنارة) بفتح الميم قال في المصباح: والمنارة التي يوضع عليها السراج بالفتح مفعلة من الاستنارة، والقياس الكسر لأنها آلة. ا.هـ. ويؤخذ من أول كلامه الجواب عن ترك هذا القياس وهو أنه لو حُظَّ كونها موضعا للنور المعبر به عن السراج كما قالوه في المرقاة بالفتح، وجمع المنارة مناور

على القياس ومناثر على السماع كما في المعجم الوسيط والمصباح.
 (وإبريق) بوزن إكسير قال في المصباح: فارسي معرب، وفي المعجم الوسيط أنه وعاء له أُذُنٌ وخُرطوم ينصبُّ منه السائل ج أباريق، ومثلهما الكوز والقدر والطنست (أو ما دخلته) أي أثرت فيه (نار قوية) وهي ما تُحِيل الطبعَ (كالخبز) بضم فسكون وهو ما أنضح بالنار من الدقيق المعجون.

(والشواء) بكسر أوله وتخفيف ثانيه وهو المشوي أي المنضح بالنار من اللحم أو غيره فمثل هذه الأمور لا يجوز السلم فيها (إذ لا يمكن ضبط ذلك بالصفة) لضيق العبارة أو عسر إيجاد الموصوف كما وُصف فيؤدي إلى النزاع وفي الاشتراء الناجز من الأسواق مندوحة عن الوقوع في المضايق.

ذكر الاختلاف في السلم في الحيوان:

قال الإمام أبو بكر ابن المنذر - وهذا أول نقل لي^(١) عنه لمثل هذا مباشرة - في كتابه الأوسط: واختلفوا في السلف في الحيوان فقالت طائفة: لا بأس به ثم ذكر بإسناد عن ابن عباس رضي الله عنه أنه لم يره بأساً، وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: لا بأس به قال: وقد روينا عن سعيد بن المسيب، والشعبي، والحسن البصري، ومجاهد، وأبي جعفر، والزهري: أنهم كانوا لا يرون به بأساً، وبه قال الأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور.
 قال: وكرهت طائفة السلم في الحيوان روي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وهو مختلف عنه فيه، وبه قال سفيان الثوري، وقال أصحاب الرأي: لا خير في السلم في الحيوان. ١.هـ.

وقال أبو عمر في الاستذكار: اختلف السلف والخلف في السلف في الحيوان الموصوف، فقال مالك، والشافعي، والليث، والأوزاعي: السلف في الحيوان الموصوف جائز كسائر الموصوفات وهو قول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وقال الثوري، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: لا يجوز السلف في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنهما.

(١) لأنه وصل إلى أيام وصولي إلى هذا المكان.

الاستدلال:

استُدلّ للمنع بما رواه الدارقطني، والحاكم وقال فيه: صحيح الإسناد عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان، قال في التلخيص: وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم بن جوتي وهّاه ابن حبان. ١. هـ. وفي نصب الراية نقلا عن التنقيح أن ابن حبان قال فيه: منكر الحديث جدًّا، يأتي عن الثقات بالموضوعات لا يحل كُتِب حديثه إلا على جهة التعجب، وقال الحاكم: روى أحاديث موضوعة. ١. هـ. وقالوا كما في الاستذكار: إنه لا يُضبطُ ضبطًا صحيحًا بالصفة لأن السن واللون يتباينان تباينًا بعيدًا. قال ابن المنذر: واحتج الشافعي على الإباحة بحديث أبي رافع رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرًا فقدمت عليه إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فقال أبو رافع: لم أجد إلا جملا خيارا رباعيًا فقال: «أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء» أخرجه مسلم وغيره، وفي البخاري عن أبي هريرة نحوه وعند النسائي والبخاري عن العرباض بن سارية كذلك، وفي الاستذكار أن يحيى بن سعيد، وعبد الرحمن بن مهدي احتجا للإباحة بحديث أبي رافع أيضًا.

وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشتري بعيرا ببعيرين إلى أجل قال في التلخيص: رواه أبو داود، والدارقطني، والبيهقي من طريقه... وفي الإسناد ابن إسحاق، وقد اختُلف عليه فيه، ولكن أوردته البيهقي في السنن وفي الخلافات من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وصححه، قال الزيلعي في نصب الراية: ويعترض على هذا الحديث بحديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة رواه ابن عباس، وسمرة بن جندب، وجابر بن عبد الله، وجابر بن سمرة، وابن عمر رضي الله عنهما ثم سردها وعزاها إلى من خرّجوها، وذكر أن ابن حبان صحح حديث ابن عباس، وأن البيهقي قال في المعرفة: الصحيح أنه عن عكرمة مرسل، وأن حديث سمرة قال فيه الترمذي: حسن صحيح، وأن الشافعي والبيهقي قالوا: إنه غير ثابت والإنصاف أن هذه الأحاديث وإن كان في كل منها مقال لا تقصر متعاضدة عن الصحة فالأولى حملها كما حكاه الزيلعي عن ابن الجوزي وأقره على أن النساء فيها من الطرفين فيبيع شيئًا في ذمته بشيء في ذمة الآخر.

وذكر ابن المنذر أن الشافعي، وأحمد احتجا أيضًا بثبوت إبل الدية في الذمة بأسنانها وبجواز الكتابة على وُصْفاء وبجواز إصداق المرأة العبيد والإبل بالصفة. قال ابن المنذر: وكذلك نقول للحجج التي احتج بها الشافعي وأحمد. هـ. ويلاحظ أن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان خاص والمدعى عام من وجه وهو السلم مطلقاً في الحيوان فالظاهر أن إسلام غير الحيوان في الحيوان لا مانع منه أصلاً، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولا الاستبدال) لغيره (عنه) لأن بيعه هو من بيع المبيع قبل قبضه، وقد مضى عدم صحته مع كونه معيناً فمع كونه في الذمة أولى ولأن استبداله كذلك مع أن فيه غرراً إذ هو معرض للفسخ بانقطاعه، وقد روى مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى، وأخرج أبو داود، وابن ماجه، والبيهقي وغيرهم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره»، وفي إسناده عطية العوفي، قال البيهقي: والاعتماد على حديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى فإن عطية العوفي لا يحتج به، وأخرج عن محمد بن زيد بن خليفة قال: سألت ابن عمر عن السلف قلت: إنا نسلف فنقول إن أعطيتنا بُراً فبكذا، وإن أعطيتنا تمرًا فبكذا، قال: أسلم في كل صنف ورَقاً معلومة فإن أعطاكه وإلا فخذ رأس مالك ولا ترده في سلعة أخرى. واستعمال «عن» صلة للاستبدال تبع فيه المصنف غيره والمعروف لغة أن يُعدَّى بالباء وإقامة بعض الحروف مقام بعض عادة جارية ويُحَسَّنُ هنا ما في الاستبدال من معني المجاوزة، والله أعلم.

فائدة: في الروض وشرحه ما يأتي: يجوز الاستبدال عن كل دين ليس بثمن ولا مثنى كدين قرض وإتلاف وبدل خلع لاستقراره بخلاف دين السلم، وإن كان الدين مؤجلاً وكذا عن الثمن فيجوز الاستبدال عن القرض، ولو لم يتلّف لا عن المثنى وهو المسلم فيه ونحوه كالمبيع في الذمة إذا عقد عليه بغير لفظ السلم فلا يجوز... وفرق بينه وبين الثمن بأنه معرض للفسخ وبأن عينه تقصد بخلاف الثمن... والاستبدال يبيع الدين ممن عليه وبيعه من غيره جائز بشرط قبض البدل والدين في

المجلس فلو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل البيع كما صرح به في الروضة كالبغوي، قال الشارح^(١) نقلا عن المطلب: ومقتضى كلام الأكثرين يخالفه ووافقه السبكي واختاره، وبه صرح ابن الصباغ في كتاب الهبة فقال: لا يحتاج إلى القبض؛ لأن الشافعي جعله كالحوالة، قال الشارح: والأقرب حملة على غير الربوي، وما قاله البغوي على الربوي. ١.هـ.

ومثله في المنهج وشرحه له وعلق البجيرمي عليه بقوله: حاصل المعتمد أنه في بيع الدين لغير من هو عليه يشترط القبض في المجلس للعوضين مطلقا أي سواء اتحدا في علة الربا أم لا، وأما في الاستبدال عن الدين فإن اتحدا في علة الربا اشترط القبض في المجلس وإلا اشترط التعيين فقط. ١.هـ. ثم إن المسألة التي في المتن ذكرها أصحاب الروضة والروض والمنهاج والمنهج في باب حكم المبيع قبل قبضه، وعبارة المنهاج مع النهاية هكذا: ولا يصح بيع المثلث الذي في الذمة نحو المسلم فيه، ولا الاعتياض عنه قبل قبضه بغير نوعه أو وصفه لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، والحيلة في ذلك أن يتفاسخا عقد السلم ليصير رأس المال دينا في ذمته ثم يدفع له ما يتراضيان عليه، وإن لم يكن جنس المسلم فيه ولا بُدَّ من قبضه قبل التفرق لئلا يصير بيع دين بدين وعلم مما تقرر أن كل مبيع ثابت في الذمة عُقدَ عليه بغير لفظ السلم لا يصح الاعتياض عنه على الأصح... ١.هـ. وهذا مذهب الشافعية طبعاً.

ذكر المذاهب في ذلك:

حكى ابن المنذر في الأوسط عن طائفة: أنه لا يجوز بيع شيء من الأشياء اشتراه المرء حتى يقبضه قال: وهذا قول الشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن، وقد ذكرنا قول ابن عباس، وأحسب كل شيء مثله - أي الطعام المنصوص عليه في الخبر - وبه قال بعض أصحاب الحديث.

قال: وقالت فرقة: حكم كل مبيع حكم الطعام في ذلك إلا الدور والأرضين فإنَّ يَبَع ذلك جائز قبل القبض، وهذا قول النعمان ويعقوب - يعني أبا حنيفة وأبا يوسف -.

(١) أي شارح الروض وهو شيخ الإسلام زكريا.

قال: وقالت طائفة: كل مبيع ابتاعه رجل فلا بأس أن يبيعه قبل قبضه خلا المكيل والموزون، روينا هذا القول عن عثمان بن عفان رضي الله عنه ثم أسنده عنه وقال: وهذا قول سعيد بن المسيب، والحسن البصري، والحكم، وحماد، والأوزاعي، وأحمد بن حنبل، وإسحاق.

قال: وفيه قول رابع وهو أن كل ما عدا المأكول والمشروب جائز أن يباع قبل أن يقبض، وهذا قول مالك بن أنس، وأبي ثور، وقال ابن عون: قلت لمحمد بن سيرين: أبيع البز قبل أن أقبضه؟ قال: لا أعلم به بأسا.

ونصر ابن المنذر هذا القول قائلا: ومن الحجة لهذا القول أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض، كذلك قال ابن عباس، وفيه دليل على أن غير الطعام ليس كالطعام ولو لم يكن كذلك ما كان في قصده إلى النهي عن بيع الطعام قبل أن يقبض فائدة ولا معنى... ثم قال: ومعلوم أن السلعة المشتراة بعد الافتراق قبل القبض للمشتري لأنهم قد أجمعوا على أن المشتري لو أعتق في تلك الحال لكان جائزا- يعني فدل ذلك على تمام ملكه على ما اشتراه- قال: ولا يجوز أن يُمنع رجل من بيع ما يملك بغير حجة إلا الطعام الذي خصه الرسول صلى الله عليه وسلم ويدخل فيه كل ما يقع عليه اسم الطعام سواء كان مكيلا أو موزونا أو غيرهما.

وأجاب عن حديث حكيم بن حزام بلفظ: «إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه» بأنه مختلفٌ في إسناده والمشهور الثابت في الحديث هو لفظ: «لا تبين طعاما حتى تشتريه وتستوفيه» قال: وكل بيع فجائز على ظاهر كتاب الله إلا بيعاً نهى الله عنه، أو نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم، أو أجمع أهل العلم عليه. ا.هـ. باختصار.

وقد أخرج البيهقي حديث حكيم باللفظ الأول من طريق شيبان عن يحيى بن أبي كثير عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله: إني أبتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: «يا ابن أخي لا تبين شيئا حتى تقبضه» قال البيهقي: هذا إسناد حسن متصل، وكذلك رواه همام بن يحيى وأبان العطار عن يحيى بن أبي كثير،

وقال أبان في الحديث: «إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» وبمعناه قال همام. ١. هـ. وقد أورد ابن حبان طريق همام مسلسلته بالتحديث، ولفظه قال: قلت: يا رسول الله إني رجل أشترى المتاع فما الذي يحل لي منها وما يحرم عليّ فقال: «يا ابن أخي إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» ثم ذكر ابن حبان أن الخبر مشهور من غير ذكر عبد الله بن عصمة وأن هذا خبر غريب، وقد كُتِبَ عليه أن شعيباً الأرناؤوط قال: إسناده حسن، وكذا أخرج الدارقطني طريق همام وطريق أبان مسلسلين بالتحديث، وقال الحافظ في التلخيص: وزعم عبد الحق أن عبد الله بن عصمة ضعيف جداً، ولم يتعقبه ابن القطان بل نقل عن ابن حزم أنه مجهول وهو جرح مردود فقد روى عنه ثلاثة واحتج به النسائي. ١. هـ.

والثلاثة كما في تهذيب الكمال هم صفوان بن موهب، وعطاء بن أبي رباح، ويوسف بن ماهك، وقد اقتصر ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل على الأخير، وقد ذكر ابن حبان عبد الله بن عصمة في كتاب الثقات له كما أورد حديثه هذا في صحيحه، وقال الحافظ في التقریب: حجازي مقبول، وحديث النهي عن بيع ما لم يضمن وعن بيع ما ليس عندك يقويانه، وقد قوّى الشوكاني في النيل مذهب الشافعية، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(وإذا أحضره) أي أحضر المسلم إليه المسلم فيه بنفسه أو نائبه كائناً (مثل ما شرط) الظاهر بناؤه للمفعول أي عَقِدَ عليه ويصح بناؤه للفاعل المضمّر لإعانة المقام عليه أي أحضره مطابقاً للمشروط (أو أجود) صفةً منه أي من المشروط (وجب) على المسلم (قبوله) ما لم يكن له عذر، أما في الأولى فظاهر، وأما في الثانية فلأن الامتناع من قبوله يُعَدُّ عناداً منه ويُهَوِّنُ أمرَ المنّة المحتملة أن بذله يُشعرُ بأنه لم يجد سبيلاً للبراءة غيره فهو مضطر إليه أما إذا كان له عذر كأن عَجَلَ المسلم إليه قبل المحل وكان يحتاج لمؤنة، أو كان نحو رطب ولحم يريد هما طريين، أو كان الوقت وقت نحو نهب فهو يخشى ضياعه فلا يجب قبوله، وإن كان للمؤدي غرض صحيح أيضاً، وأما المُحَضَّر في وقته ومكان تسليمه فيجب على قبوله إن كان للمؤدي غرض

غير البراءة كفك رهن وإلا فعلى القبول أو الإبراء.
ومثلُ دين السلم في ذلك كل دين حال فإن أصر على الامتناع أخذه الحاكم وجوبا عليه عند طلب المدين وبرئ هو وكان المال أمانة بيد الحاكم.
وأما الأردأ صفةً فلا يجب قبوله بل يجوز، وخرج بذكر الصفة المخالفُ نوعاً فلا يجوز قبوله فضلا عن وجوبه لأنه استبدال وقد بيّن امتناعه آنفاً، والله أعلم.
تتمّة: قال في الروضة: يُنزلُ الوصفُ في كل شيء على أقل درجاته فإذا أتى بما يقع عليه اسم الوصف المشروط كفى ووجب قبوله لأن الرتب لا نهاية لها. ا.هـ.

فصل [في القرض]

القرض مندوبٌ إليه بإيجابٍ وقبولٍ، مثل: أقرضتكَ أو أسلفتكَ، ويجوزُ قرضُ كلِّ ما يجوزُ السَّلْمُ فيه، وما لا فلا، ولا يجوزُ فيه شرطُ الأجلِ، ولا شرطُ جرٍّ منفعةٍ كَرَدِّ الأجوَدِ، أو على أن تبيعني عبدك بكذا، فإنه ربا، فإن رَدَّ عليه المقرضُ أجودَ من غيرِ شرطٍ جازَ، ويجوزُ شرطُ الرهنِ والضمانِ، ويجبُ رَدُّ المثلِ، وإن أخذَ عنه عَوْضًا جازَ.

وإن أقرضه ثم لقيته ببلدٍ آخرَ فطالبه لزمه الدفعُ، إن كانَ ذهبًا أو فضةً ونحوهما، وإن كان لحمله مؤنةً نحو حنطةٍ وشعيرٍ فلا، بل تلزمه القيمةُ.

قال المصنف رحمته:

(فصل) في أحكام القرض وعبر به تبعاً - فيما يبدو للمنهاج - قالوا: لشبهه بالسلم في الضابط الآتي فجعل ملحقا به حتى نُزل منزلة النوع منه وهو مبني على اندراج الفصول تحت الأبواب وهذه تحت الكتب وتلك عادة غالبية وليست واجبة دائما فلا يلزم تطبيق كل ما يوجد من التراجم عليه بتكلف فيما أراه بل يكفي في مثل ما هنا كون الكلام في القرض مفصولا عن الكلام في السلم، وأما التشابه في معظم الأحكام فإنما يحسن التعليل به للمجاورة بينهما، والله أعلم.

وأصل القرض القطع بالمقراض ثم استعمل اسما لمصدر أقرض أي أعطى شيئا يُقضاه واسما لذلك الشيء المعطى، قال شارح الروض: وهو بفتح القاف أشهر من كسرها وعليه يدل صنيع المعجم الوسيط إلا أن ما أفاده شارح الروض من استعمال المكسور في المصدر أي اسمه محل نظر.

قال المصنف رحمته:

(القرض مندوب إليه) أي مدعوٌ من جهة الشرع إلى فعله عموما وخصوصا، أما العموم ففي الآيات والأحاديث النادرة إلى فعل الخير وقضاء الحوائج وتفريج

الكربات، وأما الخصوص ففي الذي أخرجه ابن ماجه مرفوعا بلفظ: «ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين إلا كان كصدقته مرة» وأخرجه ابن حبان في صحيحه بلفظ: «من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به» وحسنه الألباني وشعيب الأرنؤوط وأخرجه غيرهما موقوفا على ابن مسعود رضي الله عنه قال: لأن أقرض مرتين أحب إلي من أن أتصدق به مرة، وما أخرجه ابن أبي شيبة، وابن المنذر، والبيهقي عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: لأن أقرض دينارين ثم يُردَّان إلي ثم أقرضهما مرة أخرى أحب إلي من أن أتصدق بهما، وما أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لأن أقرض مرتين أحب إلي من أن أعطيه مرة، وأخرج البيهقي عن أنس رفعه قال: قرض الشيء خير من صدقته، قال البيهقي: وجدته في المسند مرفوعا فهبته فقلت: رفعه. ا.هـ.

فأما حديث ابن ماجه عن أنس رضي الله عنه أيضًا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «رأيت علي باب الجنة مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت: يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده» - يعني شيء أي قد يقع ذلك - «والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة» أي لأنه واجب الرد فلا يتعاطاه غير من اشتدَّت حاجته فقال البوصيري في الزوائد: في إسناده خالد بن يزيد [ابن أبي مالك] ضعفه أحمد، وابن معين، وأبو داود، والنسائي، وأبو زرعة، والدارقطني وغيرهم أي ووثقه أبو زرعة الدمشقي وهو بَلَدِيَّةٌ، وأحمد بن صالح المصري والعجلي، وقال ابن حبان: كان صدوقا في الرواية ولكنه كان يخطئ كثيرا، وفي حديثه مناكير لا يعجبني الاحتجاج به إذا انفرد عن أبيه، ومن المضعفين له ابن الجارود، ويعقوب بن سفيان، والساجي، والعقيلي كما في تهذيب التهذيب، وقال ابن حبان: إن هذا الحديث ليس بصحيح، ورد صاحب فيض القدير تحسین السيوطي له في الجامع الصغير بأن العراقي ضعفه كابن الجوزي، والله أعلم، ثم وجدت له شاهدا من حديث أبي أمامة مرفوعا بلفظ: «دخل رجل الجنة فرأى علي بابها مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر» قال في مجمع الزوائد: رواه الطبراني في الكبير وفيه عتبة بن حميد وثقه ابن حبان وغيره وفيه ضعف. ا.هـ.

ثم محل كونه مندوبا إذا لم يصل المحتاج إليه لحدِّ الاضطرار ولم يظن المقرض

صرفه في معصية أو مكروه وإلا وجب في الأول وحرّم في الثاني وكره في الثالث، فهذه أربعة أحكام للقرض وصوّرع ش إباحته بإقراض غَنِيٍّ من غير طلب منه كما إذا كان للدافع حاجة في ذلك، ويحرم الاقتراض بإخفاء الغنى وإظهار الفاقة والعكس ومع العلم بأنما يقرضه لظن صلاحه مثلا وهو يعلم من نفسه غير ذلك، ويجب إذا توقف عليه واجب ويندب لمندوب أو رجاء ثوابه الموعود كما ورد عن بعض الصحابة أنهم أرادوا به عون الله ومعيته به، قال ع ش وهل يكون مباحا أو مكروها ولا تبعد الكراهة إن لم يكن ثم حاجة. ا.هـ، ويتعين فرض الحاجة في كل حاجة دنيوية أو أخروية، ويمكن فرض الإباحة في الاقتراض لمباح تلذذ مثلا مع كونه مليا غير مُلاحِظٍ للفضل المذكور آنفا، والله أعلم.

وأركانه عاقد ومعقود وصيغة فيشترط في العاقدين ما يشترط في عاقدى البيع ويزيد المقرض باشتراط أهلية التبرع فيه لأن في القرض شائبةً منه بدليل ذكر الثواب عليه، ومنع الولي من إقراض مال موليه لغير حاجة ولا بد من كونه (بإيجاب وقبول مثل أقرضتك) هذا (أو أسلفتك) إياه أو خذه بمثله أو خذه ورَدَّ بدله أو ملكتكه على أن ترد بدله فإن اقتصر على ملكتكه فهو هبة أو على خذه فإن سبقه طلب للقرض فهو كناية عنه وإلا فعن الهبة ويشترط في القبول كونه موافقا للإيجاب كما في سائر العقود فلو أوجب له ألفا فقبل خمسمائة أو انعكس ذلك لم يصح ولو اختلفا في ذكر البدل صدق الآخذ بيمينه، ولو أقر بالقرض وقال: لم أقبضه صدق بيمينه أيضًا لعدم المنافاة هذا ما انتخبته من نهاية الرملي.

وفي الروضة بعد الكلام على الإيجاب ما نصه: وأما القبول فشرط على الأصح وبه قطع الجمهور، وادعى إمام الحرمين أن عدم الاشتراط أصح، قال النووي: وقطع صاحب التتمة بأنه لا يشترط الإيجاب ولا القبول بل إذا قال لرجل: أقرضني كذا أو أرسل إليه رسولا فبعث إليه المال صح القرض، وكذا لو قال رب المال: أقرضتك هذه الدراهم وسلمها إليه ثبت القرض، والله أعلم. ا.هـ.

وصاحب التتمة هو المتولي ونقل الخطيب مثل قوله عن القاضي أبي الطيب

وحكى عن الأذري أنه قال: والإجماع الفعلي عليه وهو الأقوى والمختار ومن اختار صحة البيع بالمعاطة كالمصنف - يعني النووي - قياسه اختيار القرض بها وأولى بالصحة. ١. هـ. ثم ذكر أن الغزي اعترض على الأذري وسكت عليه الخطيب وقد رد على الغزي ابن حجر في التحفة والرمل في النهاية فقال ابن حجر: واعتراض الغزي له بأنه سهو لأن شرط المعاطة بذل العوض أو التزامه في الذمة وهو مفقود هنا: هو السهو لإجرائهم خلاف المعاطة في الرهن وغيره مما ليس فيه ذلك فما ذكره شرط للمعاطة في البيع دون غيره. ١. هـ. وقد تبعه الرمل عليه من غير فرق يذكر إلا أنه لم يعزه إليه كالعادة ثم ذلك كله في غير ما يسمونه القرض الحكمي وهو ما أجري مجرى القرض الحقيقي في استحقاق البدل كإطعام جائع وكسوة عار وإنفاق على لقيط ومنه أن يأمر غيره بإعطاء ما له أي للأمر فيه غرض كإعطاء شاعر أو ظالم أو فقير أو فداء أسير مثلاً إلى غير ذلك فلا تشترط فيه الصيغة اتفاقاً.

ثم ذكر المصنف ضابط ما يجوز إقراضه وما يمتنع فقال: (ويجوز قرض كل ما يجوز السلم فيه) وقد ذكرناه قبل قليل (وما لا) يجوز السلم فيه (فلا) يجوز قرضه، وقد استثنوا من الجملة الأولى الجارية التي تحل للمقرض ولو غير مشتة عادة فلا يجوز قرضها إذ قد يجامعها ثم يردّها بعينها للمقرض فيصير في معنى إعارتها للوطء وهي ممنوعة كما حكاه مالك عن إجماع أهل المدينة، قال ابن المنذر في الأوسط: وكان مالك والشافعي يكرهان استقراض الولائد، قال مالك: لأنه يخاف في ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل ولا يصلح ولم يزل أهل العلم ببلدنا ينهون عن ذلك ولا يرخصون فيه لأحد، وقال الشافعي: إنما كرهت استسلاف الولائد لأن من استسلف أمة كان له أن يردّها بعينها وجعلته مالكا لها بالسلف وجعلته يطؤها ويردّها، وقد أحاط الله ورسوله، ثم المسلمون الفروج... إلخ لكن ذلك لا يعيننا اليوم لاختفاء الرق من العالم.

قال في الروضة: وفي إقراض الخبز وجهان كالسلم فيه أصحهما في التهذيب لا يجوز، واختار صاحب الشامل - ابن الصباغ - وغيره الجواز... ثم قال النووي: قطع

صاحب التتمة والمستظهري بجواز قرضه وزنا، واحتج صاحبها الشامل والتتمة بإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار، وهو مذهب أحمد رضي الله عنه وأبي يوسف ومحمد، وذكر صاحب التتمة وجهين في إقراض الخمير الحامض أحدهما الجواز لإطراد العادة. ١. هـ. بالحرف، قال شارح الروض عند قول المتن: واستثنى جواز قرض الخبز وزنا: ... واقتضى كلام النووي ترجيحه، قال في المهمات: والراجح جوازه فقد اختاره في الشرح الصغير، قال الخوارزمي: ويجوز إقراضه عددا. ١. هـ. وكتب في حواشيه على قوله: واقتضى كلام النووي ترجيحه ما يلي: وجزم به صاحب الأنوار وفي الذخائر إنه الظاهر عند الخراسانيين. ١. هـ.

وعبارة النهاية على المنهاج: ويستثنى من ذلك جواز قرض الخبز والعجين ولو خميرا حامضا للحاجة والمسامحة، وإن صحح البغوي في التهذيب المنع ويرده وزنا على الراجح، وقيل: عددا، ورجحه في الكافي ومن فهم اشتراط الجمع بينهما فقد أبعد. ١. هـ. ونحوه في التحفة والكافي اسم كتاب الخوارزمي الذي ذكره في شرح الروض فقد اجتمع مجتهد والترجيح والفتوى على إجازة قرض الخبز وزنا لكن العادة الفاشية تقاربه على العدد، ومن القواعد العامة قولهم: العادة محكمة فبناءً عليها ينبغي ترجيح جوازه، والله أعلم، والخوارزمي هذا هو تلميذ البغوي واسمه محمود بن محمد بن العباس أبو محمد ظهير الدين، تفقه على البغوي وسمع الكثير وكان جامعاً بين الفقه والتصوف، وكتابه الكافي في أربعة أجزاء كبار عارٍ عن الاستدلال والخلاف على طريقة التهذيب للبغوي وفيه زيادات عليه غريبة، وُلِدَ بخوارزم ٤٩٢ هـ وتوفي ٥٦٨ هـ. كذا في طبقات ابن شهبة.

ذكر الاختلاف في قرض الخبز:

ورد في كتاب اختلاف الأئمة الفقهاء ما يلي: واختلفوا هل يجوز قرض الخبز؟ فقال أبو حنيفة: لا يجوز قرضه بحال، وقال مالك، والشافعي، وأحمد: يجوز، واختلفوا هل جوازه بالعدد أو بالوزن أو بالتحري فعن أحمد روايتان: إحداهما: وزنا وهو مذهب أبي يوسف، والأخرى عددا وهو مذهب محمد بن الحسن، ولأصحاب

الشافعي وجهان، وقال مالك: يجوز على التحري رواية واحدة وعلى الوزن بعد الجفاف روايتان. ١. هـ. وذكر الزحيلي أن المفتى به عند الحنفية هو قول محمد بن الحسن، وفي المغني لابن قدامة من الحنابلة: ويجوز قرض الخبز ورخص فيه أبو قلابة، ومالك، ومنع منه أبو حنيفة، ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات وإذا أقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز وإن أخذه عددا فرده عددا فذكر فيه روايتين: إحداهما: لا يجوز. والثانية: يجوز.

وجزم في كشف القناع من كتبهم بالجواز، وهذه عبارته مع المتن: ولو اقترض خبزا عددا أو اقترض خميرا عددا ورد خبزا أو خميرا عددا بلا قصد زيادة ولا قصد جودة، ولا شرطهما جاز ذلك ثم استدل كصاحب المغني بما قال: إنه حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله الجيران يستقرضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصانا؟ فقال: «لا بأس إنما ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل» قالوا: ذكره أبو بكر في الشافي بإسناده، وهذا الحديث ورد في كتاب التحقيق لابن الجوزي بإسناده فقال ابن عبد الهادي في التنقيح: هذا الحديث غير مخرج في شيء من الكتب الستة، قال شيخنا: وفي إسناده من يجهل حاله. ١. هـ. وفي بعض نسخ التحقيق: من توافق الناس، ولفظ هذا الحديث أشبه بكلام الفقهاء منه بكلام النبي صلى الله عليه وسلم وكلام الصحابة، فالله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(ولا يجوز فيه) أي في القرض (شرط الأجل) النافع للمقرض فقط، كأن كان الزمن زمن نحو نهب فأراد حفظه في ذمة المقرض فيبطل القرض بذلك في الأصح أما إذا لم يكن كذلك بأن انتفع به المقرض وحده أو انتفعا به معا فيلغو الشرط وحده (ولا شرط جر منفعة) يحتمل تنوين شرط وجر فعل ماض مبني للفاعل وهو ضمير الشرط ويحتمل إضافتهما مصدرين ولا بُدَّ من مقدر يصح به الكلام، فعلى الاحتمال الأول يكون التقدير: ولا شرط آخر جر منفعة، وعلى الثاني يكون التقدير ولا شرط جر منفعة أخرى أي للمقرض، وذلك لأنه تبين بالتقرير السابق أن شرط الأجل

الممنوع: مِنْ شَرْطِ جَرِّ الْمَنْفَعَةِ وحذف النعت واقع ملموس في الكلام ومنه قول التنزيل: ﴿يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ [الكهف: ٧٩] أي سفينة سليمة، والشرط الذي كذلك (ك) شرط (رد الأجدود) كالجديد عن القديم ويمكن كون أفعل على غير بابه فيصدق بالجميل عن الرديء وأولى بالامتناع والبطلانِ شَرْطُ الزيادة، وإن قلت (أو) قوله: أقرضتك هذا (على أن تبيعني عبدك) أو ثوبك مثلا (بكذا فإنه ربا) الفاء للتعليل والهاء عائدة على جر المنفعة أو ما ذكر، وقد أشار المصنف بهذا القول إلى ما أثار عن فضالة بن عبید بن عبيد بن مسعود وهو: «كل قرض جرَّ منفعةً فهو ربا» على ما اقتصر عليه شارح الروض والذي في تلخيص شيخه الحافظ أن البيهقي رواه في المعرفة عن فضالة موقوفا بلفظ: «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا» قال: ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وابن عباس، موقوفا عليهم، وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بلفظ: نهى النبي ﷺ عن قرض جرَّ منفعة، وفي إسناده سَوَّار بن مصعب وهو متروك، وحكى الحافظ عن عمر بن بدر أنه قال: لم يصح فيه شيء ١.٠هـ. وقد وقعت على حديث علي في بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث للهيثمي فإذا به قال: حدثنا حفص بن حمزة أنبأنا سَوَّار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال: سمعت عليا يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا» وأثر عبد الله بن سلام أخرجه البيهقي وعزاه إلى البخاري في الصحيح ولفظه عن أبي بردة قال لي عبد الله بن سلام: إنك في أرض الربا فيها فاش، وإن من أبواب الربا أن أحدكم يقرض القرض إلى أجل فإذا بلغ أتاها به وبسلة فيها هدية فاتت تلك السلة وما فيها، وفي رواية: فإذا كان لك على رجل دين فأهدى إليك حبله من علف أو شعير أو حبله [يبدو لي أن الحبله بضم فسكون هي الحزمة المشدودة بالحبل ونحوه لأنه يقال كما في القاموس: حبله إذا شدّه بالحبل والله أعلم] من تبن فلا تقبله فإن ذلك من الربا، وأما قول أبي بن كعب فأخرجه البيهقي عن زر بن حبيش قال: قلت لأبي بن كعب: يا أبا المنذر إنني أريد الجهاد فآتي العراق فأقرض قال: إنك بأرض الربا فيها كثير فاش فإذا أقرضت رجلا فأهدى إليك هدية فخذ قرضك واردد إليه هديته، وأما أثر ابن عباس فأخرجه من طريق أبي صالح

عنه أنه قال في رجل كان له على رجل عشرون درهما فجعل يهدي إليه وجعل كلما أهدى إليه هدية باعها حتى بلغ ثمنها ثلاثة عشر درهما، فقال ابن عباس: لا تأخذ منه إلا سبعة دراهم، وأما أثر ابن مسعود فأخرجه عن ابن سيرين عنه أنه سئل عن رجل استقرض من رجل دراهم ثم إن المستقرض أفقر المقرض ظهر دابته - يعني أركبه -؟ فقال عبد الله: ما أصاب من ظهر دابته فهو ربا قال البيهقي: هذا منقطع، وأخرج من طريق سعيد بن منصور حدثنا إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد الضبي عن يزيد بن أبي يحيى صوابه يحيى بن يزيد الهنائي كما في تهذيب الكمال وهو من رجال مسلم قال: سألت أنس بن مالك رضي الله عنه: يا أبا حمزة الرجل منا يقرض أخاه المال فيهدي إليه فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى إليه طبقا فلا يقبله أو حمله على دابة فلا يركبها إلا أن يكون بينه وبينه قبل ذلك» .

أقول: أخرجه ابن ماجه وصرح ابن عياش عنده بالتحديث. وعتبة بن حميد في التقريب صدوق له أو هام.

وأخرج البيهقي أيضا من طريق مالك عن نافع أنه سمع ابن عمر رضي الله عنهما يقول: من أسلف سلفا فلا يشترط إلا قضاءه وأخرج هذا الحديث الدارقطني من طريق عطية بن بقية، حدثني أبي، حدثني لوزان بن سليمان، حدثنا هشام بن عروة عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: فذكره.

وقال ابن المنذر في الأوسط: أجمع أهل العلم على أن من أسلف رجلا سلفا مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله أن ذلك جائز وأن للمسلف أخذ ذلك، وأجمعوا على أن المسلف إذا اشترط عند سلفه هدية أو زيادة فأسلفه على ذلك أن أخذه الزيادة على ذلك ربا. هـ. (ج ١٠ / ص ٤٠٧) وفي هذا القدر ما فوق الكفاية لمن يهمله دينه.

قال المصنف رحمته الله:

(فإن رد عليه المقترض أجود من غير شرط) منه (جواز) بل استحب لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باشتراء ما هو خير مما اقترضه وإعطائه من أقرضه وقال: «إن من خيركم أو خيركم أحسنكم قضاء» رواه الشيخان عن أبي هريرة، وأخرج مسلم من حديث أبي رافع أنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرة - بفتح الموحدة - وأمره بإعطاء ربا كما سلف،

وأخرج النسائي عن العرياض بن سارية رضي الله عنه أنه باع للنبي صلى الله عليه وسلم بكراً فأتاه يتقاضاه ثمنه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا أقضيك إلا نجية» قال: فدعاني فأحسن قضائي وهذا دأبه صلى الله عليه وسلم في المعاملات التي من طباع البشر أن يماكسوا فيها فكيف بما هو من الإحسان الخالص؟.

قال المصنف رحمته الله:

(ويجوز شرط الرهن والضمان) الآتي بينهما قريباً وكذا نحو الإشهاد، لأن ذلك توثق واحتياط وليس من جر النفع في شيء، وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: «توفي النبي صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير» وروى البخاري وغيره عن أنس رضي الله عنه قال: رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعا عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله.

قال المصنف رحمته الله:

(ويجب) على المقرض (رد المثل) أي المماثل لما اقترضه في أوصافه التي تختلف بها القيمة، ولو كان متقوماً في الأصح وله رد عين ما اقترضه إن كان في ملكه ويجبر المقرض على قبوله إن لم يكن له عذر كما مضى بزيادته المتصلة فإن نقص تخير بين أخذه مع الأرش والمطالبة بالمثل السليم.

وله الرجوع فيه أيضاً من غير رضا المقرض على الأصح عند الأكثرين كما في الروضة (وإن أخذ عنه عوضاً جاز) وهو الاستبدال السابق ذكره مع غيره مبسوطاً.

(وإن أقرضه) شيئاً (ثم لقيه ببلد آخر فطالبه) بالأداء فيه (لزمه الدفع) أي الأداء للمثل (إن كان) القرض (ذهباً أو فضة ونحوهما) في خفة المحمل فالمراد بهما العُمَّلةُ منهما لأنها المتبادرة في عهد المصنف من اسمهما والواو في ونحوهما بمعنى أو فيما يبدو لي، وعبرة التنبيه: فإن أقرضه دراهم في بلد فلقيه في بلد آخر فطالبه بها لزمه دفعها إليه. انتهت. وزاد في المهذب قوله: فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لأنه لا ضرر عليه في أخذها فوجب أخذها. اهـ.

عبد الله رضي الله عنه قالت: أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم جداد خمسين وسقا تمرا وعشرين شعيرا بخير فجاءني عاصم بن عدي فقال لي: هل لك أن أوتيكَ مالك بخيرها هنا بالمدينة فأقبضه منك بكيه بخير فقالت: لا. حتى أسأل عن ذلك قالت: فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب في إمارته. فقال: لا تفعلني فكيف لك بالضمان فيما بين ذلك، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عباس مختصرا وترجم عليه بقوله: باب السفحة، وذكرها ابن المنذر في الأوسط، وذكر اختلاف العلماء في حكمها فحكى إياحتها عن الصحابة المذكورين والحسن بن علي لكن في إسناد هذا عنده، وعند ابن أبي شيبة رجل مبهم ثم قال: وهذا قول ابن سيرين، وإبراهيم النخعي، وعبد الرحمن بن الأسود، وحكاه عن أيوب، وحماد بن زيد من فعلهما، وعن الثوري أنه قال: لا بأس به إذا لم يكن ثم شرط قال: وقال أحمد، وإسحاق: لا بأس به إذا كان على وجه المعروف قال: وكرهت طائفة ذلك فحكاه عن الحسن وميمون بن أبي شبيب، وحماد بن أبي سليمان، وعبد بن أبي لبابة، ومالك، والأوزاعي، والليث بن سعد، والشافعي.

وكذلك حكى الزحيلي التحريم عن الحنفية، والمالكية، والشافعية ثم قال: والراجح عند الحنابلة هو جواز تلك المعاملة إن كانت بلا مقابل واختار ابن تيمية، وابن القيم، وابن قدامة القول بالجواز مطلقا لأن المنفعة لا تخص المقرض بل ينتفعان جميعا. ا.هـ. وهذه عبارة ابن قدامة في المغني: والصحيح جوازه لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها، ولأن هذا ليس منصوصا على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة. ا.هـ.

بابُ الرهنِ

لا يصحُّ إلا من مطلقِ التصرفِ بدينٍ لازمٍ كالثمنِ والقرضِ، أو يؤوَّلُ إلى اللزومِ، كالثمنِ في مدةِ الخيارِ، فإنَّ لمْ يلزمهُ الدينُ بعدُ، مثلُ أنْ يرهَنَ على ما سيقْرَضُهُ لمْ يصحَّ. وشرطُهُ: إيجابٌ وقبولٌ، ولا يلزمُ إلا بالقبضِ بإذنِ الراهنِ، فيجوزُ للراهنِ فسْخُهُ قبلَ القبضِ، وإذا لزمَ، فإن اتفقا أنْ يوضعَ عندَ أحدهما أو ثالثٍ وُضِعَ، وإلا وُضِعَهُ الحاكمُ عندَ عدلٍ.

وشرطُ المرهونِ أنْ يكونَ عينًا يجوزُ بيعُها، ولا ينفكُ من الرهنِ شيءٌ حتى يقضيَ جميعَ الدينِ، وليس للراهنِ أنْ يتصرفَ فيه بما يُبطلُ حقَّ المرتهنِ كبيعِ وهبةٍ، أو ينقصَ قيمتهُ كاللبسِ والوطءِ، ويجوزُ بما لا يضرُّ كركوبِ وسكنى، ولا يجوزُ رهنُهُ بدينٍ آخرَ ولو عندَ المرتهنِ، وعلى الراهنِ مؤونةُ الرهنِ، ويُلزمُ بها صيانةُ لحقِ المرتهنِ، وله زوائدهُ كلبينِ وثمرَةٍ، وإنْ هلكَ عندَ المرتهنِ بلا تفریطٍ لمْ يلزمهُ شيءٌ، أو بتفریطِ ضمنه، ولا يسقطُ بتلفه شيءٌ من الدينِ، والقولُ في القيمةِ قوله، وفي الردِّ قولُ الراهنِ.

وفائدةُ الرهنِ: بيعُ العينِ عندَ الحاجةِ إلى وفاءِ الحقِّ، فإن امتنعَ الراهنُ منه ألزمهُ الحاكمُ إما الوفاءَ أو البيعَ، فإن أصرَّ باعها الحاكمُ.

قال المصنف رحمه الله:

(باب الرهن)

والرهن في اللغة: الحبس. قال في المصباح: ورهنته المتاع بالدين رهنا حبسته به... وأرهنته بالألف لغة قليلة ومنعها الأكثر. ا.هـ. وعبارة الجوهري: تقول: رهننت الشيء عند فلان ورهنته الشيء وأرهنته. انتهت.

ويطلق الرهن فيها على الثبوت والإثبات والإدامة قال في شرح الروض: وشرعا جعل عين مالٍ وثيقةً بدينٍ يستوفى منها عند تعذر وفائه، والأصل فيه مع الإجماع قوله

تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] قال فيه البيضاوي: فالذي يستوثق به رهان أو فعليكم رهان أو فليؤخذ رهان، وقدره ابن جرير الطبري بقوله: فارتهنوا بديونكم... رهنًا تقبضونها... وهو حل معنى لإعراب، وأخبارٌ منها خبر الصحيحين أنه ﷺ رهن درعه عند يهودي وقد سبق أنفا، قال في شرح الروض: والوثائق بالحقوق ثلاثٌ شهادةٌ ورهنٌ وضمَانٌ فالشهادة لخوف الجحد والآخران لخوف الإفلاس.

قال المصنف رحمه الله:

(لا يصح) الرهن (إلا من مطلق التصرف) فيما يرهنه وهو البالغ العاقل غير المحجور عليه، وذلك لأن الرهن فرد من أفراد التصرف المالي قال في التحفة: والمراد به هنا أهل التبرع لأن الولي لا يرهن مال موليه إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة. اهـ. بمعناه مختصرا (بدين لازم) أي حال كونه بذلك (كالثمن) الذي اشتري به شيئا (والقرض) الذي اقترضه (أو يؤول إلى اللزوم) عطف على لازم من عطف الفعل على الاسم كما قال في الخلاصة:

واعطِفَ على اسمٍ شَبِهَ فِعْلٍ فِعْلا وَعكسا اسْتَعْمِلَ تجده سهلا

ومن أمثله: ﴿صَفَقَتِ وَيَقِضْنَ﴾ [الملك: ١٩] فكأنه قال: أو آيل إلى اللزوم وذلك (كالثمن في مدة الخيار) للمشتري وحده وكالأجرة قبل الانتفاع بالعين المؤجرة والصداق قبل الدخول (فإن لم يلزمه الدين بعد) أي الآن فقد ذكر صاحب التاج أن بعدُ قد يراد بها الآن واستشهد عليه بقول بعضهم:

كما قد دعاني في ابن منصور قبلها ومات فما حانت مَنِيَّتُهُ بَعْدُ

أي الآن، وقد نقل قبل ذلك عن أبي حاتم أنهم قالوا: إن قبل وبعد من الأضداد يستعمل كل منهما مكان الآخر، وأنه حُمِلَ على كون بعد بمعنى قبل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزُّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ﴾ [الأنبياء: ١٠٥]، وقوله ﷺ: ﴿وَالْأَرْضَ بَعْدَ ذَلِكَ دَحَاهَا﴾ [النازعات: ٣٠] لكن الأزهري منع ذلك وردّه فإن صح ما نقله أبو حاتم صح

حملها هنا على معنى قبل أي فإن لم يلزمه الدين أي لم يثبت عليه قبل الرهن (مثل أن يرهن) شيئاً (على ما سيقرضه) في المستقبل (لم يصح) لأنه وثيقة حق فلم يتقدم عليه كالشهادة، فإن فعل وقبضه المرتهن حُمِلَ على سوم الرهن ولا يغني عن عقد الرهن إذا تحقق شغلُ الذمة بالدين.

قال المصنف رحمته:

(وشرطه) أي ما لا بُدَّ منه فيه (إيجاب) من الراهن (وقبول) من المرتهن، وقد ذكر العاقدين في قوله: «من مطلق التصرف بدين لازم» إذ يفهم منه مع ما بعده أن الكلام في مدين ودائن وهما الراهن والمرتهن، وأن الرهن في الترجمة واقع على العقد فقد ذكر شرطهما ضمناً في قوله: مطلق التصرف، وإن لوحظ في الراهن معنى زائد وهو أهلية التبرع بمعونة المقام (ولا يلزم) الرهن بمعنى العقد (إلا بالقبض) من قبل المرتهن (بإذن الراهن فيجوز للراهن) إظهار في محل الإضمار (فسخه قبل القبض) بالقول أو الفعل كالبيع والإصداق والهبة مع الإقباض أو لا (وإذا لزم) بالقبض المأذون فيه ينظر (فإن اتفقا) على (أن يوضع عند أحدهما أو) عند (الثالث وُضِعَ) حيث اتفقا عليه لأن الحق لهما (وإلا) يتفقا على من يوضع عنده (وضعه الحاكم عند عدل) في الشهادة يراه قطعاً للنزاع، وظاهر عبارة المصنف أن هذا النزاع في أول الأمر بعد حصول القبض وهو تابع - فيما يبدو - لعبارة التنبيه وهي: ولا يلزم إلا بالقبض فإن اتفقا على أن يكون في يد المرتهن جاز، وإن اتفقا على أن يكون عند عدل جاز، فإن تشاحا سلمه الحاكم إلى عدل. انتهت بالحرف.

وأما في المهذب فقال: ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن، ويجوز أن يجعل في يد عدل لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك... ثم قال: فإن جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك لأنه حصل عند العدل برضاهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله فإن اتفقا على النقل إلى غيره جاز... فإن مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فاختلف الراهن ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن

عنده رفع الأمر إلى الحاكم فيجعله عند عدل... إلخ فلم يذكر أبو إسحاق في المهذب تدخّل الحاكم عند تنازعهما في أول الأمر خلافا لما ذكره في التنبيه، وفي الحاوي الكبير عند ذكر جواز شرط الرهن في البيع بعد كلام فإذا ثبت جواز اشتراطه في العقد فلا يخلو حالهما من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يشترط ترك الرهن في يد المرتهن فالواجب أن يوضع على يده لموجب شرطه. الثاني: أن يشترط وضعه على يد عدل فالواجب أن يوضع على يده ما لم يتفقا على غيره وليس لواحد منهما إذا حصل الرهن في يده أن ينتزعه منه ما لم يتغير حاله. الثالث: أن يُطلقا ولا يشترط تركه على يد المرتهن ولا عدل يتفقان عليه، فالأصح: أنهما إن اتفقا على تركه في يد من يرضيان به وإلا اختار لهما الحاكم عدلا وأمرهما بوضعه على يده. اهـ. باختصار دون إخلال.

وأما عبارة المنهاج فنصّها: إذا لزم الرهن فاليد فيه للمرتهن ولا تُزال إلا للانتفاع... ولو شرطا وضعه عند عدل جاز أو عند اثنين ونصّا على اجتماعهما على حفظه أو الانفراد به فذاك، وإن أطلقا فليس لأحدهما الانفراد في الأصح ولو مات العدل أو فسق جعلاه حيث يتفقان، وإن تشاحا وضعه الحاكم عند عدل. انتهت. وصوّر الخطيب التشاحّ بما إذا كان الرهن مشروطا في بيع أو وضعه عند عدل ففسق أو مات. اهـ. فقد فهم أن قول المنهاج وإن تشاحا.. إلخ عام للصورتين وفهم صاحب التحفة والنهية أنه قاصر على القسم الثاني ومثّل ما في المنهاج: في الروضة والروض والمنهج كالشرح الكبير وشرح البهجة، وفي حواشي شرح الروض إشارة خاطفة إلى أن ما في التنبيه في صورة التنازع ابتداء، وما في الروض كالروضة في صورة تغيير النائب عن الراهن والمرتهن، وهو الثالث الموضوع عنده، فالحاصل أن اليد في غير المشروط في البيع للمرتهن ما لم يخرج به باختياره أو يمنع مانع من وضعه في يده فيُنزَع من يده ويوضع عند من يتفقان عليه من العدول، وأما المشروط في البيع ففيه التفصيل الذي ذكره صاحب الحاوي وهو الذي ذُكر في التنبيه والعمدة، والله أعلم، فتأمل هذا وقد ذكر الشراح جواز الوضع عند الراهن برضى المرتهن خلافاً لظاهر

عبارة الغزالي في الوسيط واقتضاء سُكوتِ أبي إسحاق في كتابيه عنه.

قال المصنف رحمته:

(وشرط المرهون أن يكون عينا) لا منفعة ولا دينا (يجوز بيعها) عند الحلول لا نحو وقف وموصى به، ويصح رهن المشاع ويُقبض بقبض كله، وينقل المنقول بإذن الشريك فإن نقل بغير إذنه حرم وحصل القبض به، وإن أنابه المرتهن في القبض جاز، فإن تنازعا نصب الحاكم عدلَ شهادةٍ يكون في يده ويصير العدل نائبا عنهما ويؤجره هو أو الحاكم إن كان مما يؤجر ولو مع امتناعهما من الإجارة تنزيلا لهما منزلة المحجور عليه، أما العقار فيقبض من غير إذن الشريك ويصح رهن ما يسرع فساده إن أمكن إصلاحه أو كان الدين حالاً أو مؤجلاً يحل قبل فساده أو شرط بيعه عند مشاركته للفساد وجعل ثمنه رهنا، ويجب الإصلاح في الأولى على مالكة صونا لحق المرتهن وبيع في غيرها عند خوف الفساد ويجعل ثمنه رهنا في الثانية والثالثة ولا حاجة إلى الجعل في الأخيرة بل يصير رهنا.

قال المصنف رحمته:

(ولا ينفك من الرهن) أي المرهون (شيء حتى يقضي جميع الدين) لأنه وثيقة بجميع أجزاء الدين كالشهادة قال في النهاية: إجماعا كحق حبس المبيع وعتق المكاتب... فلو شرط أنه كلما قُضي من الحق شيء انفك من الرهن بقدره فسد الرهن لأشترط ما ينافيه كما قاله الماوردي. اهـ، ولو قال المصنف: حتى يبرأ من جميع الدين كان أولى ولو رهن نصف شيء بدين ونصفه الآخر بدين فبرئ من أحدهما انفك النصف المرهون به ولو رهن اثنان مشتركا بدين عليهما فبرئ أحدهما مما عليه انفك نصيبه.

قال المصنف رحمته:

(وليس للراهن أن يتصرف) أي يحتال ويتقلب لما يأتي في كلامه (فيه) أي في المرهون (بما) أي بفعل (يبطل حق المرتهن كبيع وهبة) وعبارة المنهاج مع النهاية: وليس للراهن المقبض تصرف مع غير المرتهن بغير إذنه يزيل الملك كبيع وهبة

ووقف، إذ لو صح لفاتت الوثيقة فإن كان معه أو بإذنه صح. انتهت. بإصلاح طفيف وعطف المصنف على قوله: يُبطل قوله: (أو ينقص) كينصر في الأفصح (قيمته كاللبس) للملبوس المرهون من نحو ثوب وخف (والوطة) للجارية المرهونة في زمن الرق خوفا من الحمل فيمن قد تحمّل وحسما للباب في غيرها.

وهل له غير الوطة من الاستمتاع؟ إن أمن الانجرار إلى الوطة فله ذلك وإلا فلا، وكالإجارة التي تزيد مدتها على محل الدين لأنها تقلل الرغبة فننقص القيمة فإن فعل لم ينفذ (ويجوز) التصرف والانتفاع (بما لا يضر) حق المرتهن (كركوب) لنحو الدابة والسيارة (وسكنى) للدار (ولا يجوز رهنه) أي المرهون بدين آخر (ولو) كان (عند المرتهن) توافق الدينان جنسا أو لا، وقت قيمته بالدينين أو لا؛ لأنه شغل مشغول فهو نقص من الوثيقة، قال سم العبادي فيما نقله عنه ع ش: المعتمد عند شيخنا الشهاب الرملي أنه لا يصح الرهن من المرتهن بدين آخر إلا بعد فسخ الأول فلا يكفي الإطلاق بخلاف رهنه من آخر بإذن المرتهن فإنه يصح ويكون فسحا للأول، وإن لم يتقدم فسخ. ا. هـ. ثم رأيت أنه في حاشيته على التحفة في شرح قول المتن: وله بإذن المرتهن ما منعه حيث قال ابن حجر: ويبطل الرهن بما يزيل الملك أو نحوه كالرهن لغيره وقضيته صحته منه بدين آخر لتضمنه فسخ الأول وهو واضح إن جعله فسحا وإلا فلا لمنافاته للعقد الأول مع بقاءه. ا. هـ. فابن حجر يرى أنهما إذا نويا في الرهن الثاني فسخ الأول كفى ذلك، والرملي يقول: لا يكفي بل لابد من الفسخ قبل العقد حيث رهن المرهون بدين آخر عند المرتهن واتفقا على كفاية العقد الثاني في فسخ الأول إذا كان المرهون عنده غير المرتهن، وقد أذن هو فيه.

تنبيه: نقل صاحب الفيض عن الجوّجريّ بفتح الجيمين وجوّجر كجوهر قرية بالسّمنودية. ا. هـ. تاج العروس، وفي معجم البلدان لياقوت جوّجر بجيمين مفتوحتين وراء بليدة بمصر من جهة دمياط في كورة السمنودية. اهـ، واسم الجوجري هذا محمد بن عبد المنعم ابن محمد شمس الدين الجوجري ثم القاهري من شيوخه: الجلال المحلي وكان يثق به كثيرا وتخرج به خلائق. راجع الضوء اللامع وما جرى

مجراه. أنه قال: وفي نسخة بخط المؤلف بغير لو والمعنى على الزيادة وتكون لو للتعميم. ا.هـ. ولا أدري أقوله: والمعنى إلخ من مقول الجوجري أم من كلام صاحب الفيض، وأنا أقول: الموافق لعبارة التنبيه وكلام المنهاج هو سقوط «ولو» مع أن امتناع الرهن من غير المرتهن داخل في قوله السابق: وليس للراهن تصرف إلخ، فالذي يحتاج للتنبيه عليه هو رهنه من المرتهن، وعبارة أبي إسحاق في التنبيه: وإن رهنه بدين آخر عند المرتهن ففيه قولان: أصحهما: أنه لا يجوز، وقال النووي في فصل شروط المرهون به من المنهاج... ويجوز بالثمن في مدة الخيار وبالدين رهن بعد رهن ولا يجوز أن يرهن المرهون عنده بدين آخر في الجديد... ثم قال بعد كلام كثير: وليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك... إلى أن قال: ولا رهنه لغيره، قال الرملي: أي غير المرهون عنده لمزاحمته حق الأول فيفوت مقصود الرهن، نعم يجوز بإذن المرتهن... إلخ.

وقال في الروضة في شروط المرهون به: ولو كان الشيء مرهونا بعشرة وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهونا بها أيضًا لم يصح على الجديد الأظهر، فإن أراد ذلك فطريقه أن يفسخ المرتهن الرهن الأول ثم يرهنه بالجميع... ثم قال في الباب الثالث في حكم المرهون بعد القبض...: وهو - أي الراهن - ممنوع من كل تصرف يزيل الملك وينقل العين كالبيع والهبة ونحوهما، ومما يزحم المرتهن في مقصود الرهن وهو الرهن عند غيره، ومن كل تصرف ينقص المرهون أو يقلل الرغبة فيه كالتزويج. ا.هـ.

وعبارة الوجيز: وفي الزيادة في الدين على مرهون واحد قولان، واختيارُ المزني جوازه. فقال الرافعي: ولو أقرضه عشرة إلخ ما في الروضة إلى أن قال: فقولان: القديم وبه قال مالك والمزني: أنه جائز كما تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد، والجديد وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يجوز كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن وإن وفي بالدينين جميعا، فإن أراد توثيقهما فسحًا واستأنفا رهنًا بالعشرين ويفارق الزيادة في الرهن بدين واحد لأن الدين شغل الرهن ولا ينعكس فالزيادة في الرهن شغل فارغ

والزيادة في الدين شغل مشغول، ونقل القاضي ابن كج وغيره أن له في الجديد قولاً آخر كالقديم وسواء كان كذلك أم لا، فالأصح المنع... وبعد ذلك بمراحل قال الغزالي: الباب الثالث في حكم المرهون بعد القبض... والنظر في أطراف ثلاثة: الأول: جانب الراهن وهو ممنوع عن كل تصرف قولي يزيل الملك كالبيع والهبة أو يزاحم حقه كالرهن من غيره أو ينقص كالنزويج أو يقلل الرغبة كالإجارة التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين، فبسط الرافي في شرح ذلك، فهذه النقول تدل على صحة سقوط لو في كلام المصنف، وإن لم تدل على صوابيته حتماً.

وإن تعجب فعجب قول صاحب الفيض: إن لو - على فرض ثبوتها عن المصنف - للتعميم أي لا للرد أو تقريره لذلك مما يدل على أنه لم يُراجع المنهاج فضلاً عن غيره.

قال المصنف رحمه الله:

(وعلى الراهن مؤنة الرهن) أي المرهون إن كان يحتاج إليها كعلف حيوان وسقي أشجار ونفقة جذاذ ثمار وتجفيفها إلى غير ذلك كأجرة طبيب وثمر دواء، والمراد بالراهن مالك المرهون وإن لم يكن هو الراهن فالتعبير به مجازة للغالب المتبادر إلى الأذهان من كون مالك الرهن هو المديان - أي: المدين (ويُلزم) مغير الصيغة (بها) أي يجبر عليها من الحاكم، وإن لم يكن الرهن ذاروح (صيانة لحق المرتهن) عن الضياع (وله) أي للراهن بالمعنى الآنف الذكر (زوائده) المنفصلة وهي ما يفرد بالعقد (كلبن و) ولد حادث بعد الرهن و(ثمرة) وبيض والمراد بكونها له أن الرهن لا يسري إليها بخلاف المتصلة فإنه يسري إليها، وعبارة التنبيه: وإن حدث من عين الرهن فائدة لم تكن حال العقد كالولد واللبن والثمرة فهو خارج عن الرهن. انتهت.

وإلا فأصل الرهن وزوائده كلها ملكه ما لم يبيع المرهون ويُعط ثمنه للمرتهن. أخرج ابن حبان، والحاكم، والدارقطني، والبيهقي عن أبي هريرة مرفوعاً: «لا يَغْلُقُ الرهن له غنمه وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» أي لا يستحقه المرتهن بدينه بل يرجع لصاحبه أو يباع له كما في كتب اللغة. قال الحافظ: أخرجه هؤلاء من طريق زياد بن سعد عن الزهري عن

سعيد بن المسيب عن أبي هريرة، وأخرجه ابن ماجه من طريق إسحاق بن راشد عن الزهري، وأخرجه الحاكم من طرق عن الزهري موصولة أيضاً، ورواه الأوزاعي، ويونس، وابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد مرسلًا. ١. هـ.

أقول: أخرجه الحاكم من طريق زياد بن سعد عن الزهري موصولاً كما قال الحافظ، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلافٍ فيه على أصحاب الزهري، وقد تابعه - يعني زياد بن سعد على وصله - مالك، وابن أبي ذئب، وسليمان بن أبي داود الحراني، ومحمد بن الوليد الزبيدي ومعمر بن راشد ثم سرد تلك الروايات، وقد رواه الدارقطني من طريق إسماعيل بن عياش عن الزبيدي عن الزهري موصولاً أيضاً كما رواه الحاكم، وإسماعيل قوي في الشاميين وقال: والزيدي شامي حمصي من كبار أصحاب الزهري ثقة ثبت حتى ورد عن الأوزاعي أنه قال: يُفَضَّلُ محمد بن الوليد على جميع من سمع من الزهري، وعن محمد بن عوف أنه قال: إذا جاءك الزبيدي عن الزهري فاستمسك به، وعن أبي داود أنه قال: ليس في حديثه خطأ كما في تهذيب التهذيب. وقال الدارقطني بعد: أن روى حديث زياد بن سعد الموصول: زياد بن سعد من الحفاظ الثقات وهذا إسناد حسن متصل والحسن يرتقي إلى الصحة بالمتابعة وهي هنا متوفرة بكثرة فقد وصله ستة غير زياد عن الزهري، وإن اختلف على بعضهم فيه على أن زياد بن سعد قال فيه سفيان بن عيينة كان أثبت أصحاب الزهري، وقال النسائي فيه: ثقة ثبت والحكم الأصولي بترجيح الوصل على الإرسال معروف.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن هلك) المرهون وهو (عند المرتهن بلا تفريط) أي تقصير منه (لم يلزمه شيء) لأن يده يد أمانة، وعلى ذلك يدل الحديث السالف آنفاً: «وعليه غرمه» أي على الراهن (أو) هلك (ب) سبب (تفريط) منه (ضمنه) بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان متقوماً على ما هو قياس الضمان في المتلفات (ولا يسقط بتلفه) في الحالين (شيء من الدين) إلا أنهما قد يتقاصان.

قال في النهاية: ولا يلزمه ضمانه بمثل أو قيمة إلا إن استعاره من الراهن أو تعدى فيه أو منع من رده بعد سقوط الدين والمطالبة أما بعد سقوطه وقبل المطالبة فهو باق على أمانته. ا.هـ.

(و) إذا اختلفا في (القول) المقبول (في القيمة) للمرهون التالف (قوله) أي المرتهن يمينه لأنه ضامن، ولأن الأصل عدم الزائد على ما قاله وبراءة ذمته منه (و) القول (في الرد) للمرهون إلى الراهن المنكر له (قول الراهن) لا اعتضاده بأصل النفي واستصحاب ما كان ولأن المرتهن قبضه لغرضه فأشبهه المستعير.

قال في الروضة: فرع: إذا ادعى المرتهن تلف المرهون في يده قبل قوله مع يمينه وإن ادعى رده إلى الراهن. قال العراقيون: القول قول الراهن مع يمينه لأنه أخذه لمنفعة نفسه فأشبهه المستعير بخلاف دعوى التلف فإنه لا يتعلق بالاختيار فلا تساعده فيه البينة، قالوا: وكذا حكم المستأجر إذا ادعى الرد ويقبل قول المودع والوكيل بغير جعل مع يمينهما لأنهما أمينان متمحضان وفي الوكيل بالجعل والمضارب والأجير المشترك إذا لم نضمه ذكروا وجهين: أحدهما: يقبل قولهم مع اليمين لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك وانتفاعهم بالعمل في العين لا بالعين بخلاف المرتهن والمستأجر، وهذه الطريقة هي طريقة أكثر الأصحاب لاسيما قداماؤهم وتابعهم الروياني، وقال بعض الخراسانيين من المرأوزة وغيرهم: كل أمين يصدق في دعوى الرد كالتلف فقد اتفقوا في الطرق على تصديق جميعهم في دعوى التلف، وفي عبارة الغزالي ما يقتضي خلافا فيه، وليس كذلك قطعا. ا.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(وفائدة الرهن بيع العين) المرهونة (عند الحاجة إلى وفاء الحق) من ثمنها ويقدم بقدر حقه على غيره من الدائنين للراهن فيبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن فإن امتنع من الإذن قال له الحاكم: إما أن تأذن وتأخذ حقتك من ثمنه، وإما أن تبرئه من دينك (فإن) أراد المرتهن بيعه و(امتنع الراهن منه ألزمه الحاكم إما الوفاء) أي الأداء للدين من غير المرهون (وأما البيع) بنفسه أو وكيله (فإن أصر) على امتناعه (باعها

الحاكم) نيابة عنه وأوفى حق المرتهن من ثمنها ولو كان الراهن غائباً أثبت المرتهن الحال عند الحاكم لبيعه له فإن لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم فله الاستقلال ببيعه كما في مسألة الظفر.

ذكر اختلاف العلماء في رهن المشاع:

قال ابن المنذر: قالت طائفة: رهن المشاع جائز كذلك قال مالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وعثمان البتي، وسوار، وعبيد الله بن الحسن، والشافعي، وأبو ثور، وقال أصحاب الرأي: لا يجوز وقال هو عن نفسه: رهن المشاع جائز كما يجوز بيع المشاع ويكون القبض فيه كالقبض في الشراء لا فرق بينهما.

ويلاحظ أنه لم يذكر قول أحمد، وإسحاق في ذلك، وقد ذكر ابن قدامة في المغني عن مذهب أحمد: أنه يجوز رهن المشاع ولم يتعرض هو أيضاً لقول إسحاق كالعادة.

الاستدلال:

ذكر صاحب المغني أن أصحاب الرأي استدلوا بأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به، فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع، بيان ذلك أن مقصود الرهن هو الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لأن شريكه ينتزعه يوم نوبته، ولأن استدامة القبض شرط وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب.

قال: ولنا أنها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالثمرة ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك، وما ذكروه يبطل برهن القاتل والمرتد ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية فإنه يصح عندهم. ١. هـ.

وقال ابن حزم: ورهن المرء حصته من شيء مشاع مما ينقسم أو لا ينقسم عند الشريك وعند غيره جائز لأن الله تعالى قال: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولم يخص تعالى مشاعاً من مقسوم: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤]، وذكر أنه قول داود أيضاً.

• ذكر الاختلاف في نماء الرهن:

حكى ابن المنذر عن أهل الرأي قولهم: إن ولد الجارية وثمار الشجر وألبان الماشية وأصوافها رهن مع الأصل، وذكر عن سفيان الثوري مثل قولهم في ولد الجارية وثمر الشجر، وحكى عن الشافعي وأبي ثور أن كل ذلك للراهن خارج عن الرهن، وعن مالك أن ثمر الشجر لا يكون رهنا إلا أن يشترط المرتهن دخوله، وأن ولد الجارية يكون رهنا وحكى عن الشعبي، والنخعي مثله في ولد الأمة، قال ابن المنذر: وبقول الشافعي أقول، قال: وغير جائز أن يجعل ما لم يعقد عليه الرهن رهنا إلا بحجة ولا حجة مع من خالف ما قلناه غير أنه إن رهن الجارية حاملا فالولد يدخل في الرهن لأن العقد شملهما. اهـ. وهنا أيضًا لم يذكُر قول أحمد، وقد ذكر الخِرقي، وصاحب المغني أن أجرة الدار وكسب العبد وحمل البهيمة وثمر الشجر واللبن والصوف ونحوها تكون رهنا في يد من الرهن في يده وإذا احتيج إلى بيعه للوفاء بيعت معه.

الاستدلال:

ذكر صاحب المغني أن من قالوا: لا يدخل ذلك في الرهن احتجوا بقول النبي ﷺ: «الرهن من رهنه له غنمه وعليه غُرمه» والنماء غنم فيكون للراهن ولأنها من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها فلم تكن رهنا كسائر ماله.

قال: ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالمملك بالبيع وغيره، ولأن النماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتمصل، ولأنه حق مستقر في الأم ثبت برضا المالك فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاء ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد، وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء، فأما الحديث فنقول به وإن غنمه ونمائه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل فإنه للراهن والحق متعلق به والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تَبَعٌ فثبت له حكم أصله. اهـ. وأنا أُقدِّر لابن قدامة أدبه وهدوءه في الاحتجاج وإنصافه فلله دره وهكذا فليكن الحوار

الإسلامي ولا سيما الداخلي.

وأقول أنا إن شاء الله: يدل هذا الحديث بجميع ألفاظ رواياته على افتراق حكمي الرهن والغنم من ثلاثة أوجهٍ أولها الفرق بينهما في الذكر حيث ذكر الرهن وحكم عليه بأنه من ضمان الراهن أو بعدم غلقه عند المرتهن ثم حكم فيه بأن الغنم للراهن فلولا أنه خارج من الرهن لم يكن ذلك إذ هو تبعيض لما هو رهن كله وملك للراهن كله حسب رأي المخالف بالحكم على بعضه بأنه للراهن، وهذا لا يصدر من عاقل عادي ناهيك عن أفصح الخلق الذي أوتي جوامع الكلم. ثانيها: إضافة الغنم إلى ضمير الرهن والإضافة إنما تكون لشيء مغاير لما يضاف إليه فدل على أن الغنم مغاير للرهن أي أنه ليس رهنا مثله. ثالثها: مقابلة قوله: «له غنمه» بقوله: «وعليه غرمه» يعني أنه كما أنه يغرمه إن تلف بمعنى أنه يكون من ضمانه لا يُطالب المرتهن بغرامته يستبد بالانتفاع بغنمه، وهذا ظاهر إن شاء الله إن لم أقل واضح، والله أعلم، فدلالة الحديث على مذهب الشافعي ومن معه ظاهرة إن شاء الله تعالى، ولا قياس في مقابلة النص، والله أعلم.

ذكر حكم الاختلاف في قدر الدين المرهون به:

حكى ابن المنذر عن النخعي، وعثمان البتي، والثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبي ثور، وأصحاب الرأي: أنه إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين المرهون به والرهن قائم فالقول قول الراهن، وحكى عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن أو قيمة الرهن، وحكى عن مالك أنه يحلف المرتهن فإذا حلف فإن كان الرهن بقدر ما ادعاه بلا زيادة ولا نقصان أخذه بعينه إن لم يختر الراهن أن يعطيه من غيره، وإن كان أنقص مما ادعاه قيل: للراهن إما أن يعطيه الذي حلف عليه، وإما أن تحلف على الذي قلت فيبطل عنك ما زاد على قدر الرهن مما حلف عليه المرتهن فإن لم يحلف لزمه ما زاده المرتهن.

قال ابن المنذر: القول قول الراهن مع يمينه لأن المرتهن مُدَّعٍ للفضل على ما

اعترف به الراهن، والنبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». ا.هـ. وما قاله هو الظاهر، والله أعلم.

ذكر الاختلاف في أن يد المرتهن يد أمانة أو يد ضمان:

قال الماوردي في الحاوي: اختلف الناس في الرهن هل هو مضمون على المرتهن أو غير مضمون على خمسة مذاهب: أحدها: وهو مذهبا- [يعني معاشر الشافعية] أن الرهن أمانة لا يُضمن إلا بالتعدي، وبه قال من الصحابة أبو هريرة رضي الله عنه ومن التابعين ابن المسيب، ومن الفقهاء ابن أبي ذئب، وأحمد بن حنبل، وأبو ثور. ثانيها: أن الرهن مضمون بأقل الأمرين قيمته والحق المرهون به، وبه قال من الصحابة عمر رضي الله عنه، ومن الفقهاء أبو حنيفة وصاحبه، وإبراهيم النخعي، وسفيان الثوري. ثالثها: أنه مضمون بقيمته، وإن زادت على الحق ويتدان الفضل فإن كانت القيمة أقل من الحق ضمنه بقيمته وأعطاه الراهن ما زاد عليها من حقه، وإن كانت أكثر منه ضمنه بها ورجع على الراهن بحقه- هذا ما فهمته من كلامه- قال: وبه قال من الصحابة علي رضي الله عنه ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء إسحاق. رابعها: أن الرهن مضمون بقدر الحق بالغاً ما بلغ ولا التفات إلى قيمته حتى لو كان الرهن بقدر درهم والحق ألفاً أو أكثر ضمنه بالألف فما زاد، قال: وبه قال شريح، والحسن البصري، والشعبي. خامسها: أنه إن كان تلفه بأمر ظاهر معروف فهو غير مضمون، وإن لم يثبت إلا بقوله فهو مضمون بقيمته وهو مذهب مالك. ا.هـ. باختصار.

وعبارة الاستذكار في حكاية مذهب مالك: ... فقال مالك بن أنس، والأوزاعي، وعثمان البتي: إذا كان الرهن مما يخفى هلاكه نحو الذهب والفضة والثياب والحلي والسيف واللجام وسائر ما يُغاب عليه من المتاع ويخفى هلاكه فهو مضمون على المرتهن إن هلك وخفي هلاكه ويتدان الفضل فيما بينهما، فإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين ذهب الدين كله ويرجع الراهن على المرتهن بفضل قيمة الرهن، وإن كانت قيمة الرهن مثل الدين ذهب بما فيه، وإن كانت أقل أتم الراهن للمرتهن دينه... وكان مالك، وابن القاسم يذهبان فيما يُغاب عليه من الرهن أنه إن قامت البينة على

هلاكه فليس بمضمون إلا أن يتعدى فيه المرتهن أو يضيعه فيضمن، وقال أشهب: كل ما يُغاب عليه مضمون على المرتهن خفي هلاكه أو ظهر، واتفق مالك وأصحابه والأوزاعي، وعثمان البتّي في الرهن إذا كان مما يظهر هلاكه نحو الدور والأرضين والحيوان ونحو ذلك فهلك أنه من مال الراهن ومصيبته منه، وذكر أنه ورد بأحسن الأسانيد في المسألة عن عليّ بن أبي حمزة مثل قول أبي حنيفة وحكى قول شريح ومن معه كما يلي:

وقال شريح القاضي، وعامر الشعبي، وشريك وغير واحد من الكوفيين: يذهب الرهن بما فيه من الدين إذا هلك سواء كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وهو قول الفقهاء السبعة المدنيين إلا أنهم إنما يجعلونه كذلك إذا عميت قيمته ولم تقم بينة على ما فيه فإن قامت تراذًا الفضل، وبه قال الليث بن سعد، ومالك بن أنس: إذا عميت قيمة الرهن وأقر الراهن والمرتهن أنهما لا يعرفانها وزاد في القائلين بقول الشافعي الزهريّ وعمرو بن دينار ومسلم بن خالد الزنجي وداود بن علي الظاهري ثم قال: وجمهور أهل الحديث.

الاحتجاج:

ذكر أبو عمر أن الشافعي ومن معه حجّتهم حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: «الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» وقال هؤلاء معنى قوله: «له غنمه» أي له غلته وخراجه وفائدته كما له رقبته ومعنى: «عليه غرمه» أي فكاكه ومصيبته، وقال مالك وأصحابه: معنى الجملة الأولى كما قال أولئك ومعنى: «عليه غرمه» أي نفقته، وليس الفكاك والمصيبة؛ لأن الغنم إذا كان الغلة ونحوها كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة، وأفاد أنهم فيما غاب هلاكه قاسوا المرتهن على المستعير بجامع الأخذ لمنفعة نفسه، وذكر أيضًا أن أبا حنيفة وأصحابه فسروا الغنم بما فضل عن الدين وغرمه بما نقص من الدين، والرهن عندهم مضمون بالدين لا بنفسه ولا بقيمته كما ذكر أن الشافعي احتج بأن قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يغلق الرهن»... إلخ قول عام فيما ظهر هلاكه وبطن ولا يُقبل الفرق بين الأشياء بغير دليل

وبأن الأمانة لا فرق فيها في عدم الضمان، وأن ما يُضمن - يعني في غير هذا الموضوع - مضمون لا فرق فيه أيضًا، واحتج على قول الكوفيين بأن المضمونات إنما تضمن بالقيمة فما فعلوه هنا تحكم فإن ذكروا الرواية عن عليّ فالخلاف عن عليّ موجود والسنة دلت على أن الرهن أمانة.

قال: ولكل هذه الطوائف حجج يطول ذكرها قد تقصّأها أصحابهم كل لمذهبه وذكر أنه اختصر كلام الشافعي وأنا قد اختصرت كلامه هو وقد بان أنه يميل إلى مذهب الشافعي لاستقوائه لدليله حيث طوى ذكر ما قال: إن الطوائف ذكروها، والله الموفق، وأنا أكتفي بهذا القدر أيضًا إلا أنني أودّ أن أكتب ما احتج به ابن المنذر المذكور بحياده وتمسكه بالدليل، لقول الشافعي ومن معه وهو أنهم أجمعوا على أن الرهن باق على ملك الراهن ولم تقم حجة على أن فيه للمرتهن شيئًا فيكون التالف محسوبًا على مالكة ثم أضاف إلى ذلك حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «لا يغلق الرهن...».

باب التفليس

إذا لزمه دينٌ حالٌ فطولبَ فادعى الإعسارَ، فإنَّ عَهْدَ لَهُ مَالٌ حُبَسَ حَتَّى يَقيَمَ بَيْنَهُ عَلَى إِعسارِهِ، وَإِلَّا حَلَفَ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ إِلَى أَنْ يوسرَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَامتنَعَ مِنَ الوفاءِ، باعَهُ الحَاكِمُ وَوَفَّى عَنْهُ، فَإِنْ لَمْ يَفِ مَالُهُ بِدينِهِ وَسَأَلَ هُوَ أَوْ وَكِيلُهُ أَوْ غرْمَاؤُهُ الحَاكِمَ الحَجَرَ حَجَرَ عَلَيْهِ، فَإِذَا حَجَرَ لَمْ يَنْفُذْ تَصْرُفُهُ فِي المَالِ، وَيَنْفِقُ عَلَيْهِ وَعَلَى عِيَالِهِ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ، ثُمَّ يبيعهُ الحَاكِمُ وَيحتاطُ، وَيَقْسِمُهُ عَلَى قَدْرِ ديونِهِمْ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ دَيْنُهُ مَوْجَلٌ يَجْعَلُهُ تَحْتَ يَدِهِ وَلَمْ يُقْضَ، أَوْ مَنْ عِنْدَهُ بِدينِهِ رهنٌ خُصَّ مِنْ ثمنِهِ بِقَدْرِ دَيْنِهِ.

ولو وجدَ أحدهمَ عينَ مالِهِ التي باعها لَهُ، فَإِنْ شاء ضاربَ مَعَ الغرماءِ، وَإِنْ شاء فسخَ البِيعَ وَرَجَعَ فِيهَا، إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مانِعٌ مِنَ الرجوعِ فِيهَا، مِثْلَ أَنْ تُسْتَحَقَّ بِشُفْعَةٍ، أَوْ رهنٍ، أَوْ خُلِطَتْ بِأجودٍ، وَنحوِ ذَلِكَ. وَيُتْرَكُ للمفلسِ دَسْتُ ثوبٍ يَلِيقُ بِهِ، وَقَوْتُهُ وَقَوْتُ عِيَالِهِ يَوْمَ القِسْمَةِ.

قال المصنف رحمته:

(باب التفليس)

التفليس: هو النسبة إلى الفليس بالتحريك وهو الخلو من المال.

قال في المصباح: وفلسه القاضي تفليسا نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مُفْلِسًا، وفي المعجم الوسيط أفلس فلان فقد ماله فأعسر بعد يُسر، فهو مُفْلِسٌ، وفلس القاضي فلانا حكم بإفلاسه، وفي شرح الروض: هو لغة النداء على المفلس وشهره بصفة الإفلاس... وشرعا جعل الحاكم المديون مفلسا بمنعه من التصرف في ماله، وفي الروض: المفلس شرعا من حُجِرَ عليه لنقص ماله عن دين عليه لآدمي، وقد أيد الرملي في حواشيه هذا التعريف خلافا لشارح الروض.

والأصل ما أخرجه الدارقطني، والحاكم، والبيهقي من حديث كعب بن مالك رضي الله عنه

أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه، وقد اختلف في وصله وإرساله، وقال الحاكم في الموصول: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، وبهامشه أن الذهبي وافقه على حكمه، وقال ابن عبد الهادي في التنقيح: وفي قوله نظر والمشهور في الحديث: الإرسال. ١. هـ. وأما ابن الجوزي فقال في التحقيق: وقد روي عن كعب بن مالك من وجوه وطرق أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن كعب بن مالك... قال سعيد بن منصور: حدثنا ابن المبارك، أنبأنا معمر عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل شابا سخيا وكان لا يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فأتى رسول الله ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ من أجل رسول الله ﷺ فباع رسول الله ﷺ لهم ماله حتى قام معاذ بغير شيء. ١. هـ. وقد اطلعت أنا على هذا الحديث عند عبد الرزاق في مصنفه وفيه بعد قوله: عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك: عن أبيه فهو موصول عنده، وبعد أن ذكر المتن نحوًا مما ذكره ابن المبارك إلى قوله: بغير شيء قال: حتى إذا كان عام فتح مكة بعثه النبي ﷺ على طائفة من اليمن أميرًا ليَجْبِرَهُ فمكث معاذ باليمن، وكان أول من تجر في مال الله هو ومكث حتى أصاب وحتى قبض النبي ﷺ فلما قبض - قديم من المطالب العالية - قال عمر لأبي بكر: أرسل إلى هذا الرجل فدع له ما يعيشه وخذ سائر منه، فقال أبو بكر: إنما بعثه النبي ﷺ ليَجْبِرَهُ ولست بأخذ منه شيئًا إلا أن يعطيني فذكر عمر ذلك لمعاذ، فقال معاذ: إنما أرسلني رسول الله ﷺ ليَجْبِرَنِي وَلَسْتُ بفاعل ثم لقي معاذ عمر فقال: قد أطعتك وأنا فاعل ما أمرتني به إني رأيت في المنام أنني في حومة ماء قد خشيت الغرق فخلصتني منه يا عمر، فأتى معاذ أبا بكر فذكر ذلك له وحلف له أنه لم يكتمه شيئًا حتى بين له سوطه فقال أبو بكر: والله لا أخذه منك قد وهبته لك، قال عمر: هذا حين طاب وحل، قال: فخرج معاذ عند ذلك إلى الشام. ١. هـ. وذكر ذلك عبد الرزاق في باب المفلس والمحجور عليه، وورد في لسان الميزان في ترجمة إبراهيم بن معاوية أن عبد الرزاق لم يقل في هذا

الحديث: عن أبيه فعَلَّ نُسَخَهُ مختلفة، والله أعلم، وأما قول الحاكم المذكور: إنه على شرط الشيخين فمردود بأن إبراهيم هذا راوِيَهُ عن هشام بن يوسف لا رواية له في شيء من الكتب الستة فضلا عن الشيخين وهذا وجه النظر الذي ذكره ابن عبد الهادي، لكنه لم ينفرد به فقد تابعه عن هشام بن يوسف، عن معمر إبراهيم بن موسى وهو الفراء الصغير الحافظ الكبير، فيما يبدو وسليمان الشاذكوني عند البيهقي، والله أعلم. وإن كان هذا لا يُفْرَحُ به.

قال المصنف رحمته:

(إذا لزمه) أي الشخص المعلوم من المقام (دين حال) أي مستحقُّ حالاً (فطوب) به (فادعى الإعسار) أي أنه لا مال له يقضي به الدينَ نُظِرَ (فإن عهد) أي عُرف سابقا (له) أي كائنا له (مالٌ حَسِب) أي حسبته الحاكم بعد ثبوت ذلك عنده (حتى يقسم بينة على إعساره) وهي رجلان فصاعدا لا سافلا، وشرطهما: خِبْرَةٌ باطنه لنحو طول جوار ومخالطة مع مشاهدة علامات الضر والضيق عليه إلى أن يغلب الظنُّ بإعساره فلا يجوز الاعتماد على ظاهر حاله؛ إذ قد يُخْفِي مالا يجب بذله في الدين ولا يُمَحِّضَانِ النفي في الشهادة بل يشهدان أنه معسر لا يملك إلا ما يُبْقَى له ولمونه وَيُيَنِّانِ هذا المُبْقَى تفصيلا فلو مَحِّضَاهُ، أو أحدهما نحو لا يملك شيئا عَصِيَا وكفت هذه الشهادة في ثبوت إعساره؛ إذ الكذبة الواحدة لا ترد بها الشهادة، قال البجيرمي: كذا اعتمده م - أي محمد الرملي - ولا تصريح في النهاية باعتماده بل إشعارٌ به فلعله في غيرها، وظاهر التحفة اعتمادُ رَدِّها، قال في التحفة: ولو ادعى غريمه ولو بعد ثبوت إعساره أن له مالا لا تعلمه البينة وطلب حلفه لزمه الحلف على نفيه.

ونحو محجور وغائب وجهة عامة: لا يتوقف التحليف لأجله على طلب قال: ولو تعارضت بينة يسار وبينة إعسار قدمت الأولى عند جمع متقدمين وقيدته آخرون بما إذا جهل حاله، فإن عرف له مال قبلُ قُدِّمَتِ الثانية. ١. هـ. أي لأن معها زيادة علم فمحله إذا كان اعتماد بينة اليسار على استصحاب ما كان وإلا فإن قالت: إنه يملك الآن كذا فالظاهر تقديمها لأنها التي معها زيادة علم ويحتمل القول بما أفتى به

ابن الصلاح ونقله عنه صاحبها المغني والنهاية من تقديم المتأخرة منهما ما لم تحصل ريبة بالتكرار بأن يتكرر تعاقبهما فذلك يُورث ريبة في المتأخرة بالانحياز لطرفها والدفاع عنه على كل حال، والله أعلم.

وإن عجز عن البينة وكل به القاضي من يبحث عن حاله فإذا ظن إيساره ظنا مؤكداً شهد به وخُلِّي سبيله لئلا يتخلد في الحبس، وهذا كله إذا لم يعرف الحاكم إيساره وإلا فلا يحبسه وإذا ثبت إيساره أمهل حتى يوسر لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُوْعُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] كما في قول المصنف: (وإلا) يُعهد له مال (حلف) على إيساره كما يحلف مع البينة في الأولى بطلب الغريم (وخُلِّي سبيله إلى أن يوسر) أي لم يحبس ولم يُلازم فتخلية السبيل كناية عن عدم التعرض له أو استعارة تمثيلية.

فائدُهُ فِي أَحْكَامِ الْمَسْجُونِ: قال في الروضة: وإذا حُبِسَ المفلِسُ لم يَأْتِ بِتَرْكِ الْجُمُعَةِ إِذَا كَانَ مَعْسِراً... والنفقة في الحبس في ماله على المذهب، وإذا كان ذا صنعة مُكِّنَ من عملها في الحبس على الأصح قال: ورأيت في فتاوى الغزالي أنه لا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت المصلحة في منعه، وأنه إذا رأى القاضي تأكيد الحبس عليه بمنعه من التمتع بزوجته ومحادثة الصديق كان له ذلك وليس له منع الزوجة من الدخول إلى المحبس لحاجة كحمل الطعام إليه ونحوه، وإن مرض ولم يجد من يخدمه فيه أُخْرِجَ فَإِنْ وَجَدَهُ فِيهِ وَجْهَانِ. ١. هـ. وعبارة نهاية الرملي: ويُخْرِجُ الْمَجْنُونُ مِنَ الْحَبْسِ مَطْلَقاً وَالْمَرِيضُ إِنْ فَقَدَ مُمَرِّضاً فَإِنْ وَجَدَهُ فَلَا، والكلام هنا في طرؤ المرض على المحبوس فلا ينافي عدم حبس المريض ابتداءً قال: وأجرة الحبس والسجان على المحبوس. (!).

قال المصنف رحمه الله:

(فإن كان له مال) يفى بديونه (وامتنع من الوفاء) أي إيفاء الدين الذي عليه أمره الحاكم بإيفائه وهدده فإن أصر (باعه) أي ماله (الحاكم) نيابة عنه (ووفى عنه) ونقل النووي في زيادة الروضة عن القاضي أبي الطيب والأصحاب أنه إذا امتنع فالحاكم

بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه وإن شاء أكرهه على بيعه بالحبس وغيره حتى يبيعه، وعبارة التحفة: فإن امتنع تولّى بيع ماله أو أكرهه بالضرب والحبس إلى أن يبيعه ويكرر ضربه لكن يمهل في كل مرة حتى يبرأ من ألم الأولى لئلا يؤدي إلى قتله خلافاً لما أطال به السبكي ومن تبعه، قال ع ش: ولا ضمان عليه إن مات بسبب ذلك.

قال المصنف رحمته:

(فإن لم يف ماله بدينه) لكثرت، وقلة المال (وسأل هو) أي المفلس (أو) سأل (غرماءه) جمع غريم بمعنى دائن والتعبير بالجمع مجازة للعادة الغالبة، وإلا فليس تعدد الغريم شرطاً، وإنما الشرط زيادة الدين على مال المدين، فإذا سأل من ذكر (الحاكم الحجر) على المفلس (حجر عليه) أي منعه من التصرف في ماله كيلا يتلف أمواله، فإن أخفى شيئاً منه حبسه القاضي حتى يظهره، فإن لم ينزجر بالحبس زاد في تعزيره بما يراه وسيلة ناجعة فيه فشرط الحجر: أربعة الالتماس، وكونه من المفلس أو ممن دئنه زائد على مال المفلس ولو لم يجتمع عليه كل الغرماء، وكون الدين زائداً على قدر المال وكونه حالاً فإذا حجر عليه استحب الإشهاد عليه بل إشهاره ليحذر الناس معاملته.

(فإذا حجر) عليه فإن تصرف (لم ينفذ تصرفه) المبتدأ (في المال) الموجود لديه عند الحجر لا في ذمته كأن يشتري أو يبيع فيها فيصح ويثبت في ذمته ويسري الحجر إلى ما ملكه بذلك وغيره كهبة ووصية واحتطاب وغيرها، أما تصرفه في غير المال كالنكاح والطلاق والخلع والقصاص وغيرها فنافذ (وينفق) الحاكم (عليه وعلى عياله منه) أي من ماله حتى قسّمه على دائنيه نفقة المعسرين (إن لم يكن له كسب) يقوم بكفائتهم فإن كان له ذلك لم ينفق منه (ثم يبيعه) أي ماله (الحاكم) مبادراً بقدر الإمكان ولا يُفِرط في الاستعجال لئلا يُرغَب فيه بثمن بخس، ويقدم نحو المرهون ويخص المرتهن من ثمنه بقدر حقه كما يأتي فإن فضل منه شيء ضمه إلى أمواله، وإن بقي شيء من دين المرتهن قاسم الغرماء بنسبته ويبيع أولاً ما يخاف فساده ثم الحيوان ثم سائر المنقولات وبعدها العقار ويجب كون البيع بثمن المثل حالاً من نقد البلد

فإن كانت الديون من غير نقد البلد ولم يرض الغرماء بغير جنس حقهم صرفه إليه وإلا جاز صرفه إليهم إلا في دين السلم لامتناع الاعتياض عنه كما مضى، وما ذكرناه هو معنى قول المصنف: (ويحتاط) فيه، ومن الاحتياط أيضاً ألا يُسَلَّم المبيع قبل قبض الثمن، وكون البيع بمشهد المفلس والغرماء ليطمئنوا من العدالة والإنصاف وهذا مستحبٌ (ويقسمه) أي ما تحصّل عنده بينهم (على قدر ديونهم) أي على النسبة فيما بينها تساوياً أو تفاوتاً فإن كان الغريم واحداً أعطاه إياه (وإن كان فيهم) أي في الغرماء من حيث هم لا بالمعنى السابق (مَن دينُهُ مؤجل) عند القسمة (لم يُقَضَّ) دينُهُ أما الذي حلّ عند القسمة فيلتحق بالحال عند الحجر، وكما لا يقضي المؤجل الآن لا يُفَرِّز له شيء بل ينتظر وقته (أو مَن عنده بدينه رهن) أي مرهون (خص من ثمنه بقدر) أي مقدار (دينه) لأن ذلك فائدة توفّقه به وما فضل منه رد على الباقي، وإن ظهر بعد القسمة دين أخذ من المقسوم عليهم وأعطى بنسبة دينه فمثلاً إذا قسم ألف على شخصين لكل منهما ألف حصل كل منهما على خمسمائة ثم إذا ظهر صاحب ألفٍ آخر أخذ من كل من الأولين ثلث ما أخذ، إذ لو ظهر قبل القسمة كانت أثلاثاً فكذلك بعدها لثبوت استحقاقه حينها فإن كان أحدهما أتلّف ما أخذه، فإن كان موسراً ضمن نصيب الذي ظهر مما أتلّفه، وإن كان معسراً أخذ هذا الثالث من الآخر الذي لم يتلّف نصف ما بيده كأنه كل مال المفلس فإذا أيسر المُتلف أخذ ما منه ثلث ما أخذه واقتسماه نصفين: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧].

هذا وقد مرّ بنا حديث كعب بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله وباعه وقسمه بين غرمائه حتى قام معاذ بغير شيء، وأخرج البيهقي في السنن الكبرى بإسناد فيه الحسن بن عمارة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: كان رجلان من جهينة بينهما غلام فأعتقه أحدهما فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فضمّنه إياه وكانت له قريب من مائتي شاة فباعها فأعطاها صاحبه، قال البيهقي: وقد رواه الثوري عن أبي مجلز مرسلًا وهو أشبه، وأخرج أيضاً من طريق مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف عن أبيه أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس

فَرُفِعَ أَمْرُهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ: أَمَا بَعْدَ أَيُّهَا النَّاسُ فَإِنَّ الْأَسْفِيفَ أُسْفِيفَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ أَنْ يُقَالَ: سَبَقَ الْحَاجُّ أَلَا إِنَّهُ قَدْ آذَانَ فَأَصْبَحَ وَقَدْ رِينَ بِهِ - (رِينَ: وَقَعَ فِيمَا لَا طَاقَةَ لَهُ بِهِ وَلَا يُسْتَطِيعُ الْخُرُوجَ مِنْهُ الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ -) فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ نَقْسِمَ مَالَهُ بَيْنَ غَرْمَائِهِ وَإِيَّاكُمْ وَالِدِينَ فَإِنْ أَوْلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرْبٌ - (حَرْبٌ حَرْبًا أُخِذَ جَمِيعُ مَالِهِ).

وأخرج من طريقٍ أخرى عن أيوب أنه قال: نُبِئْتُ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ بِمِثْلِ ذَلِكَ، وَقَالَ: نَقَسَمَ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ. وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْأَسْفِيفَ اسْمٌ عَلِمَ عَلَى الرَّجُلِ وَأَصْلُهُ تَصْغِيرُ الْأَسْفَعِ وَهُوَ الْأَسْوَدُ أَوْ مَنْ يَخْدَهُ سِوَادٌ. ثُمَّ وَجَدْتُ ذَلِكَ فِي الْقَامُوسِ الْمَجْدِيِّ. وَلَمْ يَكُنْ ظَنِّي وَحْدَهُ بِالْمُجْدِيِّ.

تنبيه: قال علماؤنا: قاعدة الباب أن المفلس لا يؤمر بالتحصيل فلا يجب عليه الكسب ولا إيجار نفسه لوفاء الدين لقوله تعالى: ﴿فَنَظَرْنَا إِلَى مِيسِرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] أمر بإنظاره ولم يأمر باكتسابه، ولقوله صَلَّى في خبر أبي سعيد عند مسلم وغيره: «ليس لكم إلا ذلك»، وفي خبر ابن كعب بن مالك عند البيهقي عن معاذ وغمائه أن النبي صَلَّى لم يزداهم على أن خلع لهم ماله، وفي خبر أورده من طريق الواقدي عن جابر رَضِيَ أن غرماءه قالوا للنبي صَلَّى: بعه لنا - يعنون معاذًا نفسه - فقال رسول الله صَلَّى: «خلوا عنه فليس لكم عليه سبيل».

وعلم من ذلك أنه لا يُباع في دينه بالأولى، وأما ما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ أن النبي صَلَّى باع حُرًّا أفلس في دينه، وأخرج نحوه من غير وجه فقد أجاب هو عنه بأن في إجماع العلماء على خلافه دليلًا على ضعفه أو نسخه إن كان ثابتًا، ثم ذكر أن أبا داود روى في مراسيله عن الزهري أنه قال: كان يكون على عهد رسول الله صَلَّى ديون على رجال ما علمنا حُرًّا بيع في دين. ١. هـ.

ذكر المذاهب في إيجار المفلس نفسه للدين:

قد ذكرنا مذهب الشافعية في ذلك وهذه عبارة المزني في المختصر قال الشافعي رَضِيَ: وليس على المفلس أن يؤجر، وذو العسرة يُنظر إلى ميسرة، فقال

الماوردي في شرحه: وهذا كما قال.

وقال مالك، وأحمد: يجب أن يؤاجر الحاكم بأجرة تقضي بها باقي ديونه.
أقول: وكذا قال ابن حزم الظاهري وحكاه عن الليث بن سعد، وداود الظاهري،
وهو محكي عن عمر بن عبد العزيز عملا والعنبري وإسحاق، لكن الذي في الشرح
الكبير ومثنه من كتب المالكية أنه لا يُلزم المفلس بتكسب وتسلفٍ ولا قبوله وقبول
صدقة ولا استشفاع وعفو للدية... إلخ. وكذلك حكى صاحب المغني عن مالك
مثل قول الشافعي فقط.

الاحتجاج:

احتج صاحب المغني للقول بعدم الإيجاب بالآية الكريمة السابقة: ﴿فَنظَرَةُ إِلَىٰ
مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وبحديث أبي سعيد المتقدم وبالقياس على قبول الهبة
والصدقة، وتزوج المرأة لتأخذ المهر.

وللقول بالإيجاب بحديث صحابي اسمه سُرَّق (-بضم أوله وتشديد الراء بعدها
قاف وضبطه العسكري بتخفيف الراء وزن غدر وعمر، وأنكر على أصحاب الحديث
تشديد الراء، ويقال: اسم أبيه أسد صحابي نزل مصر. ا.هـ. الإصابة-) أن النبي ﷺ
باعه بأربعة أبعرة في دين ركبِه فقال غرماؤه لمن اشتراه: ما تصنع به قال: أُعْتَقَهُ قالوا:
فَلَسْنَا بِأَزْهَدٍ فِي الْأَجْرِ مِنْكَ فَأَعْتَقُوهُ.

ولم يَعْزُهُ إِلَىٰ أَحَدٍ وقد رواه البيهقي وأجاب عنه بالضعف أو النسخ كما مضى
قال صاحب المغني: والحر لا يباع فثبت أنه باع منفعه، وبقياس المنفعة على العين
بجامع صحة العقد عليهما والمنع من أخذ الزكاة عند الغنى بالكسب فكما تباع العين
من أموال المفلس تباع المنفعة أي يؤاجر، وبالقياس على أم ولده وبقياس قدرته على
الكسب بالقدرة على المال.

وأجاب عن احتمال النسخ لما في حديث سُرَّق بأن النسخ لا يثبت بالاحتمال مع
أنه لم يثبت أن يبيع الحركان جائزا في شريعتنا قال: وتقدير المضاف كثير في الكلام
وحمل الإعتاق على الإعفاء من الحق بدليل أن الغرماء لم يملكوه، وإنما يملكون

الدين الذي عليه، وأجاب عن الاستدلال بالآية بأن القادر على الكسب موثر فلا يدخل فيها بدليل حرمانه من الزكاة ووجوب مؤنة العيال عليه، وعن حديث أبي سعيد بأنه قضية عين ولم يثبت أن لذلك المدين كسبا، وعن القياس على قبول نحو الهبة بالفرق بوجود المنة والمعرة في ذلك دون ما هنا، ولم يتعرض للإجابة عن تزوج المرأة لتقضي بالمهر دينها الذي ذكره سابقا، وقد ذكر صاحب الإنصاف أن الصحيح من مذهب أحمد هو الإجماع وهو ما يظهر من صنيع صاحب المغني أيضًا.

وأجاب الماوردي من جانبه عن حديث سُرَّق بأنه منقطع ولو صح حُمل على إمكان أنه كان عبدا باعه في ديون سيده - وهذا بعيد من سياق الحديث - أو كان حرا فأجره باختياره، وأخيرا باحتمال النسخ، وأجاب عن قياس القدرة على الكسب بالقدرة على المال بجامع تحريم الزكاة بأنه منقوض بذات الزوج فإن الزوج يقوم مقام المال في تحريم الصدقة ولا يقوم مقامه في قضاء الدين، وبأن الأبوين كالمال في تحريم الصدقة دون الدين، ثم المعنى في الصدقة أنه يستبيحها المحتاج والقادر على الكسب غير محتاج، وقضاء الدين يتعلق بالمال والقدرة على الكسب ليست بمال.

وأجاب عن قياس المنفعة على العين بأنها ليست مالا ولو كانت مالا لوجب على من غصب حرا ضماناً منفعه.

وقال ابن حزم: أمر الله تعالى بالقيام بالقسط ونهى عن المظلم... وتَرَكَ مَنْ صَحَّ إِفْلَاسُهُ لَا يُؤَاجِرُ لِعَرْمَائِهِ مَطْلًا وَظَلَمَ فَلَا يَجُوزُ وَهُوَ مَفْتَرَضٌ عَلَيْهِ إِنصَافُ عَرْمَائِهِ وَإِعْطَاؤُهُمْ حَقَّهُمْ فَإِنْ أَمْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهِ بِالْإِجَارَةِ أَجْبَرَ عَلَى ذَلِكَ. ١. هـ.

وأنا أقول: المسألة مفروضة فيمن يستطيع أن يزيد على ما يكسبه لعياله فهو كاسب بالفعل لعياله أو قد كُفِيَهِمْ وهو قادر على أن يكسب ما يُؤَدِّيهِ لِعَرْمَائِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ كَبِيرٍ يَلْحَقُهُ إِفْتَاءً مِثْلَ هَذَا بَعْدَمِ وَجُوبِ الْكَسْبِ عَلَيْهِ: إِضْرَارٌ - فِي رَأْيِي - بِهِ وَبِهِمْ أَمَا بِهِ فَبخْرَمِ سُمْعَتِهِ وَمَرُوءَتِهِ فِي الدُّنْيَا وَبِعُقُوبَتِهِ فِي الْآخِرَةِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ إِنَّمَا قَالَ: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وهذا في وسعه الكسب ولم يقل: إلا ما ملكت بالفعل مثلا، وأما بهم فظاهر لا يحتاج لتوضيح فاللائق بالشرعية السماوية

التي تحافظ على حقوق الجميع تكليفاً من يقدر على كسب لائق به غير ضار له بالكسب حتى يؤدي إلى المستحقين حقوقهم، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(ولو وجد أحدهم) أي الغرماء أو اثنان فأكثر منهم (عين ماله) أو أموالهما أو أموالهم (التي باعها) أو باعاًهما أو باعوها مثلاً (له) قبل الحجر عليه (فإن شاء) مَنْ وَجَدَ ذَلِكَ مِنْهُمْ (ضارب) أي حاصٌّ بالتشديد ولا يجوز الفك وإن فشا بين الفقهاء من أهل المذاهب فقد عدّه الحريري في درة الغواص من الأغلاط ولو لم يعدّه هو كذلك لاقتضته قواعد فن التصريف واستعمال ضاربٍ بمعنى قاسمٍ لم أجده في كتب اللغة التي عندي لكن فيها أن الضريب يطلق على النصيب وعلى المثل، فضارب مأخوذ من أحد هذين والأول الصقّ بالمقام، والمقصود أن من وجد متاعه يفتسّم (مع) غيره من (الغرماء) أي يأخذ ما يخصه بالمقاسمة معهم على نسبٍ ديونهم (وإن شاء فسح البيع) أي عقد المعاوضة المحضة كالبيع والإجارة والقرض (ورجع فيها) أي أخذها بعينها (إلا أن يمنع مانع من الرجوع فيها مثل أن تستحق بشفعة) بأن يبيع شقصاً ولم يقبض ثمنه حتى حجر على المشتري ولم يعلم الشفيع بالبيع إلا بعد الحجر فإن حق الشفيع في الشفعة يمنع من الرجوع فيقاسم البائع نظراًه ويضمّ الثمن الذي يدفعه الشفيع إلى أموال المشتري المقسومة، وقوله: (أو رهن) أي رهن المشتري لها عند دائن آخر قبل الحجر عليه فإن حق المرتهن يمنع من الرجوع فيها (أو خلطت بأجود) منها ولو عبر بالمضارع كان أليق بسابقه لكن لا حرج فقد وقع في التنزيل في قوله: ﴿يَقْدُمُ قَوْمَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَأَوْرَدَهُمُ النَّارَ﴾ [هود: ٩٨] وعكسه في قوله: ﴿إِنْ شَاءَ جَعَلْ لَكَ...﴾ إلى قوله: ﴿وَجَعَلَ لَكَ﴾ [الفرقان: ١٠]، وذلك كأن يبيع برا فيخلطه المشتري بأجود منه فلا يرجع في قدر حقه من المخلوط لأنه يضر المفسد وزملاءه أيضاً فإن كان الخلط بمثله أو دونه ورضي به رجوع، ومثل الخلط بالأجود الخلط بغير الجنس كالزيت بالشيرج والشعير بالحنطة، وقوله: (ونحو ذلك) الظاهر عطفه على أن تستحق فكأنه قال: مثل استحقاقها بكذا وكذا وخلطها بأجود ونحو ذلك

كإحرام البائع والمبيع صيدً واستيلاء المفلس الجارية وكتابته للمبيع وجنأته خطأ.
تنبيه: جملة ما شرطه علماؤنا لفسخ العقد والرجوع بالمعوض أحد عشر شرطا:
 كون العقد معاوضة، كون المعاوضة محضة، كون العوض دينا، كونه حالا، كونه غير
 مقبوض بالكلية، تعذر حصوله، كون هذا التعذر بسبب الإفلاس فقط، كون المعوض
 باقيا بملك المفلس، عدم تعلق لازم به، الفور في الفسخ، كون الفسخ باللفظ فلا
 يحصل بالفعل كالتصرف في المعوض، واحترزوا بقولهم: كونه دينا عما إذا اشترى منه
 المفلس مثلا بمُعِينٍ وبقي هذا المعين في ملكه فلا يفسخ بل يأخذه بعينه.

ثم الدليل على المسألة حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أدرك ماله
 بعينه عند رجل أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره» قال في التلخيص:
 متفق عليه، وفي المنتقى: رواه الجماعة، وعن الحسن عن سمرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
 قال: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به» رواه أحمد كما في المنتقى، وأبو
 داود، والدارقطني، وأخرج ابن حبان من طريق فليح بن سليمان عن نافع عن
 ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا أعدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه فهو
 أحق به» وقد روى حديث أبي هريرة مالك بن أنس، وزهير بن معاوية، ويزيد بن
 هارون، وهشيم، والليث بن سعد، وحماد بن زيد، وسفيان بن عيينة، وعبد الوهاب
 الثقفي، ويحيى القطان، وحفص بن غياث كلهم عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن
 أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن
 عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة، وهذه الروايات في الموطأ
 والصحاحين، وأخرجه البيهقي من طريق سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد
 الأنصاري بإسناده ولفظه: «إذا ابتاع الرجل السلعة ثم أفلس وهي عنده بعينها فهو
 أحق بها من الغرماء»، وفي رواية: «من اشترى سلعة ثم أفلس فصاحبها أحق بها»،
 ورواه أيضا من طرق عن يزيد بن الهاد عن أبي بكر بن محمد المذكور بإسناده قال:
 ورواه عمر بن سعيد بن أبي حسين عن أبي بكر بن حزم صريحا في البيع فذكر
 إسناده ومتمنه بلفظ: «عن النبي صلى الله عليه وسلم» في الرجل الذي يُعَدِم إذا وُجِدَ عنده المتاع ولم

يفرقه أنه لصاحبه الذي بايعه»، وقال: رواه مسلم في الصحيح، ثم رواه من طريق خثيم بن عراك عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ لا تصريح فيه بالبيع، وقال: رواه مسلم، ثم أورد طريقين إلى شعبة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً كذلك، ثم أخرجه من طريق هشام الدستوائي عن قتادة بإسناده كذلك، وعزاهما إلى مسلم أيضاً ثم أخرجه من طريق أيوب عن عمرو بن دينار عن هشام بن يحيى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغرماء» وذكر أبو عمر في الاستذكار أن ابن جريج وابن عيينة روياه أيضاً عن عمرو بن دينار عن هشام بن يحيى عن أبي هريرة.

قال أبو عمر: حديث التفليس صحيح من نقل الحجازيين والبصريين رواه العدول عن النبي صلى الله عليه وسلم، ودفعه طائفة من العراقيين منهم أبو حنيفة، وأصحابه، وسائر الكوفيين وردّوه بالقياس على الأصول المجتمع عليها، وهذا مما عيّبوا به وعُدّ عليهم من السنن التي ردّوها بغير سنة صاروا إليها؛ لأنهم أدخلوا القياس والنظر حيث لا مدخل له وإنما يصح الاعتبار والنظر عند عدم الآثار.

وحجتهم أن السلعة من المشتري وثمنها في ذمته فغرماءه أحق بها كسائر ماله، وهذا لا يجهله عالم ولكن الانقياد إلى السنة أولى من معارضتها بالرأي عند أهل العلم وعلى ذلك العلماء، ثم ذكر أنّ مالكا كان إذا حدّث بحديث فسئل عن رأيه يقرأ: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ...﴾ [النور: ٦٣].

قال: ومثل هذا في كتاب الشافعي كثير، وممن قال بحديث التفليس جملةً واستعمله - وإن تنازعوا في أشياء من فروعه - فقهاء المدينة والشام والبصرة وجماعة أهل الحديث... ١.هـ.

ذكر المذاهب في المسألة:

قال ابن رشد في بداية المجتهد: اختلف فقهاء الأمصار في ذلك على أربعة أقوال: الأول: أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار المحاصة، وبه قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور.

الثاني: ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالفلس فإن كانت أقل من الثمن خُير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء، وإن كانت أكثر أو مساويةً للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه.

الثالث: تقوم السلعة بين - كذا ولعلها بعد - التفليس، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل قضى له بها أي للبائع وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحاضون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر.

الرابع: أنه أسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة، وأهل الكوفة. قال ابن رشد: والأصل في هذه المسألة ما ثبت من حديث أبي هريرة رضي الله عنه فذكر الحديث السابق... وقال: هذا الحديث خرّجه مالك والبخاري ومسلم وألفاظهم متقاربة... فمن هؤلاء من حمّله على عمومته وهو الفريق الأول، ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا: إن معقوله هو الرفق بصاحب السلعة وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي باعها به، ولا يعقل أن يعطي أكثر من ثمنها... وأما أهل الكوفة فردوا الحديث بجملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنوناً والأصول يقينية... ورووا عن علي أنه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأي ابن سيرين وإبراهيم من التابعين، وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة رضي الله عنه مختلف فيه، ففي رواية الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَوَجَدَ بَعْضَ غَرْمَائِهِ مَالَهُ بَعَيْنَهُ فَهُوَ أَسْوَةٌ الْغُرْمَاءِ» قالوا: وهذا اللفظ أولى لأنه موافق للأصول الثابتة، قالوا: وللجمع بين الحديثين يحمل اللفظ الآخر على الوديعه والعارية إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في بعض الروايات من ذكر البيع. ا.هـ. ببعض اختصار، ولم يذكر الجواب عن الرواية المذكورة وأنا لم أجدها عند أحد من أصحاب الكتب الحديثية التي عندي إلا أن ابن عبد البر ذكر في التمهيد من طريق اليمان بن عدي قال: أخبرنا الزبيدي عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَالٌ أَمْرِي بَعَيْنَهُ اقْتَضَى مِنْهُ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَقْتَضِ مِنْهُ شَيْئًا فَهُوَ

أسوة الغرماء» واليمان بن عدي هذا، قال البخاري: في حديثه نظر، وقال أحمد: ضعيف رفع حديث التفليس - يعني من طريق الزهري - وقال الدارقطني في السنن بعد أن روى هذا الحديث: اليمان بن عدي ضعيف وقال فيه أبو حاتم: شيخ صدوق، وفي التقريب أنه لين الحديث، وقال الدارقطني في العلل: وقيل: عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة ولا يصح هذا القول ومثله قال أبو عمر في التمهيد، وهذا من حيث الإسناد أما متنه فهو منكر على ما يقتضيه الاصطلاح لمخالفته فيه جمعا كثيرا كلهم ثقات.

هذا وقد بالغ الحافظ أبو عمر في كتابه التمهيد والاستذكار في الرد على من خالف ما دلت عليه الروايات الصحيحة في حديث أبي هريرة، وقال الدارقطني في العلل: والصحيح في ذلك ما رواه يحيى بن سعيد ويزيد بن الهاد ومن تابعهما. هـ. وبالله التوفيق.

قال المصنف رحمته:

(ويترك) من القسمة (للمفلس دست ثوب) أي ما يكفيه من اللباس، ويقال فيه: الدشت بالمعجمة وهو معرب من الفارسية ووصفه بكونه (يليق به) وبأمثاله في الفلس، ولا نظر إلى عاداته إن اعتاد اسرافا فيرد إلى اللائق به (و) يترك له (قوته وقوت عياله) أي ممونه [جمع ممون مضافا] (يوم القسمة) وهو أربع وعشرون ساعة من أول النهار الذي وقعت القسمة فيه أو الليلة كذلك، ويترك للعالم كتب يحتاج إليها وما ليس بيده من ذلك يشتري له والسكنى كالقوت في ذلك، والله يوسع علينا وعلى جميع المسلمين آمين.

باب الحجر

لا يجوزُ تصرفُ الصبيِّ والمجنونِ في مالهما، ويتصرَّفُ لهما الوليُّ وهو: الأبُّ أو الجدُّ أبو الأبِّ عندَ عدمه، ثمَّ الوصيُّ ثمَّ الحاكمُ أو أمينُهُ، ويتصرَّفُ لهما بالغبطةِ، فإن ادعى الوليُّ أنه أنفقَ عليه ماله أو تلفَ قَبْلَ، أو أنه دفعه إليه فلا، فإذا بلغَ أو أفاقَ رشيدًا بأن بلغَ مُصلحًا لدينه وماله انفكَّ الحَجْرُ، ولا يُسَلَّمُ إليه المَالُ إلا بالاختبارِ فيما يليقُ به قبلَ البلوغِ، وإن بلغَ أو أفاقَ مفسدًا لدينه أو ماله استُديمَ الحَجْرُ عليه، ولا يجوزُ تصرفُهُ في المَالِ ببيعٍ وغيره، سواءً أذنَ الوليُّ أم لا، فإن أذنَ له في النكاحِ صحَّ، فإن بلغَ رشيدًا ثمَّ بَدَّرَ حَجَرَ عليه الحاكمُ لا الوليُّ، وإن فسقَ لم يُعدَّ عليه الحَجْرُ.

والبلوغُ بالاحتلامِ أو باستكمالِ خمسِ عشرة سنة، أو بالحِيضِ والحبلِ في الجارية.

والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(باب الحجر)

قال ابن فارس في المقاييس: الحاء والجيم والراء أصل واحد مطرد يدل على المنع والإحاطة على الشيء... يقال: حجر الحاكم على السفينة وذلك منعه إياه عن التصرف في ماله، والعقل يسمى حجرا لأنه يمنع من إتيان ما لا ينبغي كما سمي عقلا تشبيها بالعقل... قال: وأحسب أن الباب محمول على الحَجْرِ ومأخوذ منه لشدته وصلابته. اهـ، والشائع أن الحجر لغة المنع واصطلاحًا المنع من التصرف المالي لصغر أو سفه أو جنون، وقد يكون ابتداءً من الشارع وقد يكون بفعل الحاكم فالأول هو ما في قول المصنف: (لا يجوز تصرف الصبي) بالمعنى الشامل للأثنى (والمجنون) كذلك والصبي المراد به من لم يبلغ لا من لم يفطم كما في القاموس،

وفي المعجم الوسيط: الصبي الصغير دون الغلام... وذلك لأن الغلام يطلق عليه بعد الاحتلام أيضاً كما في فقه اللغة، والصبي اسم خاص بالصغير من بني آدم - فيما أظن - والمجنون فاقد العقل يقال منه: جُنُّ يُجَنُّ بصورة المبني للمجهول فيهما جُنًّا وجُنونا وجِنَّةً ومجنَّة فالصبي والمجنون لا يتصرفان (في مالهما) لقوله تعالى في الصبي: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] علق دفع أموالهم بإيناس رشدهم فأفهم أنها لا تدفع لهم قبله، وذلك لصباهم لا ليتمهم قال ابن جزي: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ﴾: اختبروا رشدهم و﴿بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾: بلغوا مبلغ الرجال، وقبل الآية قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥] قال الثعلبي: اختلفوا في هؤلاء السفهاء من هم؟ فقال قوم: هم النساء... وقال آخرون: هم الأولاد و﴿أَمْوَالِكُمْ﴾ هي أموالهم، قال ابن جرير: إنما أضيفت إلى الولاة لأنهم قوامها ومُدَبَّرُوها، وقال تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ إِلَيْهِ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فقال القرطبي: الضعيف هو المدخولُ العقلِ الناقص الفطرة... والذي لا يستطيع أن يمل هو الصغير، ووليه وصيه أو أبوه والغائب عن موضع الإشهاد.

وقال البيضاوي: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا﴾ ناقص العقل مبذرا ﴿أَوْ ضَعِيفًا﴾ صبيًا أو شيخًا مختلاً ﴿أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ﴾ أي غير مستطيع للإملا ل بنفسه لخرس أو جهل باللغة ﴿فَلْيُمِلْ إِلَيْهِ بِالْعَدْلِ﴾ أي الذي يلي أمره ويقوم مقامه من قيم إن كان صبيًا أو مختلَّ العقل أو وكيل أو مترجم إن كان غير مستطيع... هـ. قال علماؤنا: والحجر نوعان: نوعٌ شرعٌ لمصلحة غير المحجور كحجر المفلس والراهن في المرهون والمريض فيما زاد على الثلث... إلخ، ونوع شرعٌ لمصلحة المحجور نفسه وهو حجر الصبي والمجنون والسفيه (و) الأولان (يتصرف لهما الولي) مراعيًا للمصلحة قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقال عز شأنه: ﴿وَأَتُوا آلَ نَبِيِّكُمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ﴾ [النساء: ٢]،

وقال ﷺ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥] إلى أن قال سبحانه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، وقال أيضًا: ﴿وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَارْحَمُوهُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

قال البيضاوي في قوله: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا الْخَيْثَ بِالطَّيِّبِ﴾: ولا تستبدلوا الحرام من أموالهم بالحلال من أموالكم أو الأمر الخبيث وهو اختزالهم بالأمر الطيب الذي هو حفظها. ١. هـ. وفي معنى الصبي المجنون قال الرافعي في العزيز: وأما كيفية التصرف فالقول الجملي فيه اعتبار الغبطة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة، وقال في الروض: ولو وجد بما اشتراه عيبا وبه غبطة أمسكه ويشترى له العقار إن لم يخف جورا أو خرابا أو ثقل خراج ويني لهما بالآجر - أي الطوب المحرق - والطين لا اللبن والجص، واختار كثير البناء على عادة البلد ولا يبيع عقاره إلا لثقل خراج أو خوف خراب، وله يبعه لحاجة نفقة وكسوة إن لم يجد قرضا ينتظر معه غلة أو لغبطة كزيادة الثمن وهو يجد مثله ببعضها - أي مثلا - ولا يبيع بعرض ونسيئة إلا لمصلحة، ويشهد على النسيئة وزيادتها ويرتهن رهنا وافيا وإلا ضمن ولا يجزئ الكفيل، ولا يلزم الأب والجد الارتهان له من نفسها إذا كان الدين عليهما ويسجل القاضي بيعهما... ١. هـ. بأدنى زيادة من شرحه.

قال المصنف رحمه الله:

(وهو) أي الولي المراد هنا (الأب) إن وُجد كاملا (أو الجد) وإن علا (أبو الأب) لا المدلي بأثني (عند عدمه) حقيقة أو حكما (ثم الوصي) من أحدهما فإن كان الجد بصفة الولاية فالوصي المُقَدَّم وصي من تأخر منهما، وإلا فوصي الأب مطلقا والأولى بالإيصال: الوالدُ وإن علت، ويكتفي في الوالدين بالعدالة الظاهرة لا في الوصي فتشترط فيه العدالة الباطنة أي الثابتة بالتركية (ثم الحاكم) أي قاضي بلد المحجور العدل الأمين (أو أمينه) فإن لم يكن كذلك فالولاية لصالح المسلمين

الأقرب فالأقرب، قال في التحفة: والعبرة بقاضي بلد المُولِيّ أي وطنه وإن سافر عنه بقصد الرجوع إليه - كما هو ظاهر - في التصرف والاستئمان وبقاضي بلد المال في حفظه وتعهدده ونحو بيعه وإجارته عند خوف هلاكه وخرج بالصبي الجنين فلا ولاية لهؤلاء على ماله ما دام مُجْتَنًّا أي بالنسبة للتصرف فيه لا لحفظه ولا ينافيه ما يأتي من صحة الإيصاء عليه ولو مستقلاً لأن المراد... أنه إذا وُلِدَ بَأْتِ صحة الإيصاء. هذا كله كلام التحفة، وفي النهاية أن ابن الصلاح أفتى فيمن عنده يتيم أجنبي أي وله مال ولو سلّمه لحاكم خان فيه بأنه يجوز له التصرف في ماله للضرورة، قال الرملي: ويؤخذ من علته أنه لو وُلِّيَ عدل أمين وجب الرفع إليه ولا ينقض ما كان تصرف فيه زمن الجائر لأنه كان ولياً شرعاً. ١. هـ. قال في الروضة: ولا تلي الأم على الأصح، وقال الإصطخري: لها ولاية المال بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما. ١. هـ.

ذكر المذاهب في أولياء المال:

ذكر الزحيلي أن المذاهب اتفقت على أن أبا الصبي هو وليه إن كان أهلاً للولاية ثم اختلفت فيما بعد ذلك، فقال الحنفية: يليه وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد أبو الأب ثم وصي الجد ثم وصي وصيه، ثم الوالي ثم القاضي أو وصي القاضي ولا ولاية لغيرهم حتى العصبة وحتى الأم. وحكى عن المالكية أن الذي يلي بعد الأب الرشيد وصيه ثم الحاكم فإن لم يكن حاكم فالولاية لجميع المسلمين، وهذا الترتيب في الولاية يشمل السفه الذي لم يطرأ سفهه بعد بلوغه.

وذكر أن مذهب الحنابلة هو مذهب المالكية في ذلك.

وقال بعد أن ذكر مذهب الشافعية الذي ذكرناه آنفاً: وإني مع هذا الرأي إذ لا أكاد أُصَدِّقُ أَنَّ عَاطِفَةَ وَصِيَّ الأَبِ غَيْرِ القَرِيبِ أَوْلَى مِنَ الجَدِّ فِرَابِطَةَ الدَّمِ والقَرَابَةِ أَشَدَّ بَعَثًا عَلَى الرِّعَايَةِ والحَفِظِ والاهْتِمَامِ بِشُؤْنِ القَاصِرِينَ. هذا والدليل العام لولاية الحاكم هو حديث: «السلطان ولي من لا ولي له» رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه كما قال، وفي التلخيص أنه رواه في آخر حديث إنكاح المرأة نفسها،

الشافعي، وأحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وأبو عوانة، وابن حبان إضافة إلى الاثنين المذكورين، وكذلك رواه الدارقطني، والبيهقي وهو عند الدارقطني مسلسل بالتحديث والإخبار وكذا عند ابن الجارود في المنتقى لكن رواه الدارمي بالعننة فيمن عدا شيخه وشيخ شيخه.

قال المصنف رحمه الله:

(ويتصرف لهما ب) مراعاة (الغبطة) فسرهما صاحب الفيض بالمنفعة التي تعود عليهما، والذي وجدته في بعض كتب اللغة أنها حسن الحال فهي بمعنى المصلحة التي عبر بها في المنهاج والمنهج. قال علماؤنا: يجب حفظ مال المحجور واستنماؤه بقدر النفقة والزكاة والمؤن، فعن عمر رضي الله عنه وروي مرفوعا: «ابتغوا» - أي اتجروا كما في رواية - في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة رواه مالك في الموطأ بلاغا، وروى بلاغا أيضا عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تعطي أموال اليتامى الذين في حجرها من يتجر لهم فيها وروي عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه قال: كانت تليني وأخالي يتيمن في حجرها فكانت تخرج من أموالنا الزكاة، وهذا فيه ولاية المرأة على مال اليتيم وتصرفها فيه. قال في التحفة: وله أي للولي السفر بمال المحجور في طريق آمن لمقصد آمن براء لا بحرا. نعم إن كان الخوف في السفر ولو بحرا أقل منه في البلد ولم يجد من يقترضه سافر به ولو اضطر إلى سفر مخوف أو في بحر أقرضه أمينا موسرا وهو الأولى أو أودعه لمن يأتي في الوديعة... قال: ولو طلب منه ماله بأكثر من ثمن مثله لزمه بيعه إلا ما احتاجه أو عقارا ولو أخره لتوقع زيادة فتلف لم يضمن. هذا وإنما أعاد المصنف قوله: ويتصرف للتقييد بقوله: للغبطة (فإن ادعى) الولي (أنه أنفق عليه) أي على المحجور (ماله) بالمعروف (أو) أنه (تلف) بلا تقصير منه (قبل) قوله يمينه إلا الحاكم فبلا يمين إن كان قبل عزله اتفاقا، بين حج وم فإن كان بعده فعند حج واعتمد م ر تحليفه.

وجزم بذلك في التنبيه، وقال في المهذب: فإن بلغ الصبي واختلفا في النفقة فإن كان الولي هو الأب أو الجد فالقول قوله، وإن كان غيرهما ففيه وجهان: أحدهما: يقبل

لأن في إقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله. والثاني: لا يقبل قوله كما لا يقبل في دعوى الضرر والغبطة في بيع العقار. ١. هـ. ونقل المطيعي في تكملة المجموع عن ابن الصباغ أن الأول هو الأصح لما قاله أبو إسحاق وفارق البيع المذكور بسهولة الإشهاد فيه دون النفقة، وهذه المسألة وردت في المنهاج في الوكالة والوصايا لا هنا.

قال المصنف رحمته:

(أو ادعى) (أنه دفعه إليه) بعد كماله (فلا) يقبل إلا بينة لسهولة إشهادها، وقد أمر الله به في قوله جل وعلا: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]، ولو كانوا يُصَدِّقُونَ بمجرد قولهم لم يأمر بالإشهاد، والله أعلم، ويصدق المحجور إذا ادعى بعد كماله أن الولي غير الأب والجد ترك الأخذ بالغبطة له بيمينه فيلزم الولي البينة، أما على الجد كالأب فلا، وكذا لو ادعى يبع لغير مال التجارة. قال في النهاية: والدعوى على القاضي كالدعوى على الوصي والأمين كما اقتضاه كلام التنبيه واختاره الشيخ تاج الدين الفزاري، وهو المعتمد خلافاً للسبكي وفي حاشية ع ش عليها نقلاً عن سم أن المعتمد قبوله بيمينه ما لم يعزل، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(إذا بلغ) (الصبي) (أو أفاق) المجنون (رشيداً) كل منهما ورشده موصوراً (بأن بلغ) أو أفاق (مُصْلِحاً لدينه وماله انفك الحجر) عنه، قال النووي في المنهاج: والرشد صلاح الدين والمال فلا يفعل محرماً يبطل العدالة. قال الرملي: من كبيرة أو إصرار على صغيرة مع عدم غلبة الطاعات على المعاصي. قال النووي: ولا يبذر بأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة أو رميه في بحر أو إنفاقه في مُحَرَّم، والأصح أن صرفه في الصدقة ووجوه الخير والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير. ١. هـ. واعتبار الرشد في زوال حجر المجنون الذي ذكره المصنف صرح به أبو إسحاق في التنبيه حيث قال: وإذا بلغ الصبي وعقل المجنون وأونس منهما الرشد انفك عنهما الحجر. ١. هـ. فقول صاحب النهاية: ويرتفع حجر الجنون بالإفاقة منه من غير فك ولا اقتران بشيء آخر كإيناس رشده وقضيته عود الولايات واعتبار

الأقوال.. إلخ مراده به- فيما أرى- أن حجر الجنون ينتهي بمجرد الإفاقة فإن بذر أو فسق وتوجه عليه حجر فهو حجر آخر ليس حجر الجنون وتفترق أحكامهما ويُشعرُ بذلك ما نقله البجيرمي عن ع ش معلقا على قوله: بالإفاقة: أي الصافية من خبل يؤدي لحدّة في الخلق كما صرح به م ر في النكاح. ١. هـ، ثم رأيت عبارة نهاية الزين للجاوي ونصها: ويستمر الحجر إلى إفاقة فيرتفع بمجرد ما من غير فك قاض بلا خلاف وإن خلفه حجر صبا أو سفه... ثم قال: في حجر الصبي: ويستمر ذلك الحجر إلى بلوغ فيرتفع به من غير فك قاض حجر الصبا ويخلفه حجر السفه إن لم يوجد الرشد. ١. هـ. وهذا ما قلته والحمد لله.

هذا وقد اعتمد ع ش ونقل عنه الشرواني أن النائم لا ولي له مطلقا وأن الأخرس الذي لا إشارة له وليه: وليّ المجنون سواء كان خرسه أصليا أو طارئا فوليه الأب ثم الجد... إلخ.

وفي بغية المسترشدین أن المولود أعمى أصم حكمه المجنون... نعم إن كان له أدنى تمييز الحق بالصبي المميز في صحة العبادة وعدم المؤاخذه بتركها وإيصال الهدية ونحوها والإذن في الدخول. ١. هـ.

قال المصنف رحمته:

(ولا يُسَلَّم إليه) أي إلى الذي بلغ (المال إلا بالاختبار) أرى أن الباء سببية والاختبار هو الامتحان (فيما يليق به) من التصرفات، وقوله: (قبل البلوغ) متعلق بالاختبار فهو ظرف له ولو عبر بقبيل كان أولى. قال في التحفة: والمراد بقبيله حتى إذا ظهر رشده وبلغ سلم له ماله فورا، والمختبر له هو الولي، وذلك لقوله رحمته: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فيختبر في الدّين بمراقبته في أداء الطاعات واجتناب المحرمات، وأما في المال فإن كانت له حرفة اختبر بما يتعلق بحرفته صلاحا وفسادا، وإلا فيما يتعلق بحرفة أبيه، لأن الغالب أن يتطلع الولد إلى حرفة أبيه، فإن كانت التجارة اختبر بمقدماتها كالمماكسة في البيع والشراء بأن يطلب من البائع النقص ومن المشتري الزيادة في الثمن وغير ذلك مما

يدور حول البياعات كاختيار الأجود فالأجود أعني الأربح فالأربح، ويكتفي باختباره في نوع من التجارة وإن كانت الفلاحة اختبر بما يتعلق بها من مصالح ومفاسد والإنفاق على من يقوم بها وإن كانت الإمارة اختبر بالإنفاق على أتباع أبيه بأن يُعطي نفقتهم فينظر هل يقتر أو يسرف أو يتوسط بينهما، والحاصل أنه يختبر بما هو بصدد مباشرته من المعاشات، وتختبر المرأة بما يتعلق بالغزل والقطن وصون نحو الأظعمة من المتلفات. هذا ما قالوه بحسب أزمئتهم، والحاصل أن كلا من الجنسين يختبر بما يتعلق بما هو مستعد لمباشرته مستقبلا وما ذكره من الأمثلة للتقريب إلى الأفهام.

قال علماؤنا: فإذا ثبت رشد المرأة وبلغت تصرفت في مالها تصرف الرجل في ماله ولا تحتاج إلى إذن زوجها فرضا لكن على سبيل حسن العشرة ومراعاة الخاطر وسأذكر المذاهب وأدلتها في ذلك إن شاء الله.

والخشي يختبر بما يختبر به الجنسان ويكرر الاختبار إلى ظن أن تصرفاته ناشئة من الرشد والتأمل وليست من موافقة قدر ثم إن عقده قبل بلوغه لا يصح بل يمتحن في المماكسة حتى إذا رضي الصفقة وأراد أن يعقد عقد الولي إن شاء.

تنبيه: لو ادعى الولد الرشد فأنكره الولي صدق بلا يمين ودام الحجر لأنه الأصل ما لم يثبت الرشد بالبينة أو يظهر، وإذا علم الولي رشده لزمه دفع أمواله له للآية المتلوّة آنفا.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن بلغ أو أفاق مفسدا لدينه أو ماله استديم الحجر) أي جنسه (عليه) فيليه من كان يليه (ولا يجوز تصرفه في المال ببيع وغيره) كذا في النسخة المجردة التي عندي والواو بمعنى أو ونسخة الفيض: لا ببيع ولا غيره وهي أصرح في المقصود فلا يصح بيعه ولو بغبطة حتى في ذمته وبنياية عن غيره وكذا شراؤه إلا لطعام عند الاضطرار ومثله في ذلك محجور السفه الآتي وهذه قاصمة الظهر في زماننا لاسيما ببلادنا فالله

المستعان فالأكثر من النصف من مسلمي الأرياف لا يصلون الفرائض.

قال المصنف رحمته:

(سواء أذن الولي) في تصرفه (أم لا) أذن. تُرى هل تُمدُّ همزة أذن في المتن أو نكتفي بتقديرها؟ الثاني هو الظاهر، وذلك لمفهوم الآية السالفة حيث عُلّق الإيتاء فيها على إيناس الرشد فمفهوم الشرط المنع عند عدمه فلا تدخّل للولي في ذلك والتسوية إشارة للرد على المخالف.

وعبارة المنهاج: ويصح بإذن الولي نكاحه لا التصرف المالي في الأصح.

قال الخطيب في المغني: لأن عبارته مسلوقة كما لو أذن لصبي، والثاني يصح كالنكاح، وقال الإمام في كتاب النكاح: إنه المذهب. ا.هـ. وعبارة الروضة: ... فأما إذا أذن له الولي فإن أطلق الإذن فهو لغو، وإن عين تصرفا وقدر العوض فوجهان: أصحهما عند الغزالي الصحة كما لو أذن في النكاح فإنه يصح قطعاً... وأصحهما عند البغوي لا يصح كما لو أذن لصبي، قلت: هذا الثاني أصح عند الأكثرين... ثم قال: ويجري الوجهان فيما لو وكله رجل بشيء من هذه التصرفات هل يصح عقده للموكل وفيما لو اتهم أو قبل الوصية لنفسه قلت: الأصح صحة اتهامه وبه قطع الجرجاني، والله أعلم. ا.هـ. بحذف شيء.

قال المصنف رحمته:

(فإن أذن) الولي (له) أي لهذا المحجور عليه وهو من بلغ غير راشد ويسمى هذا السفية المهملة (في النكاح صح) نكاحه لأنه مكلف صحيح العبارة، وإنما حُجر عليه حفظاً لماله، وقد ذكر المصنف كغيره هذه المسألة في كتاب النكاح، وذلك محلها وإنما تذكر هنا تميماً للأقسام ومثل ذلك من ذكره في قوله: (فإن بلغ رشيداً ثم بذر) ماله بعد ذلك (حجر عليه الحاكم) فيكون هو وليه (لا الولي) كسابقه (وإن فسق) بعد بلوغه رشيداً (لم يعد) بالبناء للفاعل من عاد أو أعاد أو المفعول من الثاني، والأول أولى عندي لإفادته أن الحجر لا يعود وإن أعاده الحاكم وعللوا ذلك بأن الأولين لم يحجروا على الفسقة وهذا بظاهره يشمل من بلغ فاسقاً.

وعبارة المهذب: فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقا ففيه وجهان، قال أبو العباس -لعله ابن سريج-: يعاد عليه الحجر لأنه معني يقتضي الحجر عند البلوغ فاقضى الحجر بعده- يعني إذا طرأ بعده- كالتبذير، وقال أبو إسحاق- المروزي-: لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر للفسق لخوف التبذير وتبذير الفاسق ليس بيقين فلا يزال به ما تيقنًا من حفظه للمال. ١.١.هـ.

وذكر شراح المنهاج ابن حجر والخطيب والرملبي: أن الفرق بين الفسق المقارن للبلوغ والطارئ بعده استصحاب الحجر في الأول واستصحاب الفك في الثاني.

ذكر المذاهب في الرشد ما هو؟:

مرّ بنا أنفاً أن الرشد عند الشافعية صلاح الدين والدنيا، قال الموفق في المغني: وبه قال الحسن، وابن المنذر، وحكي عن أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة، ومالك، وأحمد: أنه الصلاح في المال فقط، وحكي مثله الرحيلي عن الحنفية، والمالكية، والحنابلة: إن الرشد هو صلاح المال أي توفر الخبرة في إدارة المال واستثماره وحفظه.

الاستدلال:

قال الماوردي في الحاوي: الدلالة على قول الشافعية قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فأمر بدفع أموالهم بشرطين البلوغ والرشد فلم يجز أن يدفع إليهم بوجود البلوغ دون الرشد كما لا يجوز أن يدفع إليهم بوجود الرشد دون البلوغ فمن لم يكن مصلحا في دينه لا ينطلق اسم الرشد عليه. واستدل صاحب المغني بأن ابن عباس فسر الرشد في الآية بقوله: صلاحا في أموالهم قال: ولأن هذا نكرة في الإثبات فيصدق بالرشد في المال وحده وبالقياس على ذي الفسق الطارئ، وذكر أن الحجر لحفظ المال فاكتفى به، وقال: إن اشتراط صلاح الدين ينتقض بالكافر فإنه غير رشيد، ولم يحجر عليه من أجله، ولو كانت العدالة شرطا في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال... إلى آخر ما ذكره.

وقد أجاب الشافعية عن هذا الأخير بأن المعتبر عدالة الشخص في دينه وما يعتقد

فإذا كان الكافر عدلاً في دينه فهو رشيد يتصرف في ماله كما يلي إنكاح موليته وإلا فلا. وأقول: إن الحجاجات هنا خطابات لا تثلج الصدور ومدارها على معنى كلمة الرشد، فقال إمامنا المطلبى الشافعى في الأم: باب بلوغ الرشد بعد أن تلا آية: ﴿وَابْتُلُوا آلَيْنِي...﴾ [النساء: ٦] وتكلم على البلوغ بماذا يكون، والرشد - والله أعلم - الصلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة وإصلاح المال... ثم ذكر الاختبار.

وقال ابن المنذر: ومن حجة من يقول ذلك أنهم قد اتفقوا على أن الله قد منع أن يدفع إلى اليتيم ماله حتى يبلغ النكاح ويؤنس منه الرشد، واتفقوا على وجوب دفع ماله إليه إذا بلغ النكاح وكان مصلحاً في دينه مصلحاً لماله.

واختلفوا في وجوب دفع المال على غير ذلك فلا يجوز إطلاق المال بعد المنع الأول إلا بحجة... ثم شبه ذلك بالمطلقة ثلاثاً لا تحل إلا بعد التزوج بغير المطلق والدخول بها، وأطال فيه، وإذا رجعنا إلى التفسير المأثور فقد روى ابن أبي حاتم من طريق ابن المنذر، وابن جرير، والبيهقي كما في الدر المنثور عن ابن عباس قال: رشداً في حالهم وإصلاحاً في أموالهم. قال السيوطي: وأخرج ابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير أنه قال رشداً: صلاحاً في دينهم وحفظاً لأموالهم. وأخرج ابن المنذر وابن جرير والبيهقي عن الحسن أنه قال: صلاحاً في دينه وحفظاً لماله. قال: وأخرج ابن جرير أنه قال: عقولاً وصلاحاً فهؤلاء ذكروا الأمرين، وحكى عن مجاهد أنه قال: الرشد العقل، قال: وأخرج عبد بن حميد، وابن المنذر، وابن أبي حاتم من طريق أخرى، عن ابن عباس قال: إذا أدرك اليتيم بحلم وعقل ووقار دفع إليه ماله.

أقول: ورأيت في تفسير الطبري بإسناده عن قتادة أنه قال: صلاحاً في عقله ودينه ثم اختار الطبري القول بأن الرشد في هذا الموضوع هو العقل وإصلاح المال، واستدل عليه بالإجماع على أن من فسق بعد رشده لا يحجر عليه إذا لم يبذر في ماله، قال: ففي هذا الإجماع دليل على أن المدار هو حفظ المال، قال: ومن فرق بين الابتداء والدوام عكس عليه القول، وسئل الفرق بينهما فلن يقول في أحدهما قولاً إلا ألزم في الآخر مثله. اهـ. بمعناه كما فهمته.

وأما ابن كثير فاقتصر على ذكر قول سعيد بن جبير السابق ثم قال: وكذا روي عن ابن عباس، والحسن البصري، وغير واحد من الأئمة. ا.هـ. وحكى البغوي الجمع بين صلاح الدين والمال عن المفسرين، وقال الراغب في المفردات: الرشد والرشد خلاف الغي يستعمل استعمال الهداية... قال تعالى: ﴿قَدْ بَيَّنَّ الرُّشْدَ مِنَ الْغِيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦]، وقال - عز قائلًا: ﴿فَإِنَّ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، وقال أيضًا: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا إِبْرَاهِيمَ رُشْدَهُ مِن قَبْلُ﴾ [الأنبياء: ٥١].

قال الراغب وبين الرشدين... بون بعيد. وقال القاسمي: ﴿فَإِنَّ أَنْتُمْ مِنْهُمْ﴾ أي شاهدتم وتبينتم منهم رشداً أي صلاحاً في دينهم وحفظاً لأموالهم قاله سعيد بن جبير، وروي عن ابن عباس، والحسن وغير واحد من الأئمة: ﴿فَادْعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ أي من غير تأخير، وظاهر الآية الكريمة أن من بلغ غير رشيد إما بالتبذير، أو بالعجز، أو الفسق، لا يسلم إليه ماله. ا.هـ. وقال الواحدي - وهو شافعي -: ﴿رُشْدًا﴾ صلاحاً للعقل وحفظاً للمال، وقال ابن الجوزي في تذكرة الأريب: والرشد الصلاح في الدين مع حفظ المال.

وأنا أرى أن المقصود بالرشد هنا هو الاهتمام إلى حفظ المال ورعايته، وأن ذكر صلاح الدين معه لكونه مظنته غالباً لاسيما في الصدر الأول من الأمة، وهذا يتمشى مع قول الجمهور في المسألة والعامي لا مذهب له فمتى وافق عمله أحد المذاهب فضلاً عن غالبها صح واستقام، والله الموفق.

ذكر المذاهب في رشد المرأة:

ورد في كتاب اختلاف الأئمة العلماء ما يلي: واختلفوا هل بين الجارية والغلام فرق في الرشد؟.

فقال أبو حنيفة، والشافعي: لا فرق بينهما.

وقال مالك: لا يفك الحجر عنها، وإن بلغت وكانت رشيدة حتى تزوج ويدخل بها زوجها وتكون حافظة لمالها كما كانت قبل التزويج، وعن أحمد روايتان: إحداهما:

أنه لا فرق بينهما وهي التي اختارها الخِرَقِي، والأخرى: كمذهب مالك وزاد عليه: حتى يحول عليها حول بعد الزواج أو تلد ولدا وتكون ضابطة حينئذ كما كانت قبله، وقال مالك أيضًا مثل ذلك.

واختلفوا هل تتصرف المرأة المزوجة في أكثر من ثلث مالها من غير إذن الزوج؟ فقال أبو حنيفة، والشافعي: لها أن تتصرف فيه بالصدقة والهبة من غير اعتبار لإذنه، وقال مالك: لا يجوز لها التصرف فيما زاد على الثلث بغير معاوضة إلا بإذن زوجها، وعن أحمد روايتان كالمذهبين. ا.هـ.

وهذه عبارة ابن عبد البر في كتابه الكافي على مذهب مالك: ولا يجوز للمرأة ذات الزوج، وإن كانت رشيدة عند مالك وأصحابه أن تهب ولا تصدق بأكثر من ثلثها إلا بإذن زوجها، فإن تصدقت بأكثر من ثلثها فزَوْجُهَا بالخيار في إجازة ما زاد على الثلث من عطيتها أو رَدِّهِ، وقد قيل: له رَدُّ هبتها أو صدقتها كلها إذا زادت على ثلثها... ا.هـ. وفي مختصر خليل: و[حجر] على الزوجة لزوجها ولو عبدا في تبرع زاد على ثلثها وإن بكفالة، وفي إقراضها قولان، وهو جائز حتى يرد فمضى إن لم يعلم حتى تأيَّمت أو مات أحدهما... وله رد الجميع إن تبرعت بزائد... ا.هـ.

وفي حاشية الدسوقي: فذات الأب لا ينفك الحجر عنها إلا بأمر أربعة بلوغها وحسن تصرفها وشهادة العدول بذلك، ودخول الزوج بها، وأما ذات الوصيِّ والمُقَدَّم فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمر خمسة: البلوغ وحسن تصرفها وشهادة البينة بذلك ودخولها وفك الوصيِّ، أو المقدم فإن لم يَفُكَّا عنها الحجر كان تصرفها مردودا وإن عَنَّسَتْ أو دخل بها الزوج وطالت إقامتها عنده.

وعلق على قول المتن: وله رد الجميع بقوله: أي لأنها لما تبرعت بالزائد حُمِلَتْ على أن قصدها إضرار الزوج فعوملت بنقيض قصدها... قال: وما ذكره المصنف من أن للزوج رَدُّ الجميع هو المشهور من المذهب خلافا لمن قال: ليس له إلا رَدُّ الزائد على الثلث أو إجازته. ا.هـ. والمقدم هو من يقدمه القاضي أي يقيمه فالمراد به القيم في اصطلاح الشافعية إن شاء الله، وفي الشرح الكبير أن مجرد الدخول بها كاف في ذات

الأب على الأظهر ومقابله أنه لا ينفك عنها الحجر إلا بعد مضي سنة من الدخول - وهذا ما ذكره في اختلاف الأئمة العلماء من مذهب أحمد - وقيل: ستة أعوام، وقيل: سبعة أعوام... إلى أن قال: وأما ذات الوصي والمقدم فلا بُدَّ من فك بعد الدخول... إلخ ما ذكره. هذا تلخيص ما عند المالكية في المسألة.

وأما الذي عند الحنابلة فقال الخرقى بعد ذكر بلوغ الغلام وزوال حجره به مع الرشد: وكذلك الجارية، وإن لم تنكح فقال صاحب المغني: يعني أن الجارية إذا بلغت وأونس رَشدها بعد بلوغها دُفِعَ إليها مالها وزال الحجر عنها وإن لم تُزَوِّجَ وبهذا قال عطاء، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر، ونقل أبو طالب عن أحمد: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد أو تمضي عليها سنة في بيت الزوج، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح، والشعبي، وإسحاق.

وقال في الإنصاف: إذا بلغت الجارية ورشّدت دفع إليها مالها وهو الصحيح من المذهب كالغلام وعليه أكثر الأصحاب... ثم ذكر أنه اختار الرواية الأخرى جماعة من الأصحاب الحنابلة منهم: أبو بكر، والقاضي، وابن عقيل في التذكرة، والشيرازي في الإيضاح، قال الزركشي: وهو المنصوص وأطلقهما في المذهب فعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج فقيل: يبقى الحجر عليها وهو احتمال للمصنف - أي ابن قدامة - وغيره، وقيل: تبقى ما لم تعنس. ا.هـ. هذا وقد ذكر صاحب المغني في المرأة الرشيدة المتزوجة الروائتين كالمذهبين ورجح التي كمذهب أبي حنيفة، والشافعي، وذكر صاحب الإنصاف أنه المذهب.

الاستدلال:

ذكر الماوردي في الحاوي أنه استدلّ لمذهب مالك في اشتراط الزوج بآية: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] وبلوغ النكاح هو التزويج فاقتضى أن يكون شرطاً في فك الحجر واستدلّ لمنع تصرفها بغير إذن الزوج بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، وبحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه أن النبي صلّى الله عليه وآله

قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتصرف في مالها بعد أن ملك الزوج عصمتها إلا بإذنه» وهذا نص، وبما روي عنه ﷺ أنه قال: «لا يحل لامرأة عطية شيء إلا بإذن زوجها» .

وذكر صاحب الحاوي أن الدليل على عدم اشتراط الزوج نفس الآية التي احتج بها لاشتراطه؛ لأن بلوغ النكاح هو بلوغ زمانه كما في الغلام فلم يجز أن يضم إلى البلوغ والرشد شرط ثالث، والقياس على الغلام، وأن الدليل على جواز تصرفها في مالها بغير إذن الزوج حديث أن النبي ﷺ خطب النساء يوم عيد فقال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن» فجعلت المرأة تتصدق بخاتمها وبقرطها ولم يعتبر فيه إذن زوجها، وأن من استحق تسلم ماله استحق جواز التصرف فيه كالغلام، وأنه إذا جاز تصرف الزوج في ماله من غير إذنها مع وجوب مؤنها عليه فأولى أن يجوز تصرفها في مالها لعدم وجوب مؤنه عليها- هذا ما فهمته من كلامه-.

وأجاب عن الاستدلال بآية: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، بأن المراد بها القيام عليهن بالتأديب عند التقصير فيما يجب عليهن كما ورد في سبب نزولها أن رجلا من الأنصار لطم امرأته فاستعدت عليه رسول الله ﷺ وطلبت القصاص فحكم النبي ﷺ بالقصاص فنزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾ [طه: ١١٤] ثم نزلت هذه الآية: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ .

أقول: كذا قال، والمعروف في سبب نزول: ﴿وَلَا تَعْجَلْ...﴾ [طه: ١١٤] تسرع النبي ﷺ إلى حفظ ما يقرؤه عليه جبريل الأمين إلا أنه إن صح ما ذكره يمكن الحمل على تعدد الأسباب.

وأجاب عن حديث عمرو بن شعيب... بأنه ضعيف، ولو صح لحمل على المبذرة إذا ولي الزوج الحجر عليها، وعن حديثهم الثاني بحمله على إعطائها من مال زوجها وهذا يعني أنه صحيح عنده. هذا واستدل صاحب المغني على إطلاق تصرف المزوجة في مالها بحديث: «يا معشر النساء» الذي استدل به صاحب الحاوي، وزاد أن امرأة ابن مسعود وغيرها سألن النبي ﷺ هل يجزئنهن أن يتصدقن على أزواجهن

وعلى أيتام في حجورهن. فقال: «نعم» ولم يذكر شرطا وأجاب عن حديث عمرو بن شعيب بأنه ضعيف، وأن شعيبا لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل، وبأنه يحمل على المنع من إعطائها من ماله بغير إذنه بدليل تجويزهم عطيتها فيما دون الثلث، قال: وليس معهم دليل على تحديد المنع بالثلث فهو تحكم.

وقد ذكر أولاً أنه استدلَّ لحجر غير المزوجة ممن يقول به بما روي عن شريح القاضي أنه قال: عهد إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجزى لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد ولدا، قال: رواه سعيد في سننه قالوا: ولا يعرف له مخالف فصار إجماعا، وذكر أيضا: أن مالكا اعتمد في استدلاله على إجبار الوالد لها على النكاح كالصغيرة.

ثم أجاب الموفق عن حديث شريح بأنه إن صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة فلا يكون إجماعا فلا يترك به الكتاب، والقياس على أنه خاص بالمنع من العطية فقط، وعن القياس على إجبار النكاح بالفرق وهو أنها لم تختبر في النكاح ومصالحه ولا يعلم ذلك إلا بالمباشرة وهي لما تبشّر النكاح بعد بخلاف التصرف في المال فإنه ممكن قبل النكاح. ١. هـ.

أقول: تضعيف حديث عمرو بن شعيب ليس بالأمر الهين؛ فقد رواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه من طرق ثابتة، والكلام على سلسلة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مشهور مُتداول بين أهل الحديث، والوسط في الحكم عليها أنها حسنة لثبوت لقي شعيب لجده عبد الله لأنه الذي ربّاه لموت أبيه محمدٍ مُبكرًا، وقد عضده الحديث الآخر وهو في سنن ابن ماجه فأقل درجاته أن يكون صحيحا لغيره طبقا للاصطلاح.

بل قال الشيخ أحمد محمد شاكر، وقبله بدهور إسحاق بن إبراهيم: إنها من أصح الأسانيد، فالقريب من الإنصاف ما قاله البيهقي في السنن الكبرى بعد أن روى الحديث وذكر ما قاله الشافعي حوله وهذا نص ما قاله: الطريق في هذا الحديث إلى عمرو بن شعيب صحيح، ومن أثبت أحاديث عمرو بن شعيب لزمه إثبات هذا إلا أن

الأحاديث التي مضت في الباب قبله أصح إسناداً، وفيها وفي الآيات التي احتج بها الشافعي رحمته دلالة على نفوذ تصرفها في مالها دون إذن الزوج فيكون حديث عمرو بن شعيب محمولاً على الأدب والاختيار كما أشار إليه في كتاب البويطي ١.هـ. كلام البيهقي في السنن الكبرى بحروفه.

وعنى بالأحاديث التي مضت حديث ميمونة رضي الله عنها في إعتاقها وليدة لها من غير استئذان رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك» متفق عليه فأثبت الأجر لها فيما فعلته إلا أنه أخبرها بما هو أعظم أجراً منه.

وحديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم هل عليها جناح في أن ترضخ مما يدخله زوجها الزبير عليها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن ترضخ ما استطاعت ونهاها عن أن توعي متفق عليه، ووجه الاستدلال بهذا فيما أرى أنه إذا أجاز لها الإعطاء مما أدخله الزبير لأهل بيته فلأن يجوز لها من خاص ملكها أولى، والله أعلم. وحديث أبي هريرة مرفوعاً: «لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة» متفق عليه إضافة إلى حديث الأمر للنساء بالتصدق ولو من حليهن الذي ذكره صاحب الحاوي والمغني.

وأما الآيات التي ذكرها الإمام الشافعي في الأم فهي آية: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وآية: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ﴾ [النساء: ٤]، وآية: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذْ وَأَمْنُهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠]، وآية: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وآية: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ إلى أن قال: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

قال الشافعي: فلم يفرق بين الزوج والمرأة في أن لكل واحد منهما أن يوصي في ماله، وفي أن دين كل منهما لازم له في ماله فإذا كان هذا هكذا كان لها أن تعطي من مالها من شاءت بغير إذن زوجها، وكان لها أن تحبس مهرها أي تقفه وتبته ولا تضع منه شيئاً، وكان لها إذا طلقها أخذ نصف ما أعطها لا نصف ما اشترت لها دونه [و]

إذا كان لها المهر كان لها حبسه - أي وقفه - وما أشبهه. ١. هـ.

وقد قال قبل ذلك: فإن قال قائل: المرأة ذات الزوج مُفَارِقَةٌ للرجل لا تُعْطِي المرأة من مالها بغير إذن زوجها، قيل له: كتابُ الله ﷻ في أمره بالدفع إلى اليتامى إذا بلغوا الرشد يدل على خلاف ما قلت... إلى أن قال: فالرجل والمرأة سواء، فإن فرقت بينهما فعليك أن تأتي برهان على فرقك بين المجتمع، فإن قال قائل: فقد رُوِيَ أن ليس للمرأة أن تُعْطِي من مالها شيئاً بغير إذن زوجها. قيل: قد سمعناه وليس بثابت فيلزمنا أن نقول به، والقرآن يدل على خلافه ثم السنة ثم الأثر ثم المعقول فإن قال: فاذا ذكر القرآن، قلنا: الآية التي أمر الله ﷻ بدفع أموالهم إليهم وسوّى فيها بين الرجل والمرأة، ولا يجوز أن يفرق بغير خبر لازم، فإن قال: أفتجد في القرآن دلالة على ما وصفت سوى هذا؟ قيل: نعم... فذكر الآيات التي أشرت إليها.

أقول: فقد اعتذر الشافعي عن الأخذ بخبر النهي لها عن العطية بأنه لم يثبت أي عنده.

وأما ابن جزم فأجاب عنه بأنه من صحيفة فهو منقطع، قال: ثم لو صح لكان منسوخاً بحديث ابن عباس - يعني حديث: «تصدقن ولو من حليكن» وأجاب عن الاستدلال بآية: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤] بأن الله تعالى لم يخص بهذا الكلام زوجاً من أب ولا من أخ، ثم لو كان فيها نص على الأزواج دون غيرهم لما كان فيها نص ولا دليل على أن له منعها من مالها ولا من شيء منه، وإنما كان يكون فيه أن يقوموا بالنظر في أموالهن وهم لا يجعلون هذا للزوج أصلاً بل لها أن عندهم أن توكل في النظر في مالها من شاءت على رغم أنف زوجها.

قال: ولا خلاف في أنها لا ينفذ عليها بيع زوجها لشيء من مالها لا ما قلّ ولا ما كثر لا لنظر ولا لغيره ولا ابتياعه لها أصلاً فصارت الآية مخالفة لهم فيما يتأولونه فيها، وصح أن المراد بها ما لا خلاف فيه من وجوب نفقتها وكسوتهن عليهم، فذات الزوج على الزوج وغير ذات الزوج إن احتاجت على أهلها فقط فصارت الآية حجة عليهم وكاسرة لقولهم. هذا كله كلامه، وذكر في جملة كلامه أن مالكا لم يسبقه - فيما

نعلمه - إلى قوله بالثلث أحدٌ إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز قد صحَّ عنه خلافها. وذكر أيضًا في غضون كلامه أن أنسا وأبا هريرة رضي الله عنهما وطاووسا، والحسن، ومجاهدا ورَدَّ عنهم أنهم يقولون بِعَدَمِ جِوَّازِ عَطِيَّةِ الْمَرْأَةِ شَيْئًا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا. قال: وهو قول الليث بن سعد فلم يُجَزَّ لذات الزوج عتقا ولا حكما في صداقها ولا غيره إلا بإذن زوجها إلا الشيء اليسير الذي لا بُدَّ منه في صلة رحم أو ما يتقرب منه إلى الله عز وجل. أقول: كأن الليث حاول بما ذهب إليه الجمع بين ما ظاهره الاختلاف من الأدلة وهو عندي أقرب ما جُمِعَ به بينها، وأما التضعيف أو القول بالنسخ فغير مقبول، أما التضعيف فلما سبق، وأما النسخ فلعدم معرفة التاريخ على أنه لو عرف لكان الجمع مقدما عليه وجوبا، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(والبلوغ) يحصل (بالاحتلام) أي إنزال المنى مطلقا، وأصله ما كان مناما (أو استكمال خمس عشرة سنة) قمرية تحديدا ابتداء من انفصال جميع الولد وثبوت ذلك بِعَدَلَيْنِ، ودليل الأول حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعا: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق» قال الحافظ في التلخيص: رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه، وابن حبان، والحاكم. أقول: وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وبهامشه أن الذهبي وافقه، وذلك في السيوع.

وعن علي رضي الله عنه وكرم وجهه نحوه بلفظ: «حتى يحتلم» في الصبي، وعزاه في التلخيص إلى أبي داود، والنسائي، وأحمد، والدارقطني، والحاكم، وابن حبان، وابن خزيمة من طرق.

أقول: رواه الحاكم في الصلاة من المستدرک، وقال - في نسختي - : صحيح على شرط الشيخين، وقد كتبت عليه أن الذهبي وافقه.

وعن علي رضي الله عنه أيضًا قال: حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يُتَمَّ بعد احتلام...» عزاه في التلخيص إلى أبي داود وهو وإن كان في إسناده مقال فإن له شواهد تُقوِّيه منها عن

عمر، وعن ابن عباس رضي الله عنهما، ومنها الحديثان السابقان، وقد حُكي الإجماعُ على بلوغ الغلام بإنزال المنى.

وأما الثاني: فدليله حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عُرِضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أُحُدٍ وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يُجْزني وعُرِضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني» متفق عليه، زاد ابن حبان، والبيهقي في الأولى: «ولم يَرني بَلَعْتُ». وفي الثانية: «وراءني بَلَعْتُ»، وفي رواية عند مسلم وغيره: عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أُحُدٍ وأنا ابن أربع عشرة سنة فاستصغرنى وردّني مع الغلمان، فلما كان يوم الخندق عرضني وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني.

قال البيهقي في السنن الكبرى: أخبرنا أبو الحسين بن بشران العدل ببغداد... فذكر إسناده إلى ابن شهاب قال: هذه مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم... يوم بدر في رمضان من سنة اثنتين ثم قاتل يوم أُحُدٍ في شوال سنة ثلاث، ثم قاتل يوم الخندق في شوال سنة أربع... إلخ، ثم أسند البيهقي عن مالك بن أنس قال: كانت بدر لسنة ونصف من مقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة، وأُحُدٍ بعدها بسنة والخندق سنة أربع، وبني المصطلق سنة خمس... إلخ، ثم أسند عن ابن إسحاق أن الخندق كانت سنة خمس، ثم قال البيهقي: وقول عروة بن الزبير ثم الزهري في رواية موسى بن عقبة عنه ثم مالك بن أنس في غزوة الخندق أنها كانت سنة أربع أولى بالصحة من قول من قال: إنها كانت سنة خمس لموافقة أقوالهم حديث ابن عمر مع اتصال حديث ابن عمر وثبوته وانقطاع قول غيره... ثم ذكر أن بعض أهل العلم جَمَعَ بأن أحدا كانت لسنتين ونصف والخندق لأربع ونصف، وقول ابن عمر وأنا ابن أربع عشرة سنة معناه أنه طعن فيها، وقوله في الخندق: خمس عشرة معناه أنه استكملها وزاد عليها إلا أنه ألغى الكسر.

قال البيهقي: وهذه الطريقة عندي أصح... وقد اقتصر غيره على هذا الثاني. ثم كون الإنزال وكمال الخمس عشرة سنة بلوغا هو في حق كل من الغلام والجارية قال المصنف: (أو بالحيض والحبل) بفتح الموحدة أي الحمل (في) حق (الجارية، والله أعلم) أما حصول البلوغ بالحيض بالمعنى المصدرى فواقعي، وأما الحبل فهو علامة على البلوغ قبيله بالإنزال، وعبارة شيخ الإسلام في المنهج هكذا:... إلى بلوغ

بكمالِ خمسَ عشرةَ سنةً أو إمناء وإمكانه كمال تسع سنين أو حيضٍ وحبل أنثى علامةً، قال في شرحه: أي علامةً على بلوغها بالإمناء فليس بلوغاً لأنه مسبوق بالإنزال فيحكم بعد الوضع بالبلوغ قبله بستة أشهر وشيء. ١. هـ. فلتجعل الباء الداخلة على الحيض باء السببية الداخلة على مُعرِّف الشيء؛ لأن ذلك يَشترِكُ فيه المتعاطفان وإن زاد الأول بكونه مُحصَّلاً أيضاً. هذا ما تخيلتُه الآن، والله أعلم.

وأما الخنثى أي من له ألتا الرجل والمرأة فإن أمني من ذكره أو حاض من فرجه حكم ببلوغه، وإن حصل الأمران منه فأولى أن يحكم به، وإذا سبق الإمناء من الذكر فحكمنا ببلوغه، ثم حاض من فرجه تبين أنه لم يبلغ بالإمناء بل بلغ الآن بالحيض. هذا ما فهمه أهل الحواشي من كلام إمام الحرمين الذي نقله الرافعي عنه، وقال: إنه الحق وسكت عليه النووي في الروضة ولكن ضعفه المتأخرون عنهما، واعتمدوا اشتراط حصول الإمناء من الذكر والحيض من الفرج.

وهذه عبارة الرافعي في العزيز: (فرع): الخنثى المشكل إذا خرج من ذكره ماء وهو على صفة المنى، ومن فرجه دم وهو على صفة الحيض فهل نحكم ببلوغه؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم لأنه إما ذكر وقد أمني أو أنثى وقد حاضت، والثاني: لا، لتعارض الخارجين وإسقاط حكم كل واحد منهما حكم الآخر، ولهذا لا يُحكم - والحالة هذه - بالذكورة ولا بالأنوثة وهذا ما نسبته القاضي ابن كج إلى ظاهر نص الشافعي، وإن وجد أحد الأمرين دون الثاني أو أمني وحاض من الفرج فجواب عامة الأصحاب أنه لا يحكم ببلوغه لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه، وقال الإمام - وهو الحق - : ينبغي أن يحكم بالبلوغ بأحدهما كما يحكم بالذكورة والأنوثة ثم إن ظهر خلافه غيّرنا الحكم وكيف ينتظم مِنَّا أن نحكم بأنه ذكر أو أنثى ولا نحكم بأنه بلغ. ١. هـ.

وفي حواشي الروضة أن الشافعي نص على هذا الفرع في باب الإقرار في ترجمة إقرار من لم يبلغ الحلم يعني من الأم.

وأنا أيضاً رأيت ذلك بإرشاده وهذا نصه: وإذا أقر الخنثى المشكل وقد احتلم ولم

يستكمل خمس عشرة سنة وُقِف إقراره فإن حاض وهو مشكل فلا يلزمه إقراره حتى يبلغ خمس عشرة سنة، وكذلك إن حاض ولم يحتلم لا يجوز إقرار الخثنى المشكل بحالٍ حتى يستكمل خمس عشرة سنة. ا.هـ. بحروفه ومنه نقلت.

قال البلقيني في حواشي الروضة: وهذا يقتضي أن يكون الأصح أنه إذا أمنى وحاض لا نحكم ببلوغه خلافا لما صححه المصنف. ا.هـ. وقد جزم أبو إسحاق في المهذب بما صححه الشيخان من حصول بلوغ الخثنى بخروج المنى من ذكره والحيض من فرجه ولم يحك فيه خلافا وكذلك البغوي في التهذيب.

وزاد تفصيلات أخرى حيث قال: أما الخثنى المشكل إن أمنى من الذكر والفرج حكم ببلوغه؛ لأنه إن كان رجلا فهو أمنى من الذكر، وإن كانت أنثى فقد أمنت من الفرج، ولو أمنى من الذكر دون الفرج أو من الفرج دون الذكر لا نحكم ببلوغه لاحتمال أن يحيض من الفرج وكذلك لو حاض من الفرج ولم يُمن من الذكر، أو أمنى وحاض من الفرج لا نحكم ببلوغه ولو أمنى من الذكر وحاض من الفرج نحكم ببلوغه لأنه إن كان رجلا فقد أمنى من الذكر وإن كانت امرأة فقد حاضت من الفرج. ا.هـ.

ويمكن أن يجاب عما قاله البلقيني بأن أصل الشافعي في باب الإقرار أن يبني على اليقين ويطرح الشك، والمتيقن في الخثنى لبلوغه هو كمال خمس عشرة سنة له فما لم يحصل ذلك لا يلزمه الإقرار لا لأنه لا يحكم ببلوغه إذا حصل منه الإمضاء من الذكر والحيض من الفرج بل لأن لزوم الإقرار له مشكوك فيه لاحتمال الزيادة في أحد العضوين وكون الخارج من الأصلي غير حقيقي مع توقع البلوغ الحقيقي وهو البلوغ بالسن، والله أعلم.

هذا ولم نجد في العمدة تعرضا لنبات شعر العانة، هل يكون علامة على البلوغ أو لا؟.

وقد ذكره أبو إسحاق في التنبيه بقوله: والبلوغ في الغلام بالاحتلام أو باستكمال خمس عشرة سنة أو إنبات الشعر الخشن - يعني في العانة - في أظهر القولين، وبلوغ

الجارية بما ذكرناه وبالحيض والحبل. ا.هـ. وقال في المهذب: فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي: الإنزال، والسن، والإنبات... وبعد أن تكلم على الإنزال والسن قال: وأما الإنبات فهو الشعر الخشن - يعني إنباته - الذي ينبت على العانة وهو بلوغ في حق الكافر... وبعد أن استدل على ذلك بما يأتي قال: وهل هو بلوغ في نفسه أو دلالة على البلوغ؟ فيه قولان: أحدهما: أنه بلوغ فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم لأن ما كان بلوغا في حق الكافر كان بلوغا في حق المسلم كالاختلام، والسن. والثاني: أنه دلالة على البلوغ فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه دلالة... والثاني: أنه ليس بدلالة في حق المسلم وهو ظاهر النص - يعني نص الشافعي رحمته الله - لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى إخبارهم فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم، والكفار لا يمكن الرجوع إلى إخبارهم فجعل ذلك دلالة في حقهم... ا.هـ. ومثله في تهذيب البغوي، وعبارة الروضة: إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في الكفار، وهل هو حقيقة البلوغ أم دليله؟ قولان: أظهرهما الثاني، فإن قلنا بالأول فهو بلوغ في المسلمين أيضًا، وإن قلنا بالثاني فالأصح أنه ليس ببلوغ.

زاد النووي: قوله: اختلف أصحابنا فيما يُقْتَى به في حق المسلمين واختار الإمام الرافعي في المحرر أنه لا يكون بلوغا. ا.هـ.

والذي في المنهاج هو: ونبات العانة يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر لا المسلم في الأصح. ا.هـ. وذكر الشراح أن من جهل إسلامه كمن علم كفره.

قال في التحفة: لا مَنْ عُدِمَ مَنْ يَعْرِفُ سِنَّهُ عَلَى الْأَوْجِه... قال: وخرج بها - أي بالعانة - نحو اللحية فليس بلوغا كما صرح به في الشرح الصغير في الإبط وألحق به اللحية والشارب بالأولى فإن البغوي ألحق الإبط بالعانة دونهما، وفي كل ذلك نظر بل الشعر الخشن من ذلك كالعانة، وأولى إلا أن يقال: إن الاقتصار عليها تعبدية، وأفاد الشرواني أن ظاهر المغني والنهاية اعتماد عدم كون غير العانة علامة بلوغ حتى في الكافر، هذا وقد فرق صاحب الحاوي بين شعر الوجه وشعر العانة بأن إنبات شعر

العانة يشبه الإنزال في اختصاصه بعضوه وحدوثه عند البلوغ عرفا بخلاف إيقال الوجه، وأما ابن المقري فقال في الروض: لا شعر الإبط واللحية لندورهما دون خمس عشرة، وأقره شارحه وقال: والترجيح فيهما مع التعليل بما قاله من زيادته: ومثلهما الشارب وثقل الصوت ونهود الثدي وتُتو طرف الحلقوم، وانفراق الأرنبة وغيرها، وتبع صاحب النهاية ابن المقري في تعليله المذكور. وأوله مُحَشِّياً بما حاصله أن المراد به أنهما لم يُجَعَلَا علامة لندرتهما قبل الخمس عشرة وعدم الحاجة إليهما بعدها فَعُدِلَ عنهما إلى ما يقارن الإنزال أو يقاربه عادة وهو نبات شعر العانة لأن العلامة يجب إطرادها. هذا ما فهمته من عبارتيهما، والله أعلم.

ذكر المذاهب في سن البلوغ وحكم نبات العانة:

أفاد أبو المظفر الشيباني أن سن البلوغ عند أبي حنيفة في الغلام ثمان عشرة سنة تامة، وقيل: تسع عشرة، وفي الجارية: سبع عشرة سنة. وأن مالكا لم يحد فيه حداً لكن أصحابه قالوا: سبع عشرة، وثمانية عشرة في حقهما، وروى ابن وهب: خمس عشرة. وقال الشافعي، وأحمد في أظهر الروايتين عنه حده في حقهما خمس عشرة سنة، وعن أحمد رواية أخرى في الجارية: أنه لا يحكم ببلوغها إلا بالحيض.

قال: واختلفوا في الإنبات هل هو علم على البلوغ يحكم به؟

فقال أبو حنيفة: لا اعتبار به أصلاً، وقال مالك، وأحمد: يعتبر به وهو علم من أعلامه. وقال الشافعي: هو علم في المشركين يميز بين الذرية والمقاتلة وهل هو علم في المسلمين؟ على قولين. ١. هـ.

وحكى الزحيلي قول أبي حنيفة هكذا: يبلغ الغلام إذا أتم ثمان عشرة سنة، والأثنى: سبع عشرة، وذكر أن المفتى به عند الحنفية أنه يحكم ببلوغ الحلم في الذكر والأثنى ببلوغ الخامسة عشرة وهو سن المراهقة.

وحكى عن المالكية: أن سن البلوغ عندهم ثمان عشرة سنة تامة، وقيل: يحصل بالدخول في الثامنة عشرة. قال: ومذهب الحنابلة كالشافعية تماماً. ١. هـ.

وقال الموفق في المغني: وأما السن فإن البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة، وبهذا قال الأوزاعي، والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد.
وقال داود: لا حد للبلوغ من السن لأن إثبات البلوغ به يخالف حديث: «عن الصبي حتى يحتلم» قال الموفق: وهذا قول مالك، وقال أصحابه: سبع عشرة أو ثماني عشرة. ١.هـ.

أقول: جزم الشيخ خليل من المالكية في مختصره بثمانية عشرة وسكت على ما فيه الدردير والدسوقي لكن في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل عند قول المتن بثمانية عشرة ما نصه: هذا هو المشهور وهو أحد الأقوال الخمسة ثم ذكر أنه قيل: سبع عشرة، وست عشرة، وتسع عشرة مع ما رواه ابن وهب من خمس عشرة.
هذا ما يتعلق بسن البلوغ، وأما الذي في الإنبات فذكر صاحب المغني من الحنابلة: أنه يثبت به البلوغ قال: وبهذا قال مالك، والشافعي في قول، وقال في الآخر: هو بلوغ في حق المشركين، وهل هو بلوغ في حق المسلمين؟ فيه قولان. وقال أبو حنيفة: لا اعتبار به لأنه نبات شعر فأشبهه نبات شعر سائر البدن، وأما عند المالكية فقال الشيخ خليل: المجنون محجور للإفاقة والصبي لبلوغه بثمانية عشرة أو الحلم أو الحيض أو الحمل أو الإنبات وأقره صاحب المواهب.

الاستدلال على كون سن البلوغ خمس عشرة:

استدل الشافعية والحنابلة على ذلك بحديث ابن عمر السابق، زاد صاحب المغني بعد أن ذكر الحديث فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب إلى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة. رواه الشافعي في مسنده، والترمذي، وقال: حسن صحيح، ورؤي عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كُتِبَ ما له وما عليه وأخذت منه الحدود» قال: ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالإنزال، وما ذكره أصحاب أبي حنيفة ففيما ذكرناه جواباً عنه، وما احتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل. ١.هـ. وحيث كان المفتى به عند الحنفية هو الخمس عشرة كما نقل

الزحيلي فلا حاجة إلى نقل ما قيل حول ما زاد عليها والجواب عنه.

الاستدلال على حكم الإنابات:

استدل صاحب المغني على ثبوت البلوغ بإنابات شعر العانة بحديث أن النبي ﷺ لما حَكَّم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية. وقال عطية القُرَظِيُّ: عُرِضَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ قَرِيظَةَ فَشَكَوْنَا فِيَّ فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُنْظَرَ إِلَيَّ هَلْ أَنْبَتُ بَعْدُ فَنظَرُوا إِلَيَّ فَلَمْ يَجِدُونِي أَنْبَتُ بَعْدُ فَأَلْحَقُونِي بِالذَّرِيَّةِ. قَالَ ابْنُ قَدَامَةَ: مَتَّفَقَ عَلَىٰ مَعْنَاهُ، قَالَ: وَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِلَىٰ عَامِلِهِ أَلَّا تَأْخُذَ الْجَزِيَّةَ إِلَّا مِمَّنْ جَرَتْ عَلَيْهِ الْمَوَاسِي... قَالَ: وَلِأَنَّهُ خَارِجٌ يَلْزِمُهُ الْبُلُوغُ غَالِبًا وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَىٰ فَكَانَ عِلْمًا عَلَىٰ الْبُلُوغِ كَالْإِحْتِلَامِ... قَالَ: وَمَا كَانَ بُلُوغًا فِي حَقِّ الْمَشْرُوكِينَ كَانَ بُلُوغًا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ. هَذَا أَهْمٌ مَا كَتَبَهُ الْمَوْفِقُ فِي الْمَغْنِيِّ وَالْخِلَافِ بَيْنَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ هُوَ فِي هَذِهِ النَّقْطَةِ الْأَخِيرَةِ فَقَطْ وَالْحَدِيثُ الْمَتَّفَقُ عَلَيْهِ لَا ذَكَرَ لِلْإِنْبَاتِ فِيهِ.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص: حديث أن سعد ابن معاذ حكم في بني قريظة... متفق عليه دون قصة الإنابات من حديث أبي سعيد... ثم قال: حديث عطية القرظي عُرِضْنَا عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَوْمَ قَرِيظَةَ وَكَانَ مِنْ أَنْبَتِ قَتْلٍ وَمَنْ لَمْ يَنْبِتْ خَلِي سَبِيلَهُ فَكَانَتْ مِمَّنْ لَمْ يَنْبِتْ فَخَلِي سَبِيلِي، رواه أصحاب السنن من حديث عبد الملك بن عمير بلفظ: «ومن لم ينبت لم يقتل... إلى أن قال، وله طرق أخرى عن عطية وصححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، وقال: على شرط الصحيح وهو كما قال إلا أنهما لم يخرجوا لعطية وما له إلا هذا الحديث الواحد. ١. هـ.

وغاية ما اعتذر به الشافعية عن القول بالحديث في المسلم هو ما ذكره الخطيب في مغني المحتاج بقوله: لسهولة مراجعة آباءه وأقاربه من المسلمين بخلاف الكفار ولأنه متهم فربما استعجل الإنابات بالمعالجة دفعًا للحجر وتشوفًا للولايات بخلاف الكافر فإنه يُفْضِي بِهِ إِلَى الْقَتْلِ أَوْ ضَرْبِ الْجَزِيَّةِ وَهَذَا جَرِيٌّ عَلَى الْأَصْلِ وَالْغَالِبِ

وإلا فالأنثى والخنثى والطفل الذي تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين لموت أو غيره حكمهم كذلك فإن الخنثى والمرأة لا جزية عليهما مع أن الحكم فيهما ما ذكر، ومن تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين - أي وهو مسلم - لا يحكم ببلوغه بما ذكر مع فقدان العلة - أي الأولى - فقد جروا في تعليلهم على الغالب. ا.هـ. وكما فُقدت العلة الأولى فيمن ذُكر تفقد الثانية في الأنثى التي لا تتطلع إلى الولاية، وفي الذكر الذي يتهرب من المسؤوليات المتعلقة بالبالغين كالفرائض والقوامه والجنايات والعقوبات فإذن ما عللوا به هو كما تراه ولا دليل بل ولا شبه دليل على استثناء المسلم من الحكم المذكور، وقد ترجم البيهقي المعروف بنصرة المذهب الشافعي حتى نُسب إلى التعصب في السنن الكبرى قائلا: باب البلوغ بالسن، وأخرج تحته أحاديث، ثم قال: باب البلوغ بالاحتلام، وأخرج تحته أحاديث، ثم قال: باب البلوغ بالحيض، وأخرج تحته حديثين وأثرا عن أم سلمة رضي الله عنها، ثم قال: باب البلوغ بالإنبات. وأخرج الحديث المتفق عليه من طريق واحدة، ثم أخرج حديث عطية القرظي في الإنبات من طريق سفيان - وهو الثوري - حدثنا عبد الملك بن عمير حدثني عطية القرظي قال: كنت من سبي بني قريظة وكانوا ينظرون فمن أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت الشعر لم يقتل، وكنت فيمن لم ينبت، ثم ساق البيهقي إسنادين إلى شعبة عن عبد الملك بن عمير عن عطية القرظي قال: عُرِضَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ قَرِيظَةَ فَشَكَوْا فِيَّ فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُنْظَرَ إِلَيَّ هَلْ أَنْبَتُ فَنَظَرُوا إِلَيَّ فَلَمْ يَجِدُونِي أَنْبَتُ فَخَلَّى عَنِّي وَأَلْحَقَنِي بِالسَّبِيِّ، وهذا صريح في الرفع ثم ساق إسناده إلى حماد بن سلمة عن عبد الملك بن عمير فذكره بنحوه، ثم أسند عن ابن جريج وسفيان بن عيينة، عن ابن أبي نجیح عن مجاهد عن عطية فذكره نحوه، ثم أخرج عن كثير بن السائب قال: حدثني أبناء قريظة أنهم عُرِضُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ زَمَنَ قَرِيظَةَ فَذَكَرَ نَحْوَ ذَلِكَ، ثُمَّ أَسْنَدَ عَنْ عَمْرِو بْنِ مَرْثَدَةَ أَنَّهُ رَفَعَ إِلَيْهِ غُلَامٌ ابْتَهَرَ جَارِيَةً فِي شَعْرِهِ - والابتهار القذف بنفسه - فقال: انظروا إليه فلم يوجد أنبت فدرأ عنه الحد وأخرجه عنه من طريق أخرى أنه قال: انظروا إلى مؤتره فنظروا فلم يجدوه أنبت الشعر فقال:

لو أنبت الشعر لجَلدته الحدَّ، وأخرج عن عثمان رضي الله عنه في غلام سرق نحوه.
ثم أخرج عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: إذا أصاب الغلام الحد فارتبَّت فيه احتلم أم لا
انظر إلى عانته.

وفي ذلك ما هو فوق الكفاية، والله أعلم.

بابُ الحوالةِ

يُشترطُ فيها رضا المُحيلِ وقَبولُ المُحتالِ دونَ رضا المُحالِ عليه.
ولا تصحُّ على من لا دينَ عليه، وتصحُّ بدينَ لازمٍ على دينٍ لازمٍ بشرطِ العلمِ بما
يُحالُ به وعليه، وتساويهما جنسًا وقدرًا، وصحةً وتكسيرًا، وحلولًا وأجلًا، ويبرأ
فيها المُحيلُ من دينِ المُحتالِ، والمُحالُ عليه من دينِ المُحيلِ، ويتحوَّلُ حقُّ
المُحتالِ إلى ذمَّةِ المُحالِ عليه.
فإن تعذَّرَ على المُحتالِ أخذهُ من المُحالِ عليه لِفَلَسِ المُحالِ عليه أو جَحْدِهِ
أو غيرِ ذلك لم يرجعْ إلى المُحيلِ.

قال المصنف رحمته :

(باب الحوالة)

قال شارح الروض بفتح الحاء أفصح من كسرهما وتبعه صاحب المغني والنهاية.
وقال في التحفة: بفتح الحاء وحكي كسرهما فقد برئ ابن حجر من إثبات الكسر، وفي
تاج العروس عن المحكم كسحابة ولم أجد إلى الآن فيما عندي من كتب اللغة
الكسر، ثم رأيت النووي اقتصر في تصحيح التنبيه على الفتح فِعْمًا فعل، ومثله
الفيومي في المصباح. وهي اسم مصدر أحال إذا نقل دين غريمه الذي عليه إلى غيره،
ومصدره الإحالة. قال في الروضة: أصلها مجمع عليه. وقال في الأسنى: و[هي] في
الشرع عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة وتطلق على انتقاله والأصل [فيها] قبل
الإجماع خبر الصحيحين: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليءٍ فليتبع» أي
فليحتل كما رواه هكذا البيهقي. ١.هـ.

أقول: رواية البيهقي لهذا الحديث في الكبرى بلفظ: «وإذا أحيل أحدكم على مليءٍ
فليحتل» لكنها من رواية عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه وعبد الرحمن هذا لا
يُحمد حفظه، وفي الكاشف: قال أبو حاتم وغيره: لا يحتج به، ولفظ حديث

أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة هذا في الكتب بلفظ الاتباع والتبع من طريق مالك وغيره إلا أن الترمذي، والبيهقي رويَا من حديث ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أُحِلَّتْ عليّ مليٌّ فاتبعه...» وصححه الترمذي وعليّ أيّ حال فالمراد بالإتباع بسكون التاء الإحالة وبالتبع التحول. قال في الروضة: ولا بد في وجودها من ستة أمور محيل ومحتال ومحال عليه ودين للمحتال عليّ المحيل ودين للمحيل عليّ المحال عليه ومراضاة بين المحيل والمحال.

كما قال المصنف: (يشترط فيها رضا المحيل وقبول المحتال) لأن للمدين أن يوفي الحق بأيّ وسيلة شاءها فلا يُلزم بجهة، وللدائن ألا ينقل حقه من محله فلا ينتقل من ذمة إلى أخرى إلا برضاه، ولأنها بيع دين بدين جُوز للحاجة، و«إنما البيع عن تراض» وقبول الحوالة سنة عند من عدا الحنابلة والظاهرية أما هم فتمسكوا بصيغة الأمر «فليتبع» (دون رضئ المحال عليه) فلا يشترط لأنه ضامن لأيهما كان، ولأن الحق الذي كان عليه للمحيل فكان له أن يستوفيه منه بغيره كما لو وكل فيه، وأصل علمائنا أن الدال عليّ الرضا هو اللفظ فلا بُدّ منه لكن لا يشترط لفظ الحوالة بل ما يؤدي معناها أيّ لفظ كان وتصح بصيغة الطلب من أحدهما وموافقة الآخر.

(ولا تصح) الحوالة (عليّ من لا دين عليه) وإن كان برضاه، وقيل: تصح بإذنه بناء عليّ أنها استيفاء لا بيع وعليهما فإن تطوع وأدى الدين للمحتال كان قاضيا دين غيره وهو جائز.

قال المصنف رحمه الله:

(وتصح بدين) مثلي أو متقوم (مستقر لازم) حالا أو مآلا كالثمن في مدة الخيار ويطل الخيار بها (عليّ دين لازم) كذلك والقاعدة في هذا الباب أن الدين الذي تدخل عليه الباء هو ما في ذمة المحيل للمحتال والذي تدخل عليه عليّ: هو ما في ذمة المحال عليه للمحيل ويشترط في الدين كونه مما يجوز الاعتياض عنه لا كدين السلم.

قال المصنف رحمه الله:

(بشرط العلم) إن كان الشرط بمعناه الاصطلاحي وهو المتبادر بالإضافة للبيان

والباء للملابسة أو المصاحبة والجار والمجرور حال من الضمير الفاعل المستتر في تصح، أي تصح الحوالة متلبسة أو مصاحبة بشرط أو لشرط هو العلم أي المعرفة (بما يحال به و) ما يحال (عليه) وإن كان الشرط بالمعنى المصدرى فهو مضاف إلى مفعوله والباء للمصاحبة، والعامل فيها مقدر أي أقول ذلك مع اشتراطى العلم بالدينين.

(و) بـ (تساويهما جنسا وقدرًا وصحة وتكسيرا وحلولا وأجلا) تميزات للضمير في تساويهما كأنه قال: ويتساوي جنسهما وقدرهما إلخ والواو الداخلة على تكسيرا وأجلا بمعنى أو لمقابلة كل منهما لما عقبه هو والتساوي بمعنى الاتفاق.

وعبارة الروض: الثالث اتفاق الدينين جنسا وقدرًا وحلولا وتأجيلا وصحة وتكسرا وجوده ورداءة. اهـ. واستفدنا من تعبيره بتكسرا أن التكسير الذي عبر به المصنف مصدر المبني للمجهول كالكسر الذي في المنهاج، والصحيح النقرة المضروبة والمكسر ما قرض منها أجزاء متساوية كما في بغية المسترشدين في الربا وغيره، وإذا كان ذلك شرطًا فلا تصح الحوالة في إبل الدية للجهل بها، ولا في المختلفين فيما ذكر ولو غير ربويين لأن الحوالة ليست على طريقة المعاوضات الحقيقية وإنما جوزت للإرفاق فاعتبر فيها الاتفاق وكذا العلم به، فإن جهله أحدهما فلا تصح وإن بانا متفقين إذ لا بد في المعاوضات من العلم حذرًا من الغرر، ولا يشترط الاتفاق في نحو رهن وضمن فينتقل الدين لا بصفة التوثق، قال في التحفة: على المنقول المعتمد، وفي الأسنى: بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن انفك الرهن وبرئ الضامن لأن الحوالة كالتقبض.

ولو شرط العاقد في الحوالة رهنًا أو ضمينا من المحيل أو المحال عليه إلى أن يسقط حق المحتال بقبض أو غيره جاز قاله ابن المقري، واستقرب شارح الروض عدم الجواز لكن صحح الرملي في حواشيه ما قاله ابن المقري إذا كان الراهن أو المضمون عنه هو المحال عليه لا المحيل ومشى عليه ولده في النهاية مخالفًا ما في التحفة والمغني.

وهذه عبارة المغني أنقلها استطرافًا لها لكونه خالف عاداته في اتباع شيخه الرملي

قال: ولو شرط العاقد في الحوالة رهنا أو ضمينا فهل يجوز أو لا؟ رجح ابن المقري الأول، وصاحب الأنوار الثاني وحمل شيخي الأول على ما إذا شرط ذلك على المحال عليه، والثاني على ما إذا شرط ذلك على المحيل وهو بعيد إذ المحال عليه لا مدخل له في العقد فالمعتمد كلام صاحب الأنوار. ا.هـ. وقد أطلق صاحب الحاوي الوجهين ولم يرجح واحدا منهما كما لم يرجح في المبني عليه وهو: هل الحوالة بيع دين بدين أو بيع عين بدين قال: وعلى هذين الوجهين هل يصح اشتراط الرهن فيها والضمان أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما: يصح إن قلنا: إنها بيع عين بدين. والثاني: لا يصح إن قلنا: إنها بيع دين بدين. ا.هـ. وقد ذكر هذا البناء شارح الروض، ولأن المرجح في المبني عليه هو أنها بيع دين بدين رجح هو في المبني عدم الجواز وكذا صاحب التحفة حيث قال: .. لو شرط عاقد الحوالة رهنا أو ضمينا لم تصح كما رجحه الأذرعى وغيره بناء على الأصح أنها بيع دين بدين. ا.هـ. ولم ينفرد هو بهذا البناء بل هو قديم كما نقلته عن الحاوي، وصرح به شارح الروض الذي يعتمد عليه ابن قاسم العبادي اعتمادا أغلبيا إن لم أقل كليا.

قال المصنف رحمه الله:

(ويبرأ بها) أي بالحوالة نفسها (المحيل من دين المحتال و) يبرأ (المحال عليه من دين المحيل ويتحول) أي ينتقل (حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) لأن ذلك فائدتها وذكر صاحب التحفة كالحاوي أنه إجماع قال: وأفهم ذكره التحول بعد البراءة المذكورة المقتضية لسقوط حق المحتال أن المراد بتحول حقه إلى ما ذكر تحول طلبه إلى نظير حقه وهو ما بذمة المحال عليه لما تقرر أنها بيع فلا اعتراض على المتن. ا.هـ.

وأنا أقول: حق الشخص ما يستحقه والمحتال كما يستحق الدين الذي على المحال عليه بسبب الحوالة كذلك يستحق الطلب له فهو حقه كما كان الطلب من المحيل قبل الحوالة حقا له فقد تحول حقيقةً والذمة معنى يصير الإنسان به أهلا لوجوب الحق له أو عليه كما في المعجم الوسيط ومعنى تحول الطلب إليها تعلقه بها

بعد أن كان متعلقا بذمة المحيل .

والاعتراض والجواب عنه إنما يتوجهان على تفسير الحق بالدين ولا موجب له، والله أعلم، وربما أرشد التعبير في البراءة بالدين وفي التحول بالحق إلى ما ذكرته والحمد لله ومنه التوفيق .

قال المصنف رحمته :

(فإن تعذر على المحتال أخذه) أي الحق الذي هو الدين ففيه على ما ارتأيته استخدام، وهو نوع من أنواع البديع وليس عيبا، أي فإن لم يتمكن المحتال من قبض حقه (من المحال عليه لفلس المحال عليه) إظهار في محل إضمار للإيضاح (أو جحدته) للدين أو للحوالة مع حلفه (أو غير ذلك) كموته بلا تركة (لم يرجع) المحتال (إلى المحيل) لأنه قد برئ من دينه بالإحالة لأن الحوالة بمنزلة القبض للدين وقبوله لها متضمن لاعترافه بتوفر شروطها فلا أثر لتبين أن لا دين على المحال عليه لكن له تحليف المحيل أنه لا يعلم براءة المحال عليه قبل الحوالة على الأوجه عند صاحبي الأسنى والتحفة فإن نكل المحيل حلف المحتال وبان بطلان الحوالة ورجع عليه بحقه ومثل ذلك عند الشهاب الرملي وولده قيام البينة بأن المحال عليه وفي المحيل حقه .

ثم لا فرق في فلس المحال عليه بين القائم حال الحوالة والطارئ بعدها لأنه مقصر بترك البحث في الأولى وإن شرط يساره في عقدها ولشبهه قبولها بأخذه عوضا عن دينه وتلفه في يده . قال في الروضة: فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحد مثلا فهل تصح الحوالة والشرط أو الحوالة فقط أو لا يصحان؟ فيه أوجه^١. هـ. وقد جزم ابن المقرئ في الروض بالثالث قال شارحه: لا اقترانها بشرط يخالف مقتضاها^١. هـ. واعتمده صاحب التحفة والنهاية .

تنبيه: قال الغزالي في الوسيط: إذا أفلس المحال عليه أو جحد لم يثبت الرجوع على المحيل بالدين خلافا لأبي حنيفة أما إذا كان الإفلاس مقارنا وجهله المحتال ففي ثبوت الخيار ثلاثة أوجه: أحدها: لا يرجع كما إذا كان طارئا والأظهر الثبوت...

والثالث: أنه لا يثبت إلا إذا شرط كونه مَلِيًّا. وقال في الوجيز: ولو كان الإفلاس مقرونا بالحوالة وهو جاهل فالأظهر ثبوت الخيار. ا.هـ.

فقال الرافعي في العزيز بعد بيان طويل: وترجيح الوجه الصائر إلى ثبوت الخيار يخالف اختيار عامة الأصحاب سيما في حالة الإطلاق. ا.هـ. وقال النووي في الروضة: واختار الغزالي الثبوت مطلقا وهو خلاف المذهب. ا.هـ.

ذكر المذاهب في حال تعذر تسلم المحتال من المحال عليه:

قال ابن المنذر: اختلف أهل العلم في الرجل يحتال بالمال على مليء من الناس ثم يفلس المحال عليه أو يموت فقالت طائفة: يرجع على المحيل بماله رُوي هذا القول عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وليس يثبت ذلك عنه ... وبه قال شريح، والشعبي، والنخعي.

وقال أصحاب الرأي: يرجع على المحيل إذا مات المحال عليه ولم يترك وفاء وإن أفلس وفلسه القاضي رجع أيضًا في قول يعقوب ومحمد.

وقالت طائفة: إذا أحيل على مليء فاحتال برئ المحيل مما أحاله به ولا يرجع على المحيل أبدا أفلس المحال عليه أو مات، هذا قول مالك بن أنس، والليث بن سعد، والشافعي، وأحمد، وأبي عبيد، وأبي ثور. ا.هـ.

وقال ابن قدامة في المغني: وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بَعْدَ العلم، وبه قال جماعة من أصحابنا ونحوه قول مالك، قال ابن المنذر وابن قدامة: لأنه غرّه وزاد الثاني: ولأن الفليس عيب في المحال عليه فكان كالعيب في المبيع.

قال ابن قدامة: فإن شرط ملاءة المحال عليه فبان معسرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية، وقال بعضهم: لا يرجع وإن شرط كما لو شرط كونه مسلما. ا.هـ. قال ابن المنذر: وقد روي عن الحسن البصري أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه فإذا أبرأه برئ.

وفي الإنصاف من كتب الحنابلة أن المحتال إذا رضي بالحوالة ولم يشترط اليسار

لا يرجع على المحيل على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وإذا شرط يساره ثم تبين عسرتة رجع المحتال على المحيل بلا نزاع. ١.١.هـ.
وفي الكافي من كتب المالكية: ولا رجوع له على المحيل أبداً أفلس المحال عليه أو مات معدماً إلا أن يكون غره من رجل معدم أو مفلس لا يعلم رب الحق بعُدْمه فإن كان ذلك فحينئذ يكون له الرجوع... ١.١.هـ.

الاستدلال:

استدل الإمام الشافعي على عدم الرجوع مطلقاً بدلالة كلمة الحوالة على التحول والانتقال وما انتقل لا يعود إلا بإعادة صاحبه اختياراً.
واستدل صاحب المغني على الرجوع عند شرط اليسار بحديث: «المسلمون على شروطهم» وللمانعين أن يستدلوا بحديث: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» وبالقيد الذي ورد في الحديث الذي استدل به صاحب المغني وهو قوله عقبه: «ما وافق الحق» ومع ذلك فأنا أرى أن أعدل الأقوال في المسألة هو القول بالرجوع على المحيل عند شرط اليسار في المحال عليه لأن ذلك يدل على أنه قبل الحوالة قبولا معلقاً وليس مطلقاً، وفي الحوالة شائبة الاستيفاء بالإنابة وليس بيعاً محضاً، وأرى أيضاً أن شرط اليسار يتضمن شرط الرجوع بل هو هو:

فإن لا يَكُنْها أو تَكُنْه فإنه أخوها غَدَتْه أمُّه بلبانها

والله أعلم.

باب الضمان

يصحُّ ضمانٌ من يصحُّ تصرفه في ماله، فلا يصحُّ من صبيٍّ ومجنونٍ وسفيهٍ وعبدٍ لم يأذن له سيدهُ، ويصحُّ من محجورٍ عليه بفلسٍ، ومن عبدٍ أذن له سيدهُ، ويشترطُ معرفة المضمون له، ولا يشترطُ رضاهُ ولا رضا المضمون عنه ولا معرفتهُ.

ويشترطُ أن يكون المضمون: دينًا ثابتًا معلومًا، وأن يأتي بلفظٍ يقتضي الالتزام، كضمنتُ دينك أو تحمّلتُهُ ونحو ذلك، ولا يجوزُ تعليقه على شرطٍ مثل: إذا جاء رمضان فقد ضمنّت. ويصحُّ ضمانُ الدرك بعد قبض الثمن، وهو أن يضمن للمشتري الثمن إذا خرج المبيع مستحقًا أو معيبًا.

وللمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه، فإن ضمن عن الضامن ضامن آخر طالب الكل، وإن طالب الضامن للضامن مطالبة الأصيل بتخليصه إن ضمن بإذنه، فإن أبرأ الأصيل برئ الضامن، وإن أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل، وإن قضى الضامن الدين رجع به على الأصيل إن كان ضمن بإذنه، وإلا فلا، سواءً قضاؤه بإذنه أم لا. ولا يصحُّ ضمان الأعيان كالمغصوب والعواري.

[كفالة البدن]:

وتصحُّ الكفالة ببدن من عليه مالٌ أو عقوبةٌ لآدميٍّ كالقصاصِ وحدِّ القذفِ، بإذن المكفول، وإن كان عليه حدُّ لله تعالى فلا تصحُّ، ثم إذا صحَّت الكفالة فأطلق طولب به في الحال، وإن شرطَ أجلًا طولب به عند الأجل، وإن انقطع خبره لم يطالب به حتى يعرف مكانه، ويُمهل مدة الذهاب والعود فإن لم يحضره حبس، ولا تلزمه غرامة ما عليه، وإن مات المكفول سقطت الكفالة، لكن إن طولب بإحضاره قبل الدفن ليشهد على عينه وأمكنه ذاك لزمه.

قال المصنف رحمه الله:

(باب الضمان)

قال الفيومي في المصباح: ضمنتُ المال وبه ضمانا فأنا ضامن وضمنين التزمته

ويتعدى بالتضعيف فيقال ضَمَّنْتَهُ المال: ألزمته إياه، قال بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم وهو غلط من جهة الاشتقاق لأن نون الضمان أصلية والضم ليس فيه نون فهما مادتان مختلفتان. ا.هـ.

وأما شرعا فقال في التحفة: يطلق على التزام الدين والبدن والعين الآتي كلُّ منها وعلى العقد المحصّل لذلك، ويسمى مُلتزِمٌ ذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكفيلا وصبيرا. قال الماوردي في الحاوي: ومعنى جميعها واحد غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس - يعني الذوات - والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، قال في شرح الروض: وكالصبير القبيل.

هذا وقد تلا المزمي في المختصر في أول باب الضمان قوله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُورَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَاءُ بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: ٧٢]، وقوله ﷺ: ﴿ سَأَلَهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ ﴾ [القلم: ٤٠]، وذكر حديث: «الزعيم غارم» قال: والزعيم في اللغة الكفيل، وحديث أبي سعيد رضي الله عنه في قصة ضمان علي رضي الله عنه درهمين عن ميت امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه وهما عليه، قال أبو سعيد: فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم أقبل علي رضي الله عنه فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيرا وفكَّ رَهَانِكَ كما فككت رهان أخيك» قال المزمي: وفي ذلك دليل أن الدين الذي كان علي الميت لزم غيره بأن ضمنه ثم ذكر حديث: «لا تحل الصدقة لغني إلا لثلاثة» وفيه: «ورجل تحمل حمالة»... وقد أجاب الماوردي في شرحه الحاوي عما قد يتوجه على الاستدلال بالآيتين ثم ذكر أن حديث: «الزعيم غارم» ورد من حديث أبي أمامة من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول فذكر الحديث وفيه طول، ثم ذكر الماوردي حديث جابر رضي الله عنه قال: توفِّي رجل منا فغسلناه وكفناه ثم أتيت النبي ﷺ ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال: «أعليه دين» قلنا: ديناران فانصرف فتحملهما أبو قتادة وقال: علي الديناران فقال النبي ﷺ: «أعليك حقَّ الغريم وبرئ الميت منه؟» قال: نعم قال: فصلي عليه... الحديث، وذكر

أحاديث أخرى منها عن أبي هريرة في أن النبي ﷺ كان إذا أُخبر بأن علي الميت دينا وأنه لم يترك وفاء يقول: «صلوا علي صاحبكم» فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من توفي من المؤمنين فترك دينا فعلي قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته».

قال الحافظ في التلخيص: حديث أبي أمامة رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي من طريق إسماعيل بن عياش رواه عن شامي وهو شرحبيل بن مسلم سمع أبا أمامة، وضعفه ابن حزم بإسماعيل ولم يُصَبِّ - يعني لأن رواية إسماعيل عن الشاميين قوية - قال: وله أي للحديث طريقان من رواية غيره عند النسائي، إحداهما من طريق أبي عامر الوصّابي، والأخرى من طريق حاتم بن حريث كلاهما عن أبي أمامة وصححه ابن حبان من طريق حاتم هذه، وقد وثقه الدارمي. ١. هـ. وبهامشه أن أبا عامر الوصّابي واسمه لقمان بن عامر قال عنه في التقريب: صدوق، وأن حاتم بن حريث قال عنه: مقبول فالحديث إذن بطرقه صحيح، وقال الحافظ في حديث أبي سعيد في تحمّل عليّ دين الميت: رواه الدارقطني والبيهقي من طرق بأسانيد ضعيفة، وفي حديث جابر: رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي، وابن حبان، والحاكم، والدارقطني، قال: ورواه الترمذي مصححا والنسائي، وابن ماجه، وابن حبان إضافة إلى أحمد من حديث أبي قتادة رضي الله عنه.

قال المصنف رحمته:

(يصح ضمان من) يصح (تصرفه في ماله) مع أهليته للتبرع وقد تبع المصنف - فيما أحسب - في التعبير بذلك عبارة التنبيه ونصّها: مَنْ صح تصرفه في ماله بنفسه صح ضمانه... إلخ، وعبر ابن المقرئ في الروض كالروضة بقوله: الركن الثالث: الضامن وشرطه صحة العبارة وأهلية التبرع وعبر صاحب منهج الطلاب بقوله: وأركانه مضمون عنه وله وفيه وصيغة وضامن وشرط فيه أهلية تبرع واختيار. ١. هـ. وترك صحة العبارة لاستلزام أهلية التبرع لها لكن أحوجه تركها لزيادة قوله واختيار ولو ذكرها ما احتاج إليها في رأبي لأن ما خرج به يخرج بها.

قال المصنف رحمته:

(فلا يصح) الضمان (من صبي ومجنون وسفيه) محجور عليه به وإن أُذِن له فيه أما مَنْ سَفِهَ بعد رشدِه ولم يحجر عليه فيصح ضمانه لأنه أهل للتبرع صحيح العبارة، ولا يصح أيضًا من مكره بلا حق لعدم صحة تصرفه (وعبد لم يأذن له سيده) في الضمان لعدم صحة تصرفه إذ لا ملك له على الأصح، ولأن الضمان إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح ويبدو لي أن العبد خرج بمفهوم قوله: مَنْ يصح تصرفه من غير اعتبار قوله في ماله ليمشى على الرأيين في أنه يملك بتملك سيده أو لا، وقد ذكر صاحب التنبيه ذلك المفهوم بقوله: ومن لا يصح تصرفه في المال... فلا يصح ضمانه وبعد أن ذكر حكم الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه والمحجور عليه بفلس قال: والعبد لا يصح ضمانه بغير إذن السيد، وقيل: يصح ويتبع به إذا عتق، ويصح بإذنه، كما قال المصنف: (ويصح) الضمان (من محجور عليه بفلس) لأنه إنما يتعلق بالذمة فكان كالشراء فيها ويتبع به إذا فك الحجر عنه (ومَنْ عَبْدٌ أُذِنَ له سيده) في الضمان بشرط معرفة السيد بقدر الدين لأن المنع كان لحقه فزال بإذنه فإن عيّن له للأداء جهةً تعينت وإلا تعلق الضمان بما في يده من مال تجارة إن كان مأذونا له فيها وبما يكسبه بعد الإذن في الضمان مطلقا، ورجح في التنبيه أنه يتبع به إذا عتق وحكى ما تقدم بقليل، وقد قرر البغوي في التهذيب هذه المسألة تقريرًا حسنًا مفصلاً فمّمّا قاله: أما إذا ضمن بإذن المولى يصح ضمانه ثم من أين يقضي؟ نُظِرَ إن قال المولى: اقضه من كسبك قضاه من كسبه، وإن قال: اقضه مما في يدك من مال التجارة قضاه منه، وإن قال: أدّ من هذا المال وعيّن مالا صحَّ ويؤدي مما عيّن... إلى أن قال: وإن أطلق الإذن نُظِرَ إن لم يكن مأذونا له في التجارة يتعلق بكسبه الذي يكتسبه بعد الضمان كما لو أُذِن له في النكاح يتعلق المهر بأكسابه وإن كان مأذونا له في التجارة ففيه وجهان: أحدهما: يتعلق بما يكتسب من بعد، والثاني: يتعلق بما في يده من الربح ورأس المال جميعا وبما يكتسبه من بعد... إلى أن قال: ثم إذا أدى العبد الضمان في حال رقه رجع السيد على المضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه وإن أدى بعد العتق

ففيه وجهان: أحدهما: يرجع العبد عليه لأنه أدى من ملكه. والثاني: يرجع عليه السيد ويصير كأنه استثنى ذلك من كسبه... ١.هـ. وقال في الروض: وأم الولد والمبعض كالقن فإن جرت مهياة صح في نوبة المبعض ويصح ضمان المكاتب بالإذن فقط. ١.هـ.

قال المصنف رحمته:

(ويشترط معرفة المضمون له) أي معرفة الضامن المضمون له ولكون المعرفة بمعنى الإدراك والعلم صدر الفعل بالتحية؛ وذلك لاختلاف حال الناس في التشديد والمساهلة حيال حقوقهم فلا تكفي معرفة نسبه لكن تقوم معرفة وكيله مقام معرفته قال في النهاية: كما أفتى به الوالد - يعني الشهاب الرملي - تبعا لابن الصلاح وخلافا لابن عبد السلام وغيره إذ أحكام العقد تتعلق به والغالب أن الشخص يوكل من يشبهه، وأما ابن حجر فقال في التحفة: ... دون مجرد نسبه... ولا معرفة وكيله كما أفتى به ابن عبد السلام وغيره، والتعليل مصرح به بإفتاء ابن الصلاح بالاكْتفاء بمعرفته... ضعيف، وإن بالغ الأذرعى في الانتصار له، وفي الشرواني أن الخطيب تبع الرملي وهو العادة ثم رأيت عبارة المغني ونصها بعد ذكر الإفتاءين: وجرى بين ابن الصلاح وابن عبد السلام في ذلك محاورات، والأول - أي إفتاء ابن الصلاح - أوجه لأن كثيرا من الناس لا يوكل إلا من هو أشد منه في الطلب فيكون الموكل أسهل منه غالبا. ١.هـ. والغلبة لا تبنى على الكثرة وهي المدعاة أولاً، قال: وقال الأذرعى: الظاهر المختار الصحة... وقد وقع الإجماع الفعلي على المعاملة للأيتام والمحجورين الذين لا يعرفهم المدين بحال والممارسة فيه جمود لا يليق بابن عبد السلام فمن دونه. ١.هـ. وقد رجح شيخ الإسلام في شرح منهجه ما أفتى به ابن عبد السلام وغيره، ولم يرجح في شرح الروض ولا في شرح البهجة واحدا منهما وعبارته في الأخير: وأفتى ابن الصلاح وابن الرفعة وغيرهما بأن معرفة وكيل المضمون له كمعرفته وابن عبد السلام وغيره بخلافه. ١.هـ.

قال الخطيب: والثاني أي مقابل الأصح لا يشترط [أي معرفة المضمون له] لظاهر

الآية، وحديث أبي قتادة المتقدم فإنه ضمن لمن لا يعرفه، ولم يسأله النبي ﷺ هل يعرفه أولاً فكان على عمومه ا.هـ. ومذهب الحنابلة هو هذا ففي الإنصاف عند قول المتن: ولا يعتبر معرفة الضامن لهما أي للدائن والمدين، هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة والمغني... إلخ.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا يشترط رضاه) أي المضمون له بالضمان (ولا رضا المضمون عنه) وهو المدين لجواز أداء دين الغير من غير إذنه (ولا) تشترط أيضاً (معرفة) في الأصح أيضاً بدليل حديثي عليّ وأبي قتادة رضي الله عنهما السابقين إذ ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في الأقوال كما قاله إمامنا رضي الله عنه.

ثم ذكر المصنف ما يشترط في الدين فقال: (ويشترط أن يكون المضمون) أي المتكفل به (دينا ثابتاً) في الذمة ذكر الدين ليتمكن الوصف بما بعده إذ العين لا تكون إلا ثابتة معلومة بخلاف الدين وحاصله أن الشرط هو الثبوت في الذمة بالفعل فلا يصح ضمان ما سيقترضه مثلاً؛ لأنه توثق فلا يسبق الموثق كالشهادة ويكفي في الثبوت اعتراف الضامن به (معلوماً) فلا يصح ضمان المجهول جنساً أو قدراً أو صفة ويشترط أيضاً كونه لازماً حالاً أو آيلاً إلى اللزوم فلا يصح ضمان ما ليس كذلك كنجوم الكتابة والجعل قبل العمل، وسقط هذا الشرط من المصنف أو من ناسخ وهو مذکور في الروضة والمنهاج والمنهج والتنبيه، وعبارة هذا: ويصح ضمان كل دين لازم كضمن المبيع ودين السلم وأرش الجناية أو يؤول إلى اللزوم كضمن المبيع في مدة الخيار... وأما ما ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم كدين المكاتب فلا يصح ضمانه ا.هـ. قال شارح الروض: كما لا يصح الرهن به بجامع أن كلا منهما للتوثق، وقال أبو إسحاق في المهذب: ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين ودين الكتابة لا يمكن توثيقه لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمنه ا.هـ. فإن كان المصنف تركه عمداً فلعله رأى دخول معناه في الثابت أو في المعلوم بأن يريد بالثابت المستقر

حالا أو مآلا أو أن اللزوم صفة للدين، وقد شرط كونه معلوماً صفة لأن حذف المعمول يُستعمل للتعميم، والله أعلم.

قال: (و) يشترط (أن يأتي بلفظ) هذه الباء مثل الباء التي في نحو قوله ﷺ: ﴿فَأَتُوا سُورَةَ﴾ [البقرة: ٢٣]، ﴿عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ﴾ [الإسراء: ٨٨]، وهي كثيرة في القرآن وهي باء التعدية مثلها في قوله: ﴿ذَهَبَ اللَّهُ بِنُورِهِمْ﴾ [البقرة: ١٧] والإتيان باللفظ أي جعله آتياً أريد به التلفظ به وشرطه كونه (يقضي الالتزام) بالدين أي يدل عليه (كضمنت دينك) يا دائن أو يا مدين (أو تحملته ونحو ذلك) أي ذينك كتقلدته والتزمته وأنا ضامن له أو به أو حميل وما أشبه ذلك وكاللفظ الإشارة المفهومة من الأخرس والكتابة مطلقاً مع النية، وظاهر كلامهم أنه يشترط لصراحة مثل هذه الألفاظ ذكر المال فنحو ضمننت فلانا من غير ذكر المال كناية فيما يظهر، قاله الرملي في النهاية قال الشبراملسي في حاشيته عليه: أي فإن نوى به ضمان المال وعرف قدره صح وإلا فلا... ثم ذكر أنه إذا لم يرد به ضمان المال حمل على كفالة البدن وإن لم يرد بها بعينها فإن لم يرد به الالتزام كان لغواً، أما لو قال: أؤدي المال مثلاً فهو وعد لا التزام والوعد لا يلزم الوفاء به كما يقال، نعم إن كانت قرينة صارفة إلى الإنشاء واقرنت النية بلفظه كان ضمناً من العامي وغيره على المعتمد كما قال ع ش، ومثل للقرينة بقوله: كأن يرى صاحب الحق يريد حبس المديون فقال: أنا أؤدي المال أي عنه فهذه قرينة في إرادة الالتزام.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا يجوز تعليقه) أي الضمان (على) حصول (شرط) أي صفة، وأصله: بفتحتين وبفتح فسكون كما في تاج العروس: العلامة وذلك (مثل) قوله: (إذا جاء رمضان فقد ضمننت) دينك فلا يصح في الأصح؛ لأنه عقد والعقد لا يعلق، والثاني: يصح لأنه لا يشترط فيه القبول فجاز تعليقه كالطلاق ولا يجوز أيضاً بشرط الخيار فيه لأي أحد كان لمنافاته لمقصود التوثق ويصح ضمان الحال مؤجلاً بأجل معلوم وعكسه ولا

يلزمه التعجيل.

(ويصح ضمان الدرك) بفتححتين أو فتح فسكون وهو التَّيعة أي ما يترتب على الفعل ويسمى أيضًا ضمان العهدة بضم فسكون قال في المصباح: وفي الأمر عهدة أي مرجع للإصلاح فإنه لم يُحَكِّم بعدُ فصاحبه يرجع إليه لإحكامه، وقولهم: عهدته عليه من ذلك لأن المشتري يرجع على البائع بما يدركه وتسمى وثيقة المتبايعين عهدةً لأنه يرجع إليها عند الالتباس. ١.هـ. وإنما يصح (بعد قبض الثمن) أي بعد قبض البائع الثمن من المشتري (وهو) أي ضمان الدرك (أن يضمن للمشتري الثمن) أي يلتزم برده إليه وهو عالم به (إذا خرج المبيع مستحقاً) بفتح الحاء أي لغير البائع (أو معيباً) بعيب يوجب الرد أو يضمن للبائع الثمن المعين بعد قبض المشتري المبيع إن خرج الثمن كذلك وإنما جاز ذلك مع كونه من ضمان ما لم يثبت لشدة الاحتياج إليه في معاملة من لا يُعرف موقعه، قال في التحفة: وصورة ذلك أن يقول: ضمنت لك عهدة الثمن أو المبيع أو دركه أو خلاصك منه ولا يكفي قوله: خلاص الثمن أو المبيع. ١.هـ. قال في شرح الروض: لأنه لا يستقل بتخليصه إذا استحق.

وفي متن الروض وشرحه ما يلي: وإن شرط في البيع كفيلاً بخلاص المبيع بطل البيع لفساد الشرط بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن كما مر وإن ضمن العهدة أي عهدة الثمن وخلاص المبيع معاً صح ضمان العهدة لا ضمان خلاص المبيع تفريقاً للصفحة. ١.هـ. وفي حواشيه أن الثمن المعين كالمبيع.

هذا وفي النسخة التي شرح عليها صاحب الفيض: إن خرج بدل إذا خرج والخطب سهل.

وعبارة التهذيب للبغي: وقد يجوز ضمان ما لا يجوز الرهن به وهو ضمان الدرك وهو أن من باع شيئاً ثم خرج المبيع مستحقاً يجب على البائع رد الثمن فلو ضمنه إنسان فقال للمشتري: ضمنت لك عهدة هذا المبيع حتى إذا خرج مستحقاً أضمن لك الثمن الذي دفعته جاز على ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم. ١.هـ. وإذا أُطلق ضمان الدرك انصرف إلى درك الاستحقاق.

فرع: قال في التحفة: التحقيق أن متعلق ضمان الدرك عين الثمن أو المبيع إن بقي وسهّل رَدُّه وبدلُه أي قيمته إن عسر رَدُّه للحيلولة.

ومثل المثليّ وقيمة المتقوم إن تلف وتعلقه بالبدل أظهر لأنه ليس على قاعدة ضمان الأعيان من جهة أن ضامن الدرك يغرم بدل العين عند تلفها بخلاف ضامن العين المغصوبة والمستعارة وفي المطلب: ليس المضمون هنا ردّ العين - أي وحدها - وإلا لزم ألا تجب قيمتها عند التلف بل المضمون المالية عند تعذر الرد حتى لو بان الاستحقاق والثمن في يد البائع لا يطالب الضامن ببده... إلخ.

قال المصنف رحمته:

(وللمضمون له) وهو الدائن أو نائبه أو وارثه (مطالبة الضامن والمضمون عنه) وهو المدين (فإن ضمن عن الضامن ضامن آخر) صح و(طالب الكل) ولو كثروا بأن يطالبهما أو يطالبهم جميعاً، أو يطالب من شاء منهما أو منهم بجميع الدين أو يطالب بعضاً ببعض وبعضاً ببعض آخر، أما المدين فلاصلته لأن الدين باق في ذمته، وأما الضامن فللحديث السابق: «الزعيم غارم» وما في معناه، فلو شرط في العقد براءة الأصيل فسد لمنافاة هذا الشرط لمقتضاه.

(وإن طالب) الدائن (الضامن) بالدين (فللضامن مطالبة الأصيل) أي المضمون عنه وإن لم يكن الأصيل فيطالبه (بتخليصه) بأداء الحق لمستحقه وإنما يكون له ذلك (إن ضمن) أي التزم (بإذنه) أي بإذن المضمون عنه وليس له أن يطالبه قبل أن يُطالب، وذلك لأنه الذي ورّطه فيه، وليس له حبسه ولو حُسِسَ هو ولا ملازمته بل يحضره إلى القاضي ويُفَسِّقه بامتناعه إذا ثبت أن له ما يؤديه، وأما إذا ضمن بغير إذنه فلا سبيل له عليه لأنه لم يسلطه على نفسه (وإن أبرأ) المستحق (الأصيل) أو برئ بالأداء أو الحوالة أو الاعتياض قال في التحفة: وإنما أثر - يعني النووي - الإبراء لتعنيه - أي الإبراء - في صورة العكس - أي الآتية. ١. هـ. فإذا برئ الأصيل بإبراء أو غيره (برئ الضامن) وضامنه وهكذا ما تسلسلوا وإن شئت فقل: أي جنس الضامن فيصدق على الواحد والمتعدد من طبقة أو أكثر (وإن أبرأ) المستحق

(الضامن) فقط (لم يبرأ الأصيل) ولا مَنْ قَبِلَ المبرأ من الضمَّاء إذا تسلسلوا بخلاف من بعده فيبرأ ببراءته وذلك لأن إبراء الضامن وحده إسقاط وثيقة كالرهن فلا يسقط الدين بخلاف ما إذا برئ بنحو أداء للدين فإن الأصيل يبرأ من دين المضمون له كما يفهم من قوله: (وإن قضى الضامن الدين) من ماله لا من سهم الغارمين (رجع على الأصيل إن كان ضمن بإذنه) فأولى إن كان بطلب (وإلا) يكن بإذنه (فلا) يرجع عليه (سواء) في الحالين (قضاه بإذنه أم لا) أما في الأولى فلأن الإذن في الضمان إذن في سبب الأداء فكأنه إذن في مسببه، وأما في الثانية فلأنه لم يأذن في سبب الأداء إلا أن يشترط الرجوع فيرجع عليه لأن المسلمين عند شروطهم هذا في الضامن.

أما من لم يضمن فهو إذا أدى بالإذن يرجع على من أدى عنه للعرف في ذلك ومحل ثبوت الرجوع للضامن بالإذن إذا لم يثبت ضمانه بالبينة مع إنكاره له فإن كان كذلك لم يرجع لأنه بزعمه مظلوم والمظلوم لا يطالب غير ظالمه وهو المستحق وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض فيرجع في المتقوم بمثله صورة لا بقيمته، ولو صالح عن الدين بما دونه لم يرجع إلا بما غرم والحوالة كالأداء فيما ذكر.

تنبيه: قال البغوي في التهذيب: إذا ضمن رجل دين إنسان ثم ضمن عن الضامن ضامن آخر جاز فإذا أدى الضامن الثاني يرجع على الضامن الأول إن كان ضمن بإذنه ثم الضامن الأول يرجع على الأصيل بعدما غرم إن ضمن بإذنه فلو أراد الضامن الثاني أن يرجع على الأصيل نُظِرَ إن ضمن الأول بغير إذن الأصيل لم يكن له ذلك لأن الأول لو أداه لم يكن له الرجوع على الأصيل، وإن ضمن الأول بإذن الأصيل ففيه وجهان... وذكر أن أصحابهما: أنه ليس له ذلك، لأنه لم يضمن عن الأصيل - هذا إذا لم يأذن الأصيل في ضمان الضامن الثاني - أما إذا قال له: اضمن عمن ضمن عني فضمن وغرم فهو كما لو قال: افض ديني فقضى، والأصح أنه يرجع عليه فإن برئ الأصيل برئ الضامنان جميعاً ولو أبرأ رب الدين الضامن برئ مَنْ بعده من الضامين... ولو أن الضامن الثاني ضمن عن الأصيل أيضاً بإذنه فأبى الضامين أدى رجع على الأصيل ولا رجوع لأحدهما على الآخر، ولو ضمن الثاني عن الأصيل

والضامن الأول معا - يعني بإذنهما - فإذا أدى رجوع على أيهما شاء، وإن شاء رجوع ببعض ما أدى على أحدهما وبيعضه على الآخر، ثم الضامن الأول يرجع على الأصيل بما غرمه بشرطه. ا.هـ. ببعض تغيير، وقد اختصره النووي في الروضة ثم اقتصر ابن المقري في الروض على بعض ما فيها.

ذكر المذاهب في ضمان المجهول وما سيجب:

ذكر صاحب المغني من الحنابلة: أنه إذا قال مثلا: ضمنت مالك على فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقر لك به صح الضمان قال: وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك.

وقال الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعي، وابن المنذر: لا يصح لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع.

الاستدلال:

قال صاحب المغني: ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاءَ بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72] وحمل البعير غير معلوم لأن حملة يختلف باختلافه، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» وذكر أيضا القياس على النذر والإقرار والعق والطلاق وعلى ضمان الدرك في الخطر أي والجهل، وعلى ما إذا قال: ألتق متاعك في البحر وعلى ضمانه. وذكر أن القول في ضمان ما سيجب ودليل القولين كذلك. ا.هـ.

واستدل الماوردي في الحاوي لعدم الصحة بالقياس على الثمن وعلى الرهن قبل البيع، وعلى ما إذا قال: ضمنت بعض مالك على فلان، وأجاب عن القياس على ضمان الدرك الجائز اتفاقا بأنه ضمان واجب معلوم؛ لأن الحق معلوم وإنما يختلف ما يستحق في ثاني الحال من كل المبيع أو بعضه ولم يتعرض للإجابة عن الآية والحديث والقياسات التي ذكرها صاحب المغني لأنه أي صاحب الحاوي لم يذكرها حكاية عن المخالفين، وقد أشار صاحب الروض في أول كتاب الضمان حيث ذكر الآية كدليل على مشروعيته إلى الإجابة عنها حيث أتبعها بقوله: وكان

حمل البعير معروفا عندهم، وفي هذا الجزم ما فيه، وقد أشار الخطيب في ذلك المحل إلى الجواب بأن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا ولو ورد في شرعنا ما يوافق، قال: على الأصح وفي هذا التصحيح نظر وإن نُقِلَ عَنِ النُّووي في زوائد الروضة ولئن قيل به فإنما يقرب في غير إبراهيم ويوسف: من أولاد إبراهيم فإنما يتعبد بشريعته فمن سلم أن ذلك ضمان لا جعالة لزمه - في رأي المتواضع - القول بجواز ضمان المجهول من بعض الوجوه ولعلمهم يجيبون عن الحديث على تسليم كونه عامًا بتخصيصه بالقياس الذي ذكره والتخصيص بالقياس جائز عندهم وعند غيرهم من الأئمة الأربعة على ما حكاه صاحب هداية الوصول، وأما القياس فلكل فيه وَجْهٌ هو مولياها فاختر لنفسك ما يحلو واستفت قلبك وإن أفتوك وأفتوك.

ذكر المذاهب في الرجل المدين يموت قبل المَحَلِّ:

قال ابن المنذر: اختلف أهل العلم في الدين يكون على الرجل إلى أجل فيموت قبل الأجل فقالت طائفة - وهي الأكثر عدداً - : إذا مات حل ما عليه من الدين. هكذا قال إبراهيم النخعي، والحسن البصري، والشعبي، والزهري، وسوار بن عبد الله، ومالك بن أنس، وسفيان الثوري، والشافعي، قال: وقال النخعي، ومالك: إذا أفلس الرجل حلت ديونه.

وفيه قول ثان وهو أن الدين إلى أجله إن وثق الورثة وهذا قول محمد بن سيرين، وعبيد الله بن الحسن، وبه قال أحمد، وإسحاق، وقال أبو عبيد: إذا كان الورثة أملياً وضمنوه ضماناً باتاً، وفيه قول ثالث وهو أن الدين إلى أجله - أي مطلقاً - وبه قال طاووس، وأبو بكر بن محمد، وسعد بن إبراهيم. ا.هـ.

وعبارة الإقناع من كتب الحنابلة: وإن مات المضمون عنه أو الضامن لم يحل الدين وإن ماتا فكذلك إن وثق الورثة وإلا حل وفي شرحه عند قوله: إن وثق الورثة برهن يُحرز أو كفيل مليء بأحد الأمرين من الدين والتركة. ا.هـ. وفي المغني أن ذلك إحدى الروايتين عن أحمد، والأخرى كقول الجمهور وقد عدَّ هو منهم أصحاب الرأي.

الاستدلال:

ذكر صاحب المغني أن الجمهور احتجوا بأنه لا يخلو الحال من ثلاثة أشياء إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال مؤجلاً وكلها غير جائزة أما الأول فلخراب ذمة الميت وتعذر مطالبته، وأما الثاني: فلأنهم لم يلتزموه ولا رضي الدائن بدمهم والذمم مختلفة، وأما الثالث فلأنه إضرار بالميت والغريم مع عدم انتفاع الورثة به، أما الأول فلقول النبي ﷺ: «الميت مرتهن بدينه حتى يُقضى عنه»، وأما الثاني: فلتأخر حقه وقد يتلف مال الميت فلا يجد مرجعاً، وأما عدم انتفاع الورثة به فلأنهم ممنوعون من التصرف فيه لآية: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّتَيْ بِنْتِهَا وَأَوَدِّبْنَ﴾ [النساء: ١٢] هذا معنى كلام صاحب المغني.

واستدل هو على الإبقاء عند توثيق الورثة بأن الأجل حق للميت فلا يسقط بموته كسائر حقوقه وبالقياس على عدم حلول ما له عند غيره بموته قال: ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الورثة، وقد قال النبي ﷺ: «من ترك حقاً أو مالا فلورثته» قال: وما ذكره من الاستدلال بالمصالح المرسلة وليس له شاهد من الشرع باعتباره ومثل ذلك فاسد.

قال: فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر، فإن أراد الورثة أن يلتزموا للغريم أداء الدين ويتصرفوا في المال لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به... هـ. بمعناه في معظمه.

قال ابن المنذر رحمته: وأجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن ديون الميت على الناس إلى الأجل لا تحل بموته، وقال سفيان الثوري، والشافعي: إذا مات الحميل قبل محل الأجل أخذ من مال الكفيل وليس لورثته أن يرجعوا على المحمول عنه حتى يبلغ الأجل. هـ.

ذكر المذاهب في ضامن ضمن بغير إذن وأدى بغير إذن:

ذكر الموفق في المغني أن من ضمن وأدى بغير إذن في واحد منهما من المدين يرجع على المدين في إحدى الروايتين عن أحمد قال: وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن، وإسحاق. والرواية الثانية: لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة، وابن المنذر... ثم ذكر ما استدل به لكل من المذهبيين ولم يرجح منهما شيئاً، وذكر صاحب الإنصاف أن الرواية الأولى وهي الرجوع على المدين مذهب أحمد بلا ريب، قال: ونص عليه، وحكى عن ابن رجب قوله: يرجع على أصح الروايتين وهي المذهب عند الحرقى وأبي بكر والقاضي والأكثرين وفرض المسألة عند أدائه بنية الرجوع أما إذا لم ينوّه قال: فالمذهب أنه لا يرجع.

قال ابن المنذر في الذي أدى وهو يريد الرجوع: لا يرجع به عليه لأنه متطوع وإذا اختلفوا لم يجز أن نلزم الذي أدى عنه الدين بغير حجة ولا نعلم حجة توجب ذلك وذكر أن ذلك قول أصحاب الرأي أيضاً.

وذكر صاحب المغني أنه استدل لذلك بحديثي عليّ، وأبي قتادة رضي الله عنهما السابقين فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع لصارت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم وبالقياس على ما لو علف دابة غيره وأطعم عبده بغير أمره.

واستدل هو على الرجوع بالقياس على ما إذا امتنع المدين من قضاء دينه فقضى الحاكم عنه بجامع كون كل منهما قضاءً مبرئاً للذمة.

وأجاب عن حديثي عليّ وأبي قتادة بأنهما كانا متبرعين لم ينويا الرجوع حيث ضمنا وأدّيا قصدًا لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما بأن الميت لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء.

أقول: هو كذلك.

وأقول: وقد يفرق بين أداء الحاكم وأداء غير المأذون له بأن الحاكم قد أنابه الشرع عن الممتنع فكان أدؤه بالنيابة الشرعية فأشبهه ما إذا أذن للضامن في الأداء بخلاف من

لم يأذن له المدين ممن ليس حاكما عليه وهذا واضح، والله أعلم، لكن في الفرق بين الضامن الذي أدى بغير إذن وبين غيره الذي أدى كذلك - عندي - نظر وما ذُكر فيه مما في شرح الروض وغيره، غير مُقنع بل كأنه عقابٌ للضامن على ضمانه مع أنه من التعاون والتضامن فإما أن يرجع الاثنان، وإما أن يُنهي عن الضمان.

قال المصنف رحمته:

(ولا يصح ضمان الأعيان كالمغصوب) كذا بصيغة المفعول في النسخة المجردة ونسخة الفيض، والذي في التنبيه: الغصوب بصيغة جمع غصب بمعنى مغصوب وكنتُ تمنيتُه هنا لمناسبته لقوله: (والعواري) جمع عارية، وفي المهذب كالمغصوب والعارية... وهو حسن، وقد خلا المنهاج عن هذه المسألة وزادها في منهج الطلاب زيادةً عابرة، وقد أطلقها المصنف تبعاً - فيما يبدو - للتنبيه وعبارةً هذا هكذا: ولا تصح الكفالة بالأعيان كالمغصوب والعواري وقيل: تصح. ا.هـ. وقد فصل ذلك في مهذبه فقال: وإن تكفل بعينٍ نظرتَ فإن كان أمانة كالوديعة لم يصح لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى، وإن كان عينا مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان بناء على القولين في كفالة البدن فإن قلنا: إنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس: فيه وجهان: أحدهما: يجب عليه ضمانها. والثاني: لا يجب... إلخ، وقد وردت المسألة في الروضة أبسط مما في المهذب، وفي تهذيب البغوي أبسط مما في الروضة، وقد اخترت نقل عبارة البغوي ثم زيادة ما اختصت به الروضة.

قال البغوي رحمته: ولو ضمن عينا له في يد إنسان هل يصح أم لا؟ نُظِر إن لم تكن مضمونة على من في يده كالوديعة ومال الشركة والقراض في يد العامل والمال في يد الوكيل والوصي لا يصح ضمانها للمالك؛ لأنه إن ضمن الرد فلا ردَّ على الأمين إنما يجب عليه التخلية، وإن ضمن قيمتها لو تلفت فلا يجب على الأمين ضمان ما تلف في يده فإن كان قد تعدى فيها حتى صارت مضمونة عليه فهي كضمان الأعيان المضمونة - أي وهو ما ذكره على الأثر بقوله -: وإن كانت العين مضمونة على من هي

في يده كالمغصوب والمستام والمستعار - نُظِرَ: إن ضَمَن رَدَّهَا خَرَّجُوهُ عَلَى قَوْلِيْنَ بِنَاء عَلَى كِفَالَةِ الْبَدَنِ وَكَذَا الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ يَضْمَنُ تَسْلِيمَهُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِيهِ وَجِهَانٌ. وَإِنْ ضَمَنَ قِيَمَتَهَا - نُظِرَ: إن ضَمَنَ بَعْدَ التَّلْفِ يَجُوزُ إِنْ كَانَتْ مَعْلُومَةً، وَإِنْ ضَمَنَهَا قَبْلَ التَّلْفِ لَوْ تَلَفَتْ - يُبَيِّنُ عَلَى أَنَّ الْمَكْفُولَ بِيَدِنِهِ إِذَا مَاتَ هَلْ يَجِبُ الدِّينَ عَلَى الْكَفِيلِ؟ فِيهِ وَجِهَانٌ: إِنْ قُلْنَا: يَجِبُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْقِيَمَةِ لَوْ تَلَفَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ فَلَا يَصِحُّ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ، وَإِنْ ضَمَنَ رَدَّ الْعَيْنِ وَجَوَّزَنَاهُ فَإِنْ أَمَكَّنَهُ رَدُّهَا وَبَرِيءٌ مِنَ الضَّمَانِ، وَإِنْ تَعَدَّرَ رَدُّهَا بِالتَّلْفِ فَهَلْ يَلْزِمُهُ قِيَمَتَهَا؟ فَعَلَى وَجْهِينِ كَمَا فِي كِفَالَةِ الْبَدَنِ إِذَا تَعَدَّرَ تَسْلِيمَهُ. ١. هـ. كَلَامُ الْبَغْوِيِّ رحمته الله، وَذَكَرَ النَّوَوِيُّ فِي الرَّوْضَةِ فِيمَا إِذَا ضَمَنَ رَدَّ الْعَيْنِ الْمَضْمُونَةَ أَنَّ الْمَذْهَبَ الَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ أَنَّهُ عَلَى قَوْلِي كِفَالَةِ الْبَدَنِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ قِطْعًا، وَالْفَرْقُ أَنَّ حُضُورَ الْخَصْمِ لَيْسَ مَقْصُودًا فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ ذَرِيعَةٌ إِلَى تَحْصِيلِ الْمَالِ فَالتَّزَامُ الْمَقْصُودُ أَوْلَى. ١. هـ.

إِذَا عَلِمْتَ ذَلِكَ فَالَّذِي مَنَعَهُ صَاحِبُ التَّنْبِيهِ وَتَبِعَهُ الْمُصَنِّفُ فِيهِ هُوَ ضَمَانُ قِيَمَتِهَا بِتَقْدِيرِ التَّلْفِ لَا ضَمَانٌ رَدَّهَا عَلَى الْمَالِكِ وَلَوْ كَانَا صَرَّحَا بِالْمَرَادِ كَانَ أَوْلَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

[كِفَالَةُ الْبَدَنِ]:

ثُمَّ شَرَعَ الْمُصَنِّفُ فِي أَحْكَامِ الْكِفَالَةِ بِالذَّاتِ وَهِيَ نَوْعٌ مِنَ الضَّمَانِ كَمَا مَضَى أَوَّلَ الْبَابِ فَقَالَ: (وَتَصَحُّ الْكِفَالَةُ) أَيِ الْإِلْتِمَازِ وَهِيَ - بَفَتْحِ الْكَافِ - اسْمٌ مَصْدَرٌ كَفَلٌ، قَالَ فِي الْمَصْبَاحِ: كَفَلْتُ بِالْمَالِ وَبِالنَّفْسِ كَفْلًا مِنْ بَابِ قَتْلِ وَكُفُولًا أَيْضًا وَالاسْمُ الْكِفَالَةُ، وَحَكِيُّ أَبُو زَيْدٍ سَمَاعًا مِنَ الْعَرَبِ - كَفَلٌ - مِنْ بَابِ تَعَبٍ وَقُرْبٍ، وَحَكِيُّ ابْنُ الْقَطَّاعِ كَفَلْتَهُ وَكَفَلْتُ بِهِ، وَعَنْهُ إِذَا تَحَمَّلْتَ بِهِ وَيَتَعَدَّى إِلَى مَفْعُولٍ ثَانٍ بِالتَّضْعِيفِ وَالهَمْزَةِ فَتَحْدِفُ الْحَرْفَ فِيهِمَا - يَعْنِي حَرْفَ الْجَرِّ - وَقَدْ يَثْبِتُ مَعَ الْمُثَقَّلِ الْإِنْحَاءَ مَا فِيهِ، وَالحَاصِلُ: أَنَّهُ يَصِحُّ الْإِلْتِمَازُ (ب) إِحْضَارِ (بَدَنِ مِنْ عَلَيْهِ) وَلَوْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا (مَالًا) لِلَّهِ أَوْ لِأَدَمِي (أَوْ عَقُوبَةَ لِأَدَمِي كَالْقَصَاصِ وَحَدَّ الْقَذْفِ) لَا عَقُوبَةَ لِلَّهِ تَعَالَى كَمَا يَأْتِي فَلَا تَصَحُّ الْكِفَالَةُ فِيهَا أَيِ إِحْضَارِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ وَعَبَّرَ فِي الْمُنْهَجِ وَشَرَحَهُ بِقَوْلِهِ:

وتصح كفالة عين مضمونة وبدن غائب ولو بمسافة قصر وبدن من يُستَحَقُّ حضوره مجلس حكم عند الاستعداد لِحَقِّ الله تعالى مالي أو لحق آدمي ولو عقوبة للحاجة إلى ذلك بخلاف عقوبة الله تعالى وإنما تصح (بإذن المكفول) به لأنه إذا لم يأذن هو أو نائبه لا تلزمه الإجابة للطالب فلا تفيد الكفالة أما إذا أذن فتلزمه ولو من مسافة القصر، وصور علماءنا إذن الغائب لفقد وسائل الاتصال في عهدهم، بأن يأذن قبل غيبته أو يوكل فيه كذلك، أما اليوم فلا حاجة إلى هذا التصوير كما هو معلوم وقضية اشتراط الإذن عدم صحتها دونه عند قدرة الكفيل على إكراهه على الحضور وهو كذلك بخلافه في كفالة العين المضمونة فإنها تصح من غير رضا من هي بيده إذا قدر على انتزاعها منه.

قال المصنف رحمته:

(وإن كان عليه) أي على الشخص (حد لله تعالى فلا تصح) الكفالة به لأن حدود الله مبناها على الدرء والسقوط، والكفالة للاستيثاق من المكفول حتى لا يفلت من أداء الحق الذي عليه، ومثل حد الله تعالى الدين الذي لا يصح ضمانه لكونه غير لازم.

وحدُّ الله تعالى مثل حد الخمر والزنا وقطع السرقة ومثله التعزير المتعلق به تعالى، هذا ما عند علمائنا قالوا: لأننا مأمورون بالستر عليها والسعي في إسقاطها ما أمكن وإن كان يتحتم استيفاؤها بعد ثبوتها عند الحاكم، لكن نقل شارح الروض عن الأذرعى أنه قال: ويشبه أن يكون محل المنع حيث لا يتحتم استيفاء العقوبة فإن تحتم وقلنا: لا تسقط بالتوبة فيشبهه أن يحكم بالصحة. ا.هـ.

وأقره شارح الروض إلا أن في حواشيه المنسوبة للشهاب الرملي ما نصه: ما تفقَّههُ ليس بظاهر لما تقدم من تعليلهم فيؤخذ بإطلاقهم واستشكل تصوير الكفالة بحد الله تعالى لأن استيفاءه يجب فوراً، وأجيب بتصويره بأن يثبت عليه حد الزنا مثلاً في وقت لا يجوز استيفاؤه فيه كالحر الشديد ونحوه فيجىء من يتكفل ببدنه ليتركه الحاكم. ا.هـ.

وقال ابن حجر في التحفة: وَبَحَثَ الْأَذْرَعِي فِي حَدِّ تَحْتَمَ وَلَمْ يَسْقُطْ بِالتَّوْبَةِ صِحَّةَ التَّكْفَلِ بَدَنٍ مِنْهُ عَلَيْهِ وَيُنَافِيهِ - إِنْ لَمْ يُرِدْ حَدَّ قَاطِعِ الطَّرِيقِ فَقَطْ - جَوَابُهُمْ عَنْ خَبَرِ الْغَامِدِيَةِ ١.٥. هـ. وَخَبَرِ الْغَامِدِيَةِ رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَغَيْرُهُ وَلَفْظُهُ عِنْدَ مُسْلِمٍ، وَالِدَارِقُطْنِي مِنْ طَرِيقِ سَلِيمَانَ بْنِ بَرِيدَةَ عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه فِي حَدِيثٍ مَا عَزَى فِي الرَّجْمِ حَيْثُ ذَكَرَ مَعَهُ حَدِيثَ الْغَامِدِيَةِ فَقَالَ: ثُمَّ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ مِنْ غَامِدٍ مِنَ الْأَزْدِ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ طَهَّرْنِي، فَقَالَ: «وَيْحَكَ اسْتَغْفِرِي اللَّهَ وَتَوْبِي إِلَيْهِ» فَقَالَتْ: أَرَأَيْكَ تَرِيدُ أَنْ تُرَدِّدَنِي كَمَا رَدَدْتَ مَا عَزَى بْنِ مَالِكٍ قَالَ: «وَمَا ذَاكَ» قَالَتْ: إِنَّهَا حَبْلِي مِنْ الزَّانَا فَقَالَ: «أَنْتِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، فَقَالَ لَهَا: «حَتَّى تَضْعِي مَا فِي بَطْنِكَ» قَالَ: فَكَفَلَهَا رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ حَتَّى وَضَعَتْ، قَالَ: فَأَتَى النَّبِيَّ صلوات الله عليه فَقَالَ: قَدْ وَضَعْتَ الْغَامِدِيَةَ فَقَالَ: «إِذْنٌ لَنَا نَرَجُمُهَا وَنَدَعُ وَلَدَهَا صَغِيرًا لَيْسَ لَهُ مِنْ يَرْضَعُهُ...» الْحَدِيثُ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى قَالَ: فَادْهَبِي حَتَّى تَقْطُمِيهِ.. الخ.

قال النووي في شرحه: قوله: فَكَفَلَهَا رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ حَتَّى وَضَعَتْ أَي قَامَ بِمُؤْنَتِهَا وَمُصَالِحِهَا وَلَيْسَ هُوَ مِنَ الْكِفَالَةِ الَّتِي هِيَ بِمَعْنَى الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَجُوزُ فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ١.٥. هـ. فَهَذَا هُوَ مَرَادُ ابْنِ حَجْرٍ بِقَوْلِهِ: جَوَابُهُمْ عَنْ حَدِيثِ الْغَامِدِيَةِ، وَقَدْ قَدَّمَهُ هُوَ فِي أَوَّلِ كَلَامِهِ مِنْ غَيْرِ عَزْوٍ لِأَحَدٍ، وَيُؤَيِّدُهُ رِوَايَةُ عِمْرَانَ بْنِ حَصِينٍ فَدَعَا وَلِيهَا، فَقَالَ: «أَحْسَنُ إِلَيْهَا فَإِذَا وَضَعَتْ فَاتْتِنِي بِهَا».

وقد قال النووي قبل ذلك عند قوله: «حَتَّى تَضْعِي مَا فِي بَطْنِكَ»: فِيهِ أَنَّهُ لَا تَرَجِمُ الْحَبْلِيَّ حَتَّى تَضْعَ سِوَاءَ كَانَتْ حَمَلَهَا مِنْ زَنَا أَوْ غَيْرِهِ، وَهَذَا مُجْمَعٌ عَلَيْهِ لِثَلَاثِ اقْتِطَل جَنِينَهَا، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ حَمَلَهَا الْجِلْدَ لَمْ تَجْلُدْ وَهِيَ حَامِلَةٌ بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى تَضْعَ ١.٥. هـ.

ذكر أقوال العلماء في كفالة البدن أو الوجه:

قال ابن المنذر: اختلف أهل العلم في الكفالة في النفس فأوجب ذلك أكثر أهل العلم رويانا عن شريح أنه حبس ابنا له في كفالة... وممن قال بجوازها ولزومها مالك بن أنس، وسفيان الثوري، والليث بن سعد، وأحمد بن حنبل، والنعمان، واختلف فيه عن الشافعي فأوجب ذلك مرة، وقال مرة: هي ضعيفة، وقالت طائفة: الكفالة بالنفس غير جائزة لأن الله لم يوجبها ولا رسوله صلوات الله عليه ١.٥. هـ. ولم يسم هذه الطائفة التي خالفت في ذلك، وقد قال ابن حزم في المجلي: ولا يجوز ضمان الوجه

أصلاً لا في مال ولا في حدٍّ ولا في شيء من الأشياء، وعقَّب عليه في شرحه بقوله: لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل... ثم قال: وقولنا هذا أحدُ قولي الشافعي وقول أبي سليمان يعني داود بن علي الظاهري، وحَمَلَ على الجمهور - كالعادة - حملةً شعواءً.

دليل الجمهور المجوزين:

قال ابن المنذر: وعلى ما احتجَّ به من أوجب - أي أثبت - الكفالة بالنفس خبرٌ رُوِيَ عن عبد الله بن مسعود أنه كَفَّلَ قوماً... ثم أسند عنه ما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى مسلسلاً بالإخبار والتحديث إلى أبي عوانة عن أبي إسحاق عن حارثة بن مُضَرَّب قال: صليت الغداة مع عبد الله بن مسعود فذكر قصة ابن النواحة وأصحابه وشهادتهم لمَسِيلِمَةَ الكذاب بالرسالة، وأن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أمر بقتل ابن النواحة، ثم إنه استشار الناس في أولئك نفر فقام جرير والأشعث فقالا: اسْتَبَّهْم وكَفَّلْهْم عشائرهم فاستتابهم فتأبوا فكفَّلْهْم عشائرهم، قال البيهقي: ذكره البخاري - يعني في الصحيح - في الترجمة بلا إسنادٍ.

أقول: وأخرجه ابن المنذر في الأوسط من طريق إسرائيل عن أبي إسحاق بطوله نحوه.

وقال البخاري: ونقله عنه البيهقي، وقال أبو الزناد: عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه إن عمر رضي الله عنه بعثه مُصَدِّقًا فوقع رجل على جارية امرأته - يعني أنه لقي رجلاً وقع على جارية امرأته وأولدها - فأخذ حمزة من الرجل كُفْلًا حتى قدم على عمر وكان عمر قد جلده مائة جلدة فصَدَّقْهْم وَعَدَّرَهُ بالجهالة.

أقول: أخرج ابن المنذر هذا الأثر وفيه أنه لما أُخْبِرَ بأمر الرجل قال: لأرجمنك بأحجارك، فقال له أهل الماء: أصلحك الله إن أمره قد رُفِعَ إلى عمر بن الخطاب فجلده مائة لم ير عليه الرجم فأخَذَ حمزة بالرجل كُفْلًا حتى قدم على عمر فسأله عما ذَكَرَ أهل الماء... قال: فصَدَّقْهْم عمر بذلك... وإنما درأ عنه الرجم لأنه عذره بالجهالة فهذا السياق يبين ما اختصره البخاري، وقد أورده الحافظ في الفتح من رواية الطحاوي، وعلق عليه بقوله: واستفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان فإن

حمزة بن عمرو والأسلمي صحابي، وقد فعله ولم يُنكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ، وأما جلد عمر للرجل فالظاهر أنه عزّره بذلك ثم ذكر احتمال أن مذهب عمر أن رجم المحصن يختص بعالم الحكم وأن غير العالم به يجلد... قال الحافظ: وروى ابن أبي شيبة من طريق قيس بن أبي حازم أن عدّة الذين استتابهم ابن مسعود وكفلهم عشائريهم: كانت مائة وسبعين رجلاً.

هذا وقد حكى ابن المنذر عن بعضهم ولم يسم هذا البعض أنه أثبت الكفالة في الحدود كغيرها مستدلاً بهذين الأثرين وأنه قال: فهؤلاء جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ قد رأوا الكفالة في الحدود ولا نعلم صحابياً خالفهم، وأصل قول مُعلّمنا - يعني الشافعي - وقول العراقيين في جملة ما يُعطون في الأصل: أنهم لا يخالفون الصحابي إلا إلى قولٍ مثله فيلزمهم جميعاً على أصل مذهبهم أن يروا الكفالة في الحدود جائزة فأما أن يروا كفالة النفس في غير الحدود ولا يعلم [كذا في الأوسط]^(١) في لو عن صحابي أنه حكم به ويبطلوا كفالة النفس في الحدود، وقد روي عن جماعة من أصحاب النبي ﷺ فهو سهو وإغفال، والله أعلم. هذا كله في الأوسط لابن المنذر.

وقال صاحب المغني من الحنابلة: ولنا ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «لا كفالة في حد». ١.١.هـ. ولم يعزه إلى أحد، وقد أخرجه البيهقي بإسنادين إلى بقية بن الوليد، قال في أحدهما: حدثني أبو محمد الكلاعي، وقال في الأخرى: عن عمر الدمشقي حدثني عمرو بن شعيب... إلخ.

قال البيهقي: قال أبو أحمد يعني ابن عدي المذكور في إحدى الطريقتين عمر بن أبي عمر الدمشقي منكر الحديث عن الثقات، وقال البيهقي: تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكورة. ١.١.هـ. واقتصر ابن الجوزي في التحقيق، وابن عبد الهادي في التنقيح على نقل ما عند البيهقي وسكتا عليه فلنسكتُ عليه. وقد بدا أن الدليل للتعميم والله أعلم.

(١) لعل صوابه من صحابي... إلخ.

قال المصنف رحمه الله:

(ثم إذا صحت الكفالة) بما ذكرناه وبصيغة صريحة فيها أو كناية مع النية مثل كفلت لك بنفس فلان قال في الحاوي: وهذا عُرِفَ أهل العراق أو كفلت لك بوجه فلان وهذا عُرِفَ أهل الحجاز، وفي معنى الأول أن تقول: بروح فلان وفي معنى الثاني أن تقول: برأس فلان، وهكذا لو قال: بجسم فلان أو بدنه فإن ذكر عضوا من أعضائه فإن كان مما يعبر به عن الجملة كالعين أو لا يَحْيِيْ بدونه كالكبد صحت، وكذا إن ذكر جزءا شائعا كالنصف وإن كان العضو مما يحيى بدونه كاليد فلا، هذا ملخص ما قاله الماوردي، وقد ذكر في الروضة أوجه أربعة ولم يرجح من عنده شيئا منها، وجزم ابن المقري في الروض بما ذكرته عن الحاوي وأيده شارحه بذكر الجزم به في الأنوار والترجيح له في التنبيه، وإقرار النووي له في تصحيحه وغير ذلك، والذي في نسختي من التنبيه هكذا: وإن تكفل بجزء شائع من الرجل أو بما لا يمكن فصله عنه كالكبد والقلب صح. ١. هـ. وما لا يمكن فصله يشمل نحو اليد والقدم ثم هو جزم وليس ترجيحا على ما هو اصطلاحهم.

وقد ذكر في المذهب ثلاثة أوجه الصحة مطلقا والبطلان مطلقا والتفصيل بين ما لا يبقى بدونه فتصح وما يبقى بدونه كاليد والرجل فلا تصح، ولم يرجح منها شيئا، أما البغوي فبعد أن ذكر وجهي الصحة وعدمها بتعليقهما قال: والثالث وهو الأصح يُنظَر: إن كان عضوا لا يعيش البدن بدونه كالرأس والوجه والقلب والكبد والطحال والحشوة والدماع والدم فتصح الكفالة إذا أضافها إليه، وكذلك لو أضاف إلى جزء شائع منه بأن قال: تكفلت نصفه أو ربعه فيصح، وإن كان عضوا يعيش البدن بدونه كاليد والرجل والأذن وغيرها فلا يصح. ١. هـ. والله دَرُّ البغوي وجزاه الله خيرا كثيرا.

فإذا التزم التزاما صحيحا (وأطلق) الالتزام عن التقييد بزمن (طولب به) أي بإحضار المكفول (في الحال) يعني في الوقت القريب من الحال فهو مجاز علاقته - فيما أرى - الجوار (وإن شرط) في كفالتة (أجلا) معلوما (طولب به عند الأجل) وإن أحضره قبل المحل وليس على المكفول له ضرر في تسلمه وجب عليه فإذا تسلمه

برئ الكفيل من عهده إن لم يكن هناك حائل من نحو ذي شوكة يمنعه (وإن) غاب المكفول و(انقطع خبره) أي لم يعلم مكانه (لم يطالب به حتى يعرف مكانه) فإذا عرفه وأمن الطريق وفقد المانع لزمه إحضاره بمؤنته ولو من مسافة قاصية جداً لأنه التزمه (ويمهل مدة الذهاب والعود) على العادة مع ثلاثة أيام غير يومي الدخول والخروج للاستراحة إذا كان المكان على مرحلتين فأكثر.

ويصدق بيمينه في عدم علمه بمكانه لا في خوف الطريق ووجود الحائل فعليه إثباته إذا أنكره المستحق فيما استظهره ابن حجر في التحفة، ونقل الشرواني عن السيد عمر البصري استظهاره لقبول قوله في هذين أيضاً إذ قد يختصان به ويعجز عن البينة، وأقره الشرواني، وقد يقال: إن العجز عن التوكيل ونحوه في حالة العذر الخاص به نادر فلا يناط الحكم به.

(فإن لم يُحضَره) مع التمكن منه (حُبِس) إلى أن يحضره أو يتعذر حضوره بنحو موته وانقطاع خبره، إلا أن يغرم ما عليه من المال وسكت المصنف عن مكان التسليم، وحُكْمُه هو حكم مكان التسليم في السلم فإن عين غير محل العقد تعين وإن أطلق حمل على محله إن صلح إلى آخر ما مضى، قال في الروض: فإن أحضره في غيره فامتنع لغرض جاز وإلا تسلمه الحاكم عنه فإن لم يكن حاكم سلمه إليه وأشهداً ويرأ بتسليمه محبوساً بحق لا مع متغلب وبتسليم المكفول نفسه عن جهته أي الكفيل لا عن غيرها وبتسليم أجنبي له عن جهة الكفيل وبإذنه ولا يلزم قبوله إن سلمه بغير إذن الكفيل. ١.٥هـ.

قال المصنف رحمته:

(ولا تلزمه) أي الكفيل (غرامة ما عليه) أي المكفول بل لو شُرِطت في العقد ولو بتقدير عدم إمكان الإحضار أبطله لأنه شرط ينافي مقتضاه، قال في التحفة: وليس من الشرط قوله: كفلت بدنه فإن مات فعلي المال لأن هذا وعدٌ فيلغو وتصح الكفالة قال: ولا أثر لإرادته به الشرط هنا فيما يظهر خلافاً للزرکشي؛ لأنَّ إن وقعت شرطاً لما بعدها وهو منفصل عن قوله: كفلت. ١.٥هـ. بإيضاح، وما استظهره موافق لما بحثه

شيخه في شرح الروض، وإن اختلف الطريق فإنه نقل صحة الكفالة وبطلان التزام المال في ذلك عن الماوردي وأتبعه بقول الزركشي: وهو محمول على ما إذا لم يُرد به الشرط وعقبه بقوله: أي وإلا بطلت الكفالة أيضًا - يعني أن هذا مراد الزركشي - ثم أتبعه بقوله: وقد يُمنع فإنه يرجع إلى الاختلاف في دعوى الصحة والفساد، والأصح تصديق مدعي الصحة على ما مرّ. ا.هـ.

فقال الرملي في حواشيه: يجاب عنه أي عن المنع بأنه وإن رجع إلى ذلك بطلت أيضًا كما لو باع ذراعا من أرض، وقال: أردت به معيناً لأنه أعلم بنيته. ا.هـ. وقال ذلك أيضًا ولده في النهاية. وفي الشرواني: أن الخطيب في المغني وافق الرمليين وهي العادة الغالبة. وأنا أرى - إن كان لي ذلك - أنه إن قاله متصلاً بالجملة الأولى عرفاً كالمشروط في الاستثناء أثر فيها إذا أراد به الشرط بل لو قيل: إنه يُحمل عليه عند الإطلاق لم يبعد وإن قاله منفصلاً لم يؤثر، والله أعلم، وحاصله موافقة الزركشي ومن معه إذ المدار على الإفادة والإرادة الموافقة للغة وقد وجدت ولا تعبد بالألفاظ، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(وإن مات المكفول) قبل تسليمه ولو بعد التمكن منه (سقطت الكفالة) عن الكفيل ووجب إطلاق سراحه إن كان حَسِبَ به كما مضى، وكذا تسقط بإبراء المكفول له إياه منها (لكن إن طولب بإحضاره) أي الميت إلى مجلس القضاء وكانت المطالبة (قبل الدفن ليُشهد) بالبناء للمجهول أي ليُشهد شاهد المكفول له (على عينه) وصورته لعدم العلم باسمه أو نسبه (وأمكنه) أي الكفيل (ذلك لزمه) ما لم يتغير الميت أما بعد الدفن فلا ينبس وكذا إن كان يتغير في زمن الإحضار لم يطالب به وإن طولب لم يلزمه شيء.

قال الماوردي: فلو مات الكفيل ما حكم الكفالة؟ فعلى مذهب الشافعي أن الكفالة قد بطلت ولا يستحق مطالبة الوارث بشيء ويجيء على مذهب ابن سريج أن لا تبطل لأنها على مذهبه قد تُفْضَى إلى مال يتعلق بالتركة، لكن لم أجد نصاً فيه ولو مات

المكفول له ما حكم الكفالة؟ الإجابة: كانت الكفالة على حالها لا تبطل على قول الجماعة، ويقوم وارثه مقامه في المطالبة بالمكفول به ولو خلف المكفول له حين مات ورثته وغرماء وأوصى بإخراج ثلثه إلى وصي فإن كان المستحق على المكفول به لا تعلق له بالمال كان المستحق للكفالة الوارث وحده دون الغرماء وأهل الوصايا وإن كان مالا لم يبرأ الكفيل إلا بتسليم المكفول به إلى الورثة والغرماء والوصي.

وكذا المال المضمون فلو سلمه إلى بعض هؤلاء لم يبرأ.

ولو سلمه إلى الورثة والغرماء وأهل الوصايا دون الوصي ففي براءته وجهان: أحدهما: يبرأ لأنه سلمه إلى مستحقه والوصي نائب ووسيط. والثاني: لا يبرأ لأن للوصي ولاية على أهل الوصايا فصار كولي الطفل والمجنون. ا.هـ. بحذف.

ونقله في الروضة ولم يرجح في الأخيرة شيئا، وكذا فعل ابن المقري في الروض فقال شارحه: أوجههما الأول أي أن يبرأ بالتسليم إلى الموصي لهم مع الورثة والغرماء دون الوصي، قال لأن للموصي له أن يستقل بأخذ ما أوصى له به ثم نقل عن الأذرع أن محله في الموصي له المحصور لا كالفقراء ونحوهم. ا.هـ.

ذكر المذاهب في المكفول به يموت:

قال ابن المنذر: اختلف أهل العلم في المكفول به يموت، فقالت طائفة: سقطت الكفالة ولا شيء على الكفيل كذلك قال شريح، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان وهذا يشبه مذهب الشافعي، وبه قال أحمد.

وقالت فرقة: إذا مات وجب غرمها على الكفيل، هذا قول مالك، والحكم، والليث بن سعد. ا.هـ. وحكى صاحب المغني الأول عن أبي حنيفة أيضا، والثاني عن ابن شريح وهو من أصحاب الوجوه الشافعيين، وقد تصحف شريح في النسخة التي عندي الآن إلى شريح لكن بمعونة ذكر هذا الوجه عنه في كتب الشافعية كالحاوي وغيره ووجود ابن في أوله توصلت إلى الجزم بالتصحيح فيه.

الاستدلال:

ذكر صاحب المغني أن المغرمين للكفيل استدلوا على ذلك بالقياس على الرهن

يباع عند تعذر قضاء الدين من جهة الراهن بجامع كون كل منهما وثيقة. واستدل هو للأولين بقوله: ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين، وأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو برئ منه، ويفارق الرهن بأنه عُلقَ به المال فاستوفي منه. ا.هـ.

فرع فيما يستعمل فيه لفظ الكفالة اليوم وليس بها: وهو ما يسمى أيضًا بالتأمين التجاري ذو القسط الثابت [أنشُرانس] قال الدكتور الزحيلي: يسمى هذا التأمين بالضمان... حتى يلتبس بالكفالة ويوهم الناس بمشروعيته، وربما أدخل تحت كفالة المجهول وضمان ما لم يجب - يعني المختلف فيه - وهو عقد يلتزم المؤمن - سواء كان فردا أو شركة - فيه أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط له التأمين، مبلغا من المال أو أي عوض آخر في حالة وقوع حادث أو تحقق خطر يبين في العقد مقابَلَ قسطٍ من المال يدفعه المؤمن له إلى المؤمن ويدور عليه في فترات معينة.

إذن هو من عقود الغرر إذ لا يعرف كل من الجانبين قدر ما يأخذ وما يُعطي فقد يدفع المؤمن قسطا واحدا ويقع الحادث المعين، وقد يدفع جميع الأقساط ولا يقع الحادث فهو غير جائز شرعا لاشتماله على الغرر والربا، أما الغرر فلأنه يكتنفه جانبا الخطر والنفع معا وهذا هو الغرر المنهي عنه، وأما الربا فلأنه لا تعادل محققا بين أقساط التأمين وعوضها فما تدفعه الشركة للمؤمن قد يكون - مع الجهالة به حالا - أقل أو أكثر مما يدفعه المؤمن له هذا هو الأكثر وقوعا ثم الدفع منها متأخر إلى أجل غير مسمى فهو مشتمل على ربا الفضل وربا النسيئة وهما نوعا الربا. هذا خلاصة ما ذكره الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته حول التأمين التجاري ونقله عن بحث ابن عابدين صاحب رد المحتار من كتب الحنفية وعن قرار المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي في مكة المكرمة عام ١٣٩٦ هـ ومجمع الفقه في جدة عام ١٤٠٦ هـ.

• فرع آخر في كفالة الإقامة أو السفر:

كتب الدكتور الزحيلي حول هذا الموضوع في كتابه المذكور ما بعضه كالآتي: ... ومن المعروف أن دول الخليج تشترط تقديم كفيل بالنفس والمال على العمال

وأربابِ العمل الذين يمارسون أعمالهم فيها ويلتزمُ الكفيل من أجل مَنح الإقامة في البلد تقديمَ الأجنبيِّ للسلطات المختصة عند انتهاء إقامته أو إلغائها أو صدور قرار بإبعاده مع سداده نفقات الترحيل كما يلتزم بجميع التبعات المتعلقة بذمة مكفوله الأجنبي مدة إقامته في البلد إن لم يف هو بها ولم توجد له أملاك ظاهرة تؤخذ منه.

وكذا توجب قوانين بعض الدول تقديم كفيل بالنفس والمال عند السماح لبعض رعاياها بالسفر إلى الخارج من أجل العمل أو الدراسة أو تأجيل خدمة العلم ونحوها ويلتزم الكفيل بدفع مبلغ من المال إذا لم يُقدِّم المكفول بنفسه للدولة حال مطالبة السلطات له بإحضاره.

وحكم هاتين الكفالتين أنه يجوز بموجبهما للكفيل أخذ مقابل عمله وجهده فقط وله الرجوع على المكفول به إذا غرم بسببه للدولة وما زاد على ذلك كأن يطالب المكفول بنسبة معينة من نتاج العمل أو أقساط شهرية دورية دون أن يقدم هو للمكفول أيَّ عملٍ فهو سُحْتٌ حرام حرام حرام. ١. هـ.

بابُ الشَّرْكَةِ

تَصِحُّ مِنْ كُلِّ جَائِزِ التَّصَرُّفِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ أَرْبَعَةٌ:

[١ - شَرِكَةُ الْعِنَانِ]:

وَإِنَّمَا تَصِحُّ مِنْهَا شَرِكَةُ الْعِنَانِ خَاصَّةً، وَهِيَ أَنْ يَأْتِيَ كُلُّ مِنْهُمَا بِمَالٍ، وَتَصِحُّ عَلَى النُّقُودِ وَعَلَى مِثْلَيْهِ. وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُخْلَطَ الْمَالَانِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ، وَأَنْ يَكُونَ مَالٌ أَحَدُهُمَا مِنْ جِنْسِ مَالِ الْآخَرِ وَعَلَى صِفَتِهِ، فَلَوْ كَانَ لِهَذَا ذَهَبٌ وَلِهَذَا فِضَّةٌ، أَوْ لِهَذَا حَنْطَةٌ وَلِهَذَا شَعِيرٌ، أَوْ لِهَذَا صَحِيحٌ وَلِهَذَا مَكْسَّرٌ لَمْ يَصَحَّ.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَأْذَنَ كُلُّ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ فِي التَّصَرُّفِ، فَيَتَصَرَّفُ كُلُّ مِنْهُمَا بِالنَّظَرِ وَالِاحْتِيَاظِ، فَلَا يَسَافِرُ بِهِ وَلَا يَبِيعُ بِمَوْجَلٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْمَالَيْنِ، وَيَكُونُ الرَّبْحُ وَالْخَسْرَانُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ، فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَ ذَلِكَ بَطُلَتْ، فَإِنْ عَزَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ عَنِ التَّصَرُّفِ انْعَزَلَ، وَلِلْآخَرِ التَّصَرُّفُ إِلَى أَنْ يَعْزِلَهُ صَاحِبُهُ، وَلِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُوحٌ مَتَى شَاءَ.

[٢ - شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ]:

وَأَمَّا شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ فَبَاطِلَةٌ، كَشَرِكَةِ الْحَمَّالِينَ وَغَيْرِهِمْ مِنْ ذَوِي الْجَرَفِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْكَسْبُ بَيْنَهُمْ.

٣ - وَشَرِكَةُ الْوُجُودِ.

٤ - وَالْمُفَاوِضَةُ أَيْضًا بِاطْلَتَانِ.

قال المصنف رحمه الله:

(بابُ الشَّرْكَةِ)

قال في المصباح: شَرِكَتُهُ فِي الْأَمْرِ أَشْرَكَهُ... شَرِكَا وَشَرِكَةٌ وَزَانَ كَلِمٍ وَكَلِمَةٍ بِفَتْحِ الْأَوَّلِ وَكَسْرِ الثَّانِي إِذَا صِرَتْ لَهُ شَرِيكًا... قال: ثُمَّ خَفَّفَ الْمَصْدَرُ بِكَسْرِ الْأَوَّلِ وَسُكُونِ الثَّانِي وَاسْتِعْمَالَ الْمَخْفَفِ أَغْلَبَ فَيُقَالُ: شَرِكُ وَشَرِكَةٌ كَمَا يُقَالُ: كَلِمٌ وَكَلِمَةٌ

على التخفيف... واقتصر النووي في تصحيح التنبيه على المخفف وقال: إن جمع شركة المخففة شرك بكسر ففتح مثل كسرة وكسر، واقتصر الجوهري في الصحاح على ذكر المخفف وعبارته: وشركته في البيع والميراث شركه شركة والاسم الشرك قال الجعدي:

وشاركنا قريشا في ثقاها وفي أحسابها شرك العنان

والجمع أشراك.ا.هـ. وفي القاموس: الشرك والشركة بكسرهما وضم الثاني بمعنى واحد وهو مخالطة الشريكين فنقل شارحه عن شيخه أنه قال: المعروف أن كلا منهما بفتح فكسر وبكسر أو فتح فسكون ثلاث لغات حكاها غير واحد من أعلام اللغة... وهذا الضم الذي ذكره في الثاني غير معروف وتعقبه بقوله قلت: الضم في الثاني لغة فاشية في الشام لا يكادون ينطقون بغيره.ا.هـ.

أقول: هل يكون نطق أهل الشام الذين في عصر الزبيدي شاهداً لكون الضم لغة صحيحة؟ فإن صح كونها كذلك ففي الكلمة أربع لغات. هذا ما يتعلق بلفظها، وأما معناها فقال شارح الروض: وهي لغة الاختلاط وشرعا ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على الشيوع.

أقول: وذكر غيره أنها تطلق على العقد الذي يحصل ذلك به، وذكر أن هذا أولى في تعريفها، قال شارح الروض: والأصل فيها قبل الإجماع خبر السائب بن يزيد رضي الله عنه أنه كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل المبعث وافتخر بشركته بعد المبعث وخبر: «يقول الله أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانته خرجت من بينهما» رواهما أبو داود، والحاكم، وصحح إسنادهما، والمعنى أنا معهما بالحفظ والإعانة فأمدهما بإنزال البركة في تجارتها فإذا وقعت الخيانة بينهما رفعت البركة والإعانة عنهما.ا.هـ. وقوله: السائب بن يزيد خطأ هو مسبوق إليه والمبالغة في حسن الظن تصنع أكثر من هذا، ثم رأيت في البجيرمي أنه نسب في شرح الإعلام هذا الوهم إلى بعضهم وذكر أن الصواب ابن أبي السائب واسم أبي السائب صيفي وأما السائب بن يزيد فهو صحابي صغير، كان له في حجة الوداع نحو ست سنين كما في الإصابة أو سبع كما في تقريب

التهديب. قال الحافظ في التلخيص: وقوله أي الرافي في الشرح الكبير: ابن يزيد وهم وإنما هو السائب بن أبي السائب رواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه، والحاكم عنه أنه كان شريك النبي ﷺ في أول الإسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح قال: «مرحبا بأخي وشريكي لا يُداري ولا يُماري» لفظ الحاكم وصححه ولا ابن ماجه: «كنت شريكي في الجاهلية» ورواه أبو نعيم في المعرفة [معرفة الصحابة] والطبراني في الكبير من طريق قيس بن السائب. ا.هـ.

أقول: وقد أخرجه أيضاً البيهقي من طريق الحاكم بهذا اللفظ وهو لفظ عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب بن أبي السائب أنه كان شريك النبي ﷺ. إلخ ثم رواه من طريق أبي داود بإسناده عن إبراهيم بن المهاجر عن مجاهد عن قائد السائب عن السائب قال: أتيتُ النبي ﷺ فجعلوا يُثنون عليّ ويذكرونني، فقال رسول الله ﷺ: «أنا أعلمكم به» قلت: صدقت بأبي أنت وأمي كنت شريكي فنعم الشريك كنت لا تداري ولا تماري، ومن هذه الطريق أخرجه ابن ماجه بنحوه، وذكر الحافظ في ترجمة قيس بن السائب من الإصابة أن البغوي، والحسن بن سفيان، وغيرهما أخرجوا من طريق محمد بن مسلم الطائفي عن إبراهيم بن ميسرة عن مجاهد، قال: سمعت قيس بن السائب قال: كان رسول الله ﷺ شريكي في الجاهلية فكان خير شريك لا يماري ولا يشاري، وذكر أيضاً غير ذلك.

وقال ابن الأثير في أسد الغابة في ترجمة السائب بن أبي السائب... وكان شريك النبي ﷺ قبل المبعث بمكة وقد اختلف فيمن كان شريكه ﷺ فقيل: هذا، وقيل: إن أباه كان شريك النبي. وقيل: قيس بن السائب وقيل: غيرهم... إلى أن قال: وقال ابن شهاب: السائب بن أبي السائب هو الذي جاء فيه الحديث عن رسول الله ﷺ: «نعم الشريك كان لا يشاري ولا يماري» قاله أبو عمَرَ وهو مولى مجاهد بن جبر من فوق قال: وروى إسرائيل عن إبراهيم بن مهاجر عن مجاهد عن السائب بن عبد الله وكان شريك النبي ﷺ أخرجه الثلاثة، وقال في ترجمة قيس بن السائب بعد ذكره للاختلاف... وفي حديثه اختلاف كثير. ا.هـ. ولذلك قال الحافظ في ترجمة

السائب بن أبي السائب من التقريب كان شريك النبي ﷺ في التجارة قبل البعثة ثم أسلم وصحب، وفي إسناد الحديث اضطراب. ١.هـ.

وأما حديث: «أنا ثالث الشريكين» الحديث فقال الحافظ أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الحاكم وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان والد أبي حيان، وقد ذكره ابن حبان في الثقات، وذكر أنه روى عنه أيضاً الحارث بن زيد لكن أعله الدارقطني بالإرسال، وقال: إنه الصواب ولم يسنده غير أبي همام بن الزبرقان. ١.هـ. هذا وفي صحيح البخاري عن أبي المنهال أنه قال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيدٍ ونسيئة فجاءنا البراء بن عازب رضي الله عنه فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم وسألنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: «ما كان يداً بيدٍ فخذوه وما كان نسيئة فذروه» وهذا فيه تقرير الشركة، وكذا حديث: «من أعتق شركاً له في عبد...» وكذا أحاديث الشفعة فيها تقرير الشركة ومجموع ذلك يصل إلى حد التواتر ما يعنى أن جواز الشركة في الجملة من الضروريات، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(تصح) الشركة (من كل جائز التصرف) أفرد كلمة جائز لأمرين - فيما أظن - أحدهما: أن الشركة يوصف بها كل واحد من الشريكين أو أكثر فتوصف شركة كل بالصحة وهو أبلغ من وصف شركتهما بها وإن آل الأمر إلى ذلك لما فيه من الإشعار بكمال شركة كل على حدة في ذلك الوصف. ثانيهما: أن كلمة جائز لإضافتها وهي صفة مشبهة تعم جميع الأفراد ففيه إشعار بجواز اشتراك أكثر من اثنين ما وسع الإمكان ومفهوم هذه الجملة لغةً عدم صحتها من غير جائز التصرف ثم الذي عبر به من قوله: جائز التصرف تبع فيه التنبيه والمهذب، والذي في الوجيز والشرح الكبير والروضة والمنهاج اشتراط أهلية التوكيل والتوكل قال في الروض: وأركانها ثلاثة: الأول: العاقدان وشرطهما أهلية التوكيل والتوكل، قال شارحه: لأن كل واحد منهما يتصرف في ماله بالملك وفي مال الآخر بالإذن فكل منهما موكل ووكيل، قال في المطلب: ومحله إذا أذن كل منهما للآخر في التصرف وإلا فيشترط في الأذن أهلية

التوكيل وفي المأذون له أهلية التوكيل حتى يَصِحَّ أن يكون الأول أعمى دون الثاني. ١.هـ.

وبهذا يكون التعبير بجائز التصرف أضيق لإمكان أن يعتذر عن التعبير بأهلية التوكيل والتوكيل بأنه جري على الغالب في الشركاء أن كلا منهما يتصرف في المال المشترك، أما التعبير بجائز التصرف مع تبادل البيع والشراء من كلمة التصرف وسبق ذكر منع الأعمى منهما في أوائل البيع فيدل على منعه من الشركة أصلاً، والله أعلم، وخصوصاً تعبير المهذب بقوله: ولا تصح الشركة إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال. ١.هـ.

قال علماؤنا: تكره شركة مسلم مع كافر ومن لا يحترز من الربا ونحوه، وإن كان هو المتصرف وحده.

قال المصنف رحمته:

(وهي) قال في التحفة: بالمعنى اللغوي وفضله ع ش على تقدير الخطيب والرملية بقولهما: من حيث هي قال: لأن القصد مما ذكر دفع ما يرد على المتن من أن الباطل لا يسمى شرعا شركة، وقول ابن حجر: بالمعنى اللغوي أظهر في دفع الإيراد مما ذكره الرملية وإن كان مرادا له. ١.هـ. وقال ابن قاسم في حواشي التحفة: قد يقال: ما المانع من أن المراد بها المعنى الشرعي بناء على أن المعنى الشرعي يشمل الصحيح والباطل... وأنا أقول: أما المعنى اللغوي فلا موقع له هنا لوجود الإخبار بأربعة أنواع وهو لا ينحصر فيها، وأما المعنى الشرعي فإن أريد به ما أطلق عليه الشارع كلمة الشركة فلا وجود لشيء خاص أطلق الشارع عليه بخصوصه كلمة الشركة فلم يبق إلا المعنى الاصطلاحي وهو العقد المخصوص السابق آنفاً الشامل للصحيح والفاسد فهو المراد، وبالتالي فالأولى التعبير بمن حيث هي أي من حيث هي شركة اصطلاحية صحيحة كانت أو فاسدةً والدليل على كون الفواسد من الشركة اصطلاحاً ذكرهم لها تحت ترجمتها لأن التراجم عناوين وأسماء لما يذكر تحتها على أن الفساد ليس متفقاً عليه كما يأتي والاسم مصطلح الفقهاء قاطبة لا الشافعيين

وحدهم، والله أعلم.

وعلى هذا يتوجه سؤال هو ما مرجع الضمير في قول المصنف تصح إذا كانت الترجمة شاملة للفواسد كما زعمت، والجواب عن هذا السؤال أن الضمير يمكن أن يرجع إلى الماهية لا بقيد شيء وإلى بعض الأفراد المندرجة تحت العام كما قيل به في قوله ﷺ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحْوَابُهُنَّ﴾ الآتي بعد قوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والرد لا يثبت في كل مطلقة ذات أقراء بل فيمن لم يُستوفَ عددُ طلاقاتها فالضمير راجع إلى بعض المذكور أوّلاً فكذلك ما هنا، والله أعلم.

وعلى كل حال فمقصود المصنف أن الشركة المترجم لها (أنواع أربعة) على المشهور عندهم وهي كما يذكرها شركة العنان وشركة الأبدان وشركة الوجوه وشركة المفاوضة.

(وإنما تصح) عندنا معاصر الشافعية (منها) أي من الأنواع الأربعة (شركة العنان) أي النوع المسمى بهذا الاسم، والعنان بكسر العين على المشهور، وقيل: بفتحها حال كونها (خاصة) أي مخصوصة بالصحة من بين أخواتها حال مؤكدة لما علم من إنما من الحصر، قال ابن فارس في المقاييس: العين والنون أصلان - يعني أن كلمتها ذات أصلين أي قسمين أصليين - أحدهما: يدل على ظهور الشيء وإعراضه. والآخر: الحبس... وبعد أن تكلم على القسم الأول قال: قال الفراء: العنان المعانة وهي المعارضة والمعاندة، ونقل عن ابن الأعرابي قوله: شارك فلان فلانا شركة عنان وهو أن يعنَّ لبعض ما في يده فيشاركه فيه أي يعرض... قال: ومن الباب عنوان الكتاب لأنه أبرز ما فيه وأظهره... ثم قال: وأما الأصل الآخر، وهو الحبس فالعنة وهي الحظيرة... يقال: عننتُ البعير حبسته في العنة... قال: ومن الباب عنان الفرس لأنه يحتبسه أعنتُ الفرس جعلتُ له عِناناً وعننته حبسته بعنانه... قال: وللعرب في العنان أمثال وذكر منها قولهم: هما يجريان في عِنان واحد إذا كانا مستويين في عمل أو فضل. ١. هـ. وقال شارح الروض: بكسر العين من عن الشيء ظهر إما لأنها أظهر الأنواع أو لأنه ظهر لكل من الشريكين مال الآخر أو من عِنان الدابة قال السبكي

وهو المشهور إما لاستواء الشريكين في ولاية التصرف والفسخ واستحقاق الريح بقدر المالين كاستواء طرفي العنان أو لمنع كل منهما الآخر التصرف كما يشاء كمنع العنان الدابة أو لمنع الشريك نفسه من التصرف في المشترك وهو مطلق التصرف في سائر أمواله، وقيل: من عَن الشيء عرض لأن كلا منهما قد عرض له أن يشارك الآخر، وقيل: بفتح العين من عَنان السماء أي سحابه لأنها علت كالسحاب بصحتها وشهرتها ولهذا اتفقوا على صحتها، ونقل الإسنوي عن القاضي عياض أنه بالفتح أيضاً من عَن إذا ظهر. ا.هـ، وذكر في المصباح بعض هذه المعاني، وأما المعجم الوسيط فاقتصر على قوله: وبينهما شركة عِنان: إذا اشتركا على السواء لأن العنان طاقان مستويان. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(وهي أن يأتي كل منهما) أي مريدَي الاشتراك لعلمهما من الشركة، أو الضمير يعود إلى جائزي التصرف وكونهما اثنين ليس قيذا وإنما يُذكر لأنه أقل عدد الشركة فإذا كانوا أكثر يأتي كل منهم (بمال) مع العقد الآتي في كلامه واعتراض بذكر وصف المال المأتي به فقال: (وتصح) أي يصح عقد الشركة (على النقود وعلى مثلي) آخر دون العرض المتقوم ويأتي في الغصب أن المثلي عندهم ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه وأن المتقوم ما عداه، وأما النقد فقد مضى الكلام عليه في باب زكاة الذهب والفضة، وفي المعجم الوسيط: والنقد العُملة من الذهب أو الفضة وغيرهما مما يُتعامل به وفي مقاييس اللغة: ودرهمٌ نقدٌ: وازنٌ جيّدٌ كأنه قد كُشف عن حاله فعُلم، قال ذلك بعد أن ذكر أن المادة تدل على إبراز شيء وظهوره، وفي الروض وشرحه: وتجوز الشركة في الدراهم والدنانير بالإجماع ولو مغشوشة إن راجت على الأصح... وكذا في سائر المثليات كالبُر والحديد لأنها إذا اختلطت بجنسها ارتفع التمييز فأشبهت النقدين ومنها التُّبران أي تبر الدراهم والدنانير فتصح الشركة فيهما. ا.هـ. وفي الروضة: تجوز الشركة في النقدين قطعاً، ولا تجوز في المتقومات قطعاً، وفي المثليات قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: الجواز. فقال البلقيني في

حواشيه عليها: الشركة في الفلوس ينبغي أن يخرج على القولين في المثليات، وإن كان القراض لا يجوز فيها لأن الشركة تجوز في المثليات والقراض مختص بالتقدين. ا.هـ. وذكر الزحيلي أن محمد بن الحسن يقول بجواز كون الفلوس الرأجفة رأس مال الشركة، لأنها بحسب الأصل عنده تعتبر من الأثمان المطلقة لأن الثمنية لازمة لها. ا.هـ. وعلل صاحب التحفة منع الشركة في المتقوم بقوله لتمايز أعيانه، وإن اتفقت قيمها وحينئذ تتعذر الشركة لأن بعضها قد يتلف فيذهب على صاحبه وحده. ا.هـ، وهذا يعني أن المنع مبني على اشتراط الخلط ومن الحيلة في الشركة في العروض المتقومة أن يبيع أحدهما بعض عرضه للآخر ببعض عرضه فيشيع نصيب كل منهما في العرضين فيأذن كل منهما للآخر في التصرف وهذا أبلغ من الخلط الذي ذكره المصنف بقوله: (ويشترط أن يُخلط المالان بحيث) أي بحالة هي أنهما (لا يتميزان) تحقيقاً لمعنى الشركة ولا بد من كون الخلط قبل العقد فإن وقع بعده ولو في المجلس لم تصح.

تنبيه: تبعث في تفسير حيث بحالة الصبان فإنه قال في حاشيته على شرح السلم في المنطق - على ما أرجح - وليست عندي الآن: تصرفوا فيها من وجهين إخراجها من الظرفية إلى معنى الحالة وجرها بغير من. ا.هـ. والظاهر أن الباء هنا باء الملايسة والجار المجرور حال من المالان على حد: ﴿فَادْخُلُوها خَلْدِينَ﴾ [الزمر: ٧٣]، ويحتمل جعل الباء زائدة وحيث باقية على ظرفيتها المكانية ادعاء والظرف متعلق بالفعل أو بحال مقدرة كذلك، وكأنه قيل في مكان انتفاء تميزهما والكلام كناية عن الوصف بمعنى ما أضيفت إليه كما في قول الشاعر:

إن السماحة والمروءة والندى في قبة بنيت على ابن الحشرج

ولعل هذا أولى لأمر: أولها: أن تصرف حيث نادر وزيادة الباء كثير في كلامهم. ثانيها: أن الكناية أبلغ من التصريح. ثالثها: جعل انتفاء التميز متحيزاً مجاوراً للخلط، وفي ذلك من إفادة استقلال كل منهما بالاعتبار والمبالغة في اشتراطهما ما لا يخفى، والله أعلم.

ذكر المذاهب في الشركة في العروض وفي اشتراط الخلط:

حكى صاحب المغني منع الشركة في العروض عن ابن سيرين، ويحيى بن أبي كثير، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، والإمام أحمد في ظاهر المذهب.

وحكى عن ابن أبي ليلي، ومالك، وأحمد في رواية عنه اختارها أبو بكر وأبو الخطاب صحة الشركة في العروض.

الاستدلال:

واستدل للأول بأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفصلة أي المفارقة برأس المال أو بمثله والعروض لا مثل لها يرجع إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب جميع الربح أو جميع المال... وقد تنقص قيمته... فيفضي إلى التنازع... إلى آخر ما ذكره.

وللثاني بقوله: لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا، وكون الربح بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفصلة بقيمة ماله عند العقد. وقال صاحب الإنصاف من الحنابلة عند قول المتن: ولا تصح إلا بشرطين: أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير، هذا ظاهر المذهب وذكر كثيرا ممن رجحوه أو جزموا به أو قدموه في الذكر ثم قال: وعنه أي عن الإمام أحمد تصح بالعروض ونقل عن ابن رزين في شرحه أن هذه الرواية أظهر، واختاره أبو بكر، وأبو الخطاب، وابن عبدوس وصاحب الفائق وجزم به في المنور وقدمه في المحرر والنظم قال: قلت: وهو الصواب... هـ.

لكن اقتصر في الإقناع وكشاف القناع على ذكر عدم صحة الشركة في العرض ولو مثليا ولا تعرض فيهما للرواية الأخرى.

ولذلك اقتصر ابن المنذر على عد أحمد من المانعين للشركة في العروض وهو أي ابن المنذر قائل بذلك أيضًا.

وأما الخلط فقال الزحيلي: قال الجمهور وهم الحنفية، والمالكية، والحنابلة: لا يشترط خلط المالين لأن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال ومورد العقد هو العمل والربح نتیجته والمال تبع فلا يشترط خلط المال كالمضاربة، ولأن الشركة عقد على التصرف ففيها معنى الوكالة وهي أي الوكالة جائزة في المالين قبل خلطهما فتجوز الشركة كذلك، ومعنى عدم اشتراط ذلك عند المالكية الاكتفاء بالخلط الحكمي كأن يكون المالان في صندوق واحد وأيديهما مُطْلَقَةً فيهما لا أن يُعزَلَ كل عن الآخر بالكلية.

قال: وقال زفر والشافعية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية: يشترط خلط المالين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر ولا بد من كون الخلط قبل العقد... لأن الشركة تعني الاختلاط وهو لا يتحقق مع تميز المالين... إلخ.

أقول: أرى أن الخلاف في هذه المسألة شكلي لا جوهري فقد سبق بيان طريق الشركة في المتقوم عند الشافعية وفي تهذيب البغوي أنهما لو اشتريا بعَرَضِيَّهما عَرَضًا أو باعهما [عرضاً] بثمن واحد ففي صحة البيع قولان.

أقول: في حاشية شرح الروض للملبي نقلنا عن ابن العماد أن محل القولين ألا يعلم كل واحد منهما ما يخصه حالة العقد من الثمن فإن علماه أو أحدهما صح البيع قطعاً. ١. هـ. قال البغوي: فإن جَوَزْنَا يكونُ الثمن مشتركاً بينهما فيأذن كل واحد صاحبه في التصرف، وذكر أن الخلط والتبايع المذكور سببان للشركة ولا يكفیان عن الإذن كما لو ورثا مالاً قال: وإن اختلفت قيمة العرضين فيكون المال والربح بينهما على التفاوت، وإذا كان لأحدهما عشرة دنانير وللآخر مائة درهم وابتاعا شيئاً وربحا فلو كان نقد البلد أحدهما قُومَ الآخرُ به فإن استوت قيمتهما استويا في الربح، وإن اختلفت قيمتهما تفاوتتا في الربح على قدر المالين. ١. هـ. ونحوه في الشرح الكبير وحاصل ذلك تجويز الشركة في المتقوم إلا أن وسيلتها خالفت وسيلة الشركة في المثلي والأمور بمقاصدها، وأما تقدم الخلط على الإذن في التصرف فذكره الرافعي في العزيز كما يلي:

وينبغي أن يقدم الخلط على العقد والإذن فإن تأخر فالأظهر المنع إذ لا اشتراك عند العقد. والثاني: يجوز إذا وقع في مجلس العقد لأن المجلس كنفس العقد فإن تأخر لم يجز على الوجهين ومال الإمام [إمام الحرمين] رحمته إلى تجويزه لما سبق أن الشركة توكيل وتوكل ولو وجد التوكيل والتوكل والمَلْكَان متميزان ثم فُرض الاختلاط لم تنقطع الوكالة... إلخ. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(و) يشترط (أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته) المراد بها ما يشمل النوع، وهذا مفرع على اشتراط عدم التميز فكان الأولى التعبير بالفاء بدل الواو، وعبارة شرح المنهج: فلا يكفي الخلط بعد العقد ولو بمجلسه فيعاد العقد، ولا خلطٌ لا يمنع التميز كخلط دراهم بدنانير أو مكسرة بصحاح. انتهت. ويمكن أن يقال: إن الواو تدل على الاهتمام بمعطوفها حتى كأنه لم يعرف مما قبله كما يقال ذلك في عطف الخاص على العام، وفرع على ذلك للإيضاح قوله: (فلو كان لهذا) أي لأحدهما (ذهب) يعني دنانير (ولهذا) أي للآخر (فضة) أي دراهم وهذا مثال لاختلاف الجنس في النقد (أو) كان (لهذا حنطة ولهذا شعير) وهذا مثال لاختلاف جنس العرض المثلي (أو) كان لهذا برني ولهذا معقلي من التمر أو كان (لهذا صحيح، ولهذا مكسر) من أحد النقيدين أو كان لأحدهما جيد وللآخر رديء من الحنطة مثلاً وخالطاً ما ذكر وعقدًا (لم يصح) لإمكان التمييز بين الخليطين وإن على عُسْر.

قال المصنف رحمته:

(ويشترط) أن يأذن كل منهما للآخر في التصرف) في مال الشركة هذا أحد أركان العقد وهو الصيغة، وعبارة المنهج وشرحه هكذا: وأركانها عاقدان ومعقود عليه وصيغة، وشُرِط فيها أي في الصيغة لفظ صريح أو كناية يشعر بإذن في تجارة وفي معناه ما مر في الضمان - يعني الكتابة وإشارة الأخرس - والمعنى يأذن لمن يتصرف من كل منهما أو من أحدهما فلا يكفي فيه اشتراكنا لقصوره عنه لاحتمال أن يكون إخباراً عن حصول الشركة. ا.هـ. بأذنى تصرف، نعم لو نوبأ به الإذن كفى، وقوله: والمعنى إلخ

أراد به بيان أنهما إن كانا يتصرفان كإلهما فلا بُدَّ من إذن كل منهما للآخر فيه، وإن كان المتصرف أحدهما فلا بُدَّ من إذن الآخر له فقط، وأفاد ابن قاسم العبادي على التحفة أن المدار على حصول الإذن على الوجه المذكور ولا حاجة معه إلى أن يقولوا: اشتركنا أو نحوه.

فرع: قال في الروضة: ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في الجميع ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في جميع المال ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه، وكذا لو أذن لصاحبه في التصرف في الجميع، وقال: أنا لا أتصرف إلا في نصيبي ولو شرط أن أحدهما لا يتصرف في نصيبه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك في ملكه. ثم يُنظر في المأذون فيه فإن عين جنسا لم يتصرف المأذون في نصيب الآخر في غير ذلك الجنس، وإن قال: تصرف واتجر فيما شئت جاز على الصحيح، قال النووي من زيادته: ولو أطلق الإذن جاز على الأصح كالقراض. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(فيتصرف كل منهما) أو من أحدهما في مال الشركة (بالنظر والاحتياط) عبر النووي في المنهاج بقوله: بلا ضرر، وعبر صاحب المنهج بقوله: بمصلحة وزعمها أولى من قول النووي: بلا ضرر، ومن قول الرافعي في المحرر: بغبطة لأن الأول يفيد جواز البيع بثمن المثل مع وجود راغب بزائد عليه زيادة لها وقع وليس كذلك، والثاني يقتضي المنع من شراء ما يتوقع ربحه قال: إذ الغبطة إنما هي تصرف فيما فيه ربح عاجل له بال. ا.هـ. وأجيب عن الأول بأن الضرر يصدق بتفويت الزيادة، وعن الثاني: بأن الغبطة تطلق على المصلحة فلا تفاوت بين العبارات الثلاث، وفهم صاحب الفيض من كون الشرط وجود المصلحة أن عطف الاحتياط من المصنف على النظر عطف تفسير فهل تُشاطرُه هذا الفهم يا قارئ؟ والذي تلقّيته من مُعلِّمي أو بعضهم هو الفرق بينهما بتفسير الأول بما معناه ابتغاء النفع، والثاني بما معناه الاحتراز من مظنة الخطر ويؤيد هذا أن الأصل تغاير المعنى لتغاير اللفظين ويوجد في كتب اللغة ما يشهد لكل من الوجهتين فالنظر يطلق على التدبر والتفكر وعلى الحفظ

والاحتياطُ فسره صاحب المصباح بطلب الأَخذ والأخذ بأوثق الوجوه ففي كلا اللفظين كِلا المعنيين، وفي القاموس نظره... تأمله بعينه فنقل شارحه عن البصائر أن النظر أيضاً تقليب البصيرة لإدراك الشيء ورؤيته وقد يراد به التأمل والفحص، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص ثم ذكر أن استعمال النظر في البصر أكثر عند العامة واستعماله في البصيرة أكثر عند الخاصة، وفي الصحاح: واحتاط الرجل لنفسه أخذ بالثقة. ا.هـ.

وفرع المصنف كغيره على ما ذكره قوله: (فلا يسافر به) أي بمال الشركة إلا بإذن الآخر أو باضطرار إليه، ولا يستفيد بالإذن في مطلق السفر جواز ركوب البحر بل لا بد من النص عليه (ولا يبيع) المشترك (ب) ثمن (مؤجل) بلا إذن أيضاً فإن فعل صح في نصيبه فقط وبطل في نصيب الآخر وبطلت الشركة.

وعبارة الروض وشرحه: فلا يسافر بالمال ولا يُبضَعُ أي لا يدفعه لمن يعمل فيه متبرعا، ولا يبيع بغير نقد البلد، ولا يبيع ولا يشتري بغبن فاحش بلا إذن في الجميع لما مر أن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل، ومع الإذن يجوز له ذلك وإن اشترى بعين المال المشترك أو باعه بغبن فاحش صح في نصيبه فقط وصار المشتري في الثانية والبائع في الأولى شريكه بدلاً من الأول، وإن اشترى بالغبن في الذمة اختص به ولا يضمن نصيب شريكه ما لم يسلمه كظيره في الوكالة ومثله التصرف بنسيئة أو بغير نقد البلد بلا إذن بخلاف ما إذا سافر به أو أبضعه بلا إذن فإنه يضمن، نعم إن عقدا الشركة بمفازة أي أو نحوها فلا ضمان بالسفر به إلى مقصده لأن القرينة قاضية بأن له ذلك. ا.هـ. ملخصاً.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا يشترط تساوي المالين) بل يجوز تفاضلهما (ويكون الربح والخسران) إن حصل (بينهما) أي مشتركا فيهما بينهما (على) نسبة (قدر المالين) تساويًا أو تفاوُّتا سواء تساويا عملا أو لا (فإن شرطا خلاف ذلك) أي ضد كونهما على نسبة المالين بأن شرط التساوي مع تفاضل المالين أو عكس في العقد (بطلت) الشركة أي لم

تتعقد أصلاً فإن وقع تصرّف وبيع قال في التنبيه: قُسمَ البيع بينهما على قدر المالين ورجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله في ماله، قال في التحفة: كالقراض يعني قياساً عليه إذا فسد، وقد يقع التقاص، نعم إن تساوى مالا وتفاوتاً عملاً وشُروط الأقلُّ للأكثر عملاً لم يرجع بالزائد إن علم الفساد وأنه لا شيء في الفاسد لأنه عمل غير طامع في شيء. ١.٥.هـ.

قال في شرح الروض: وكذا لو اختص أحدهما بأصل التصرف لا يرجع بنصف أجرة عمله، وفي الروض: ولو استويا مالا لا عملاً وشرط زيادة لمن عمل أكثر قاصصاً صاحبه ورجع بما زاد، وصور شارحُه ذلك بما لو كان لكل ألف وسائى عمل أحدهما مائتين والآخر مائة فيقاص الأول بربع أجرة عمله ويرجع بربعها، لأن نصف عمله مائة ونصف عمل صاحبه خمسون فيبقى له بعد التقاص خمسون. ١.٥.هـ.

قال المصنف رحمته:

(فإن عزل أحدهما الآخر) المراد أنه حصل عزل المأذون له في التصرف (عن التصرف) في نصيبه (انعزل) عن التصرف في نصيب العازل (وللآخر) أي العازل (التصرف) بمقتضى الإذن السابق في نصيب المعزول (إلى أن يعزله صاحبه) عن التصرف في ملكه فتنتهي الشركة وينعزلان أيضاً بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه ونحوها مما يأتي في الوكالة - إن شاء الله تعالى.

فائدة: قال الفيومي في المصباح: عزّلتُ الشيء عن غيره نَحَيْتُهُ عنه ومنه عزّلتُ النائب كالوكيل إذا أخرجته عما كان له من الحكم، ويقال في المطاوع: فعزّل ولا يقال: فانعزل لأنه ليس فيه علاج وانفعال، نعم قالوا: انعزل عن الناس إذا تنحى عنهم جانباً. ١.٥.هـ. وقال الجوهرى في الصحاح: وعزله عن العمل أي نحاه عنه فعزل. ١.٥.هـ. فاقتصر على هذا لكن في القاموس: عزله يعزله وعزّله فاعتزل وانعزل وتعزّل: نحاه جانباً فتنحى. ١.٥.هـ. وعزا شارحُه ذلك إلى المحكم وذكر أيضاً ما في الصحاح كما نقل عن المصباح ما ذكرته عنه وأتبعه بقوله: والله أعلم، فتأمل ومثل ما في القاموس في لسان العرب إلا أن مرجعهما فيما أرى إلى واحد هو المحكم للصاغاني كما قال في

التاج: إن فيه ذكر ذلك ويدل على رجوعهما إليه كلامهما في خطبتهما فليُراجع ذلك، والله الموفق.

قال المصنف رحمته:

(ولكل منهما فسخها متى شاء) لأنها من العقود الجائزة، قال في الروضة: ولو قال: فسخت الشركة انفسخ العقد قطعاً، والمذهب أنهما ينعزلان عن التصرف، وقال في التتمة: في بقاء تصرفهما وجهان إن كانا صرّحا في عقد الشركة بالإذن ووجهُ البقاء استمراره حتى يأتي بصريح العزل.

قال المصنف رحمته:

(وأما شركة الأبدان) التي تقدم ذكرها إجمالاً في قوله وهي أنواع أربعة وسميتها أنا هناك (ف) هي (باطلة) أي غير موافقة للشرع الحنيف وهي أن يشترك اثنان فأكثر ليكون ما يكسبه كل فرد ببدنه مشتركاً على التساوي أو التفاوت (كشركة الحمالين) جمع حَمَّال نسبة إلى حمل الأمتعة بأجرة كما قال الحريري في الملحّة:

وانسب أخا الحرفة كالبقال ومن يُضاهيه إلى فعّال

(وغيرهم من ذوي الحرف) جمع حرفة بكسر الحاء فيهما وفتح الراء في الجمع وإسكانها في المفرد وهي على ما في المعجم الوسيط: وسيلة الكسب - أي وجوه الدخل - من زراعة وصناعة وتجارة وغيرها، وقال الراغب في المفردات: والاحتراف طلب حرفة للكسب، والحرفة حالته التي يلزمها في ذلك نحو القعدة والجلسة.

وفي معجم الفروق اللغوية المنسوب لأبي هلال العسكري أن الفرق بين الصنع والعمل أن الصنع ترتيب العمل وإحكامه على ما تقدّم علّم به وبما يوصل إلى المراد منه، ولذلك قيل للنجار: صانع، ولا يقال للتاجر: صانع لأن النجار قد سبق علمه بما يريد عمله من سرير أو باب وبالأَسباب التي توصله إلى المراد من ذلك، والتاجر لا يعلم إذا اتجر أنه يصل إلى ما يريد من الربح أو لا... إلى أن قال: وفي الصناعة معنى الحرفة التي يتكسب بها، وليس ذلك في الصنع، والصنع أيضاً مضمن بالجودة... إلخ فالصناعة على ذلك أخص من الحرفة، ولذلك جُعِلت في المعجم الوسيط من أفراد

الحرفة وقول المصنف: على أن يكون الكسب أي المكسوب متعلق بقوله: شركة وقوله: (بينهم) متعلق بخبر يكون .
وسواء في البطلان اتَّفَق عملُهما أو لا كخيَّاط ونجار تَفَاوَتَ المشروطُ لهما أو تساوى، وإنما بطلت لأن كل واحد متميزٌ بيدنه ومنافعه فيختص بفوائدهما، فإن كسبا نُظِرَ إن انفرد كل بعمله فله كسبه وإلا قسم الحاصل على نسبة أجره المثل لا على حَسَبِ الشرط المتقدم، قال الرافعي: وفي وجه تصح سواء اتفقت الصنعة أو لا .
قال النووي: هذا الوجه حكاه صاحب الشامل وغيره قولاً. ا.هـ. وعلل البغوي البطلان بأن العمل معدوم ومجهول كما لا تصح شركة العنان على مال معدوم ومجهول. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(وشركة الوجوه) بضم الواو جمع وجه بفتح فسكون بمعنى جاهٍ أو وجيهٍ ففي المعجم الوسيط أن الوجه يطلق على سيّد القوم وعلى الجاه.
قال في التنبية: وهو أن يشتركا في ربح ما يشتريان بوجههما، فقال النووي في تصحيحه: أي بجاههما، وقال في المصباح: وشركة الوجوه أصلها شركة بالوجوه فحذفت الباء ثم أضيفت مثل شركة الأبدان أي بالأبدان لأنهم بذلوا وجوههم في البيع والشراء، وبذلوا جاههم والجاه مقلوب من الوجه. ا.هـ. وهذا على الاحتمال الأول.
وأما على الثاني: أي كون وجه بمعنى وجيه فالإضافة أصلية على معنى اللام أي شركة الوجَّهَاء وليست مشاركة شركة الأبدان واجبةً كما لم تُشاركها شركة العنان، وشركة المفاوضات في تقدير باءٍ محذوفة على أن ذلك غير متعين فيها أيضاً كما يلوح لي.
قال في الروضة: وقد فسرت [شركة الوجوه] بصور أشهرها أن يشترك وجيهان عند الناس لبيتاعا في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد يكون بينهما فيبيعانه ويؤديان الأثمان فما فضل فهو بينهما، الثانية: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل ويشترطا أن يكون ربحه بينهما، والثالثة أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده ولا يسلمه

إلى الوجيه والربح بينهما، قال: ويقرب من هذا ما ذكره الغزالي وهو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعض الربح، وهي في الصور كلها باطلة إذ ليس بينهما مال مشترك يُرْجَعُ إليه عند القسمة، ثم ما يشتره أحدهما في الصورة الأولى والثانية فهو له يختص بربحه وخسرانه إلا إذا صرح بتوكيل الآخر بالشراء وقصد المشتري موكله. وأما الثالثة: فقراض فاسد لاستبداد المالك باليد. ا.هـ. فيستحق العامل فيها أجره المثل لأنه دخل طامعا كما نقله العبادي عن شرح العباب لابن حجر.

قال المصنف رحمته:

(و) شركة (المفاوضة) بصيغة المفاعلة مصدرًا لِفَاوَضَ في الأمر أي بادلته الرأي فيه طلبا للوصول إلى اتفاق، وفاوضه في الحديث أي بادلته الكلام، وفاوضه في المال: شاركه في تمييزه. كذا في المعجم الوسيط قال: وشركة المفاوضة في الفقه: شركة يتساوى فيها الأطراف مالا وتصرفا. ا.هـ.

أقول: لهذه السعة في معناها صحت إرادة شركة العنان بلفظها كما يأتي، وأما الصورة المقصودة هنا فهي أن يتفقا على أن يكون ما يكتسبانه وما يلزمهما من غرم بنحو إتلاف بينهما فهاتان الشركتان شركة الوجوه وشركة المفاوضة (أيضا) أي كما بطلت شركة الأبدان (باطلتان) عندنا معاشر الشافعية، أما الأولى منهما فلما سبق أنفا، وأما الثانية فإن كان الاكتساب بأبدانها فهي شركة أبدان زادت شرط التزام الغرم، وإن كان بأموال لم يخلطوها فلعدم الخلط مع الشرط المذكور، وإن خلطها فللشرط المذكور فإن نويها بلفظها في الأخيرة شركة العنان ولم يشترط ذلك الشرط صحت.

نص عليه الشافعي في الأم فقال: شركة المفاوضة باطل ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلا إلا أن يكونا شريكين يعُدّان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح فهذا لا بأس به، وهذه الشركة التي يقول لها بعض المشركيين: شركة عنان، وإذا اشتركا مفاوضة وتشارطا أن المفاوضة عندهما هذا المعنى فالشركة صحيحة، وما رُزِقَ أحدهما من غير هذا المال فهو له دون صاحبه، وإن زعما أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أفادا بوجه من

الوجوه بسبب المال وغيره فالشركة بينهما فاسدة، ولا أعرف القمار إلا في هذا أو أقلّ منه أن يشترك الرجلان بمائتي درهم فيجد أحدهما كنزاً فيكون بينهما، أرايت لو تشارطا على هذا من غير أن يتخالطا بمال أكان يجوز؟... هـ. ويلاحظ أنه لم يتعرض هنا لاشتراط كون ما قد يكون من غرم بينهما.

تنبيه: يصح جر كلمة المفاوضة في عبارة المصنف عطفاً على الوجوه لأن إضافة شركة يمكن أن يراد بها العموم مثل آل، وعلى تقدير مضاف حذف للدلالة ما قبله عليه كما صنعت، ويصح رفعها إقامة لها مقام المضاف المذكور وعلى كل من هذه الأوجه يحصل التعدد في المخبر عنه فيطابقه الخبر المثني.

هذا ومما لفت انتباهي - كما يقال - توسط المصنف لشركة الوجوه بين شركتي الأبدان والمفاوضة خلافاً لما بين يدي من كتب الأصحاب فإنها وقعت فيها أخيرة إلا في تهذيب البغوي فإنها قدمت عليهما ووقعت المفاوضة آخر الكن في لباب المحاملي مثل ما للمصنف...

ويبدو أن تغيير المصنف للترتيب الذي عند غيره لم يكن مقصوداً له باهتمام لاسيما وهو لم يركز على الأخيرتين وإنما مرّ عليهما مرور الكرام.

ذكر المذاهب في هذه الأنواع:

حكى ابن المنذر في الأوسط والوزير في اختلاف الأئمة العلماء وغيرهما اتفاق العلماء على أن شركة العنان جائزة صحيحة، وأنهم اختلفوا في الأنواع الثلاثة الأخرى على أنهم اختلفوا أيضاً في بعض فروع شركة العنان.

قال الوزير: فقال أبو حنيفة: تصح كلها، وقال أحمد: كلها صحيحة إلا شركة المفاوضة فإنها باطلة، وقال مالك: تصح شركة المفاوضة في الجملة وشركة الأبدان إلا مع اختلاف الصناعتين وأبطل شركة الوجوه وحدها. هـ.

وقال الزحيلي: فالشافعية، والظاهرية، والإمامية يجعلون كل الشركات باطلة ما عدا شركة العنان والمضاربة.

والحنابلة أجازوا كل الشركات ما عدا شركة المفاوضة، والمالكية أجازوا ما عدا

شركة الوجوه وما عدا شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية، وأما الحنفية والزيدية فأجازوا كل هذه الشركات دون استثناء إذا توافرت شروط معينة. ا.هـ.

والخلاصة أن شركة الأبدان جائزة في المذاهب الثلاثة من الأربعة وهي ما عدا المذهب الشافعي وأن شركة المفاوضة باطلة في المذاهب الثلاثة منها أي ما عدا الحنفي، وأن شركة الوجوه باطلة في مذهبين منها هما الشافعي والمالكي، جائزة في مذهبين منها هما الحنفي والحنبلي، ويضاف إلى الأولين الظاهري والإمامي وإلى الأخيرين الزيدي على حسب تصنيف الزحيلي فهي أي شركة الوجوه باطلة في أربعة مذاهب صحيحة في ثلاثة مذاهب، وأما شركة المفاوضة فهي باطلة في خمسة مذاهب من السبعة المذكورة صحيحة في اثنين منها بشروط ووصفت بأن توفرها غير ممكن وعلى فرض إمكانها وتحققها فهي لا تبقى طويلا، وقد عدّها الزحيلي ستة وفصلها، وقال: إنها بذلك المعنى لا يجيزها جمهور الفقهاء لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله، ولأن تحقق المساواة بالمعنى الذي ذكروه أمر عسير، ولأن فيها غررا كثيرا وجهالة ووجه الغرر أنه يلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به ويبين الجهالة بقوله: لما فيها من الوكالة بالمجهول والكفالة به...

ثم قال: والواقع أنها بالمعنى المذكور عندهم غير متيسرة الوجود إن لم تكن متعذرة التحقيق. ا.هـ. باختصار وتصرف.

وقد تبين أن أشد المذاهب في الشركات هو الشافعي وما معه من غير الأربعة فلندع المفاوضة لأهلها ولننظر ماذا عند الجمهور القائلين بصحة شركة الأبدان أو شركة الأعمال.

الاستدلال:

قال في الإقناع من كتب الحنابلة: الرابع شركة الأبدان وهي أن يشتركا فيما يتقبلان بأبدانها في ذمهما من العمل فهي شركة صحيحة، فورد في كشف القناع ما يلي:
روى أبو طالب - يعني عن أحمد - لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والبقالين والحمالين، وقد أشرك النبي ﷺ [بين] عمار، وسعد،

وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء، والحديث رواه أبو داود، والأثرم وكان ذلك في غزوة بدر.. إلخ.

وقال الخِرَقِي: وشركة الأبدان جائزة فقال في المغني: معنى شركة الأبدان أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصُّنَاع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم، فإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب... فذكر الرواية السابقة ثم قال: وفسر أحمد صفة الشركة في الغنيمة فقال: يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لأن القاتل يختص به دون الغانمين، وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة: يصح في الصناعة، ولا يصح في اكتساب المباح كالاحتشاش والاعتنام لأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء لأن من أخذها يملكها ثم ذكر مذهب الشافعي.

ثم استدلل للجواز بالحديث السابق، وقال: ومثل هذا لا يخفى على رسول الله ﷺ، وقد أقرهم عليه، وقال أحمد: أشرك بينهم النبي ﷺ... ثم قال وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة لأنهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة وهو يمنع ذلك، ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال قال: ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحة فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله، وذكر أن في المذهب وجهين عند اختلاف الصناعتين أحدهما المنع، وبه قال مالك - يعني ما لم تتلازما - وهو ما قاله أبو الخطاب من الحنابلة، ثانيهما الصحة قاله القاضي - أي أبو يعلى - .ا.هـ. باختصار. وحديث اشتراك الثلاثة المذكورين قال الحافظ في التلخيص: رواه أبو داود، والنسائي، زاد صاحب المنتقى ابن ماجه، وقال: وهو حجة في شركة الأبدان وتملك المباحات قال: وعن رويغ بن ثابت رضي الله عنه قال: إن كان أحدنا في زمن رسول الله ﷺ لِيَأْخُذُ نِصْبَ أَخِيهِ - أي بعيره المهزول - على أن له النصف مما يغنم ولنا النصف، وإن كان أحدنا ليطير له النصل والريش وللآخر القِدْح رواه أحمد، وأبو داود.

والحديث الأول ذكره ابن الجوزي في التحقيق وعزاه إلى الدارقطني بإسناده إلى ابن مسعود رضي الله عنه قال: أشرك رسول الله بيني وبين عمار، وسعد بن أبي وقاص في دَرَقَةٍ سَلَّحْنَاهَا واشتركتنا فيما أصبنا فأخفقتُ أنا وعمار وجاء سعد بأسيرين وقد تكلم ابن عبد الهادي على إسناده، والدرقة محرقة الترس من جلد وقوله: سلحناها أراه مشدد اللام مفتوح الحاء ففي المعجم الوسيط سلَّحه زَوَّدَه بالسَّلاح فالمعنى زَوَّدَنَا بها لتكون سِلَاحًا لنا نحن الثلاثة، وذلك من ضيق الحال إذ ذاك، ففي هذه الرواية أن تشريك النبي صلى الله عليه وسلم هو في الدرقة وليس فيما يصيبونه من المغنم والحديث من رواية أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود والراجح عند العلماء أنه لم يسمع من أبيه شيئاً وأن حديثه عنه منقطع، والمنقطع إذا وُجد له متابع يُحسِّنُ طَبَقًا لما في المصطلح، لكن ليس في الحديث أنهم اقتسموا ما جاء به سعد، ولا أنه صلى الله عليه وسلم أفرهم حتى على الاشتراك فضلاً عن الاقتسام ثم حديث روي عن ليس في هذه القضية إنما هو في معاملة أخرى مترددة بين الإجارة والمضاربة إلا أن الأجرة مجهولة فهل هذا يصلح لتقوية حديث ابن مسعود؟ كل هذه الأسئلة تنتظر جواباً مقنعاً إلا أنه مع ذلك لم يُذكر في المقابل للمنع من شركة الأبدان دليل خاص، ولو في مستوى حديث أبي عبيدة عن أبيه، وقد ترجم أبو داود على هذا الحديث بقوله: باب الشركة على غير مال، والنسائي في الكبرى والصغرى بقوله: الشركة بغير مال حتى أن البيهقي المعروف بولائه لمذهب الشافعي ترجم عليه في السنن الكبرى بقوله: باب الشركة في الغنيمة وذكره البغوي في شرح السنة كاستدلال للمذهب المجوز لشركة الأبدان ما يعنى أنهم يرونه دليلاً على ما ذكره، ولا غرابة في صنع أبي داود، والنسائي فأهل الحديث يرون العمل بضعيف الحديث أولى من تقليد آراء الرجال، إنما الشأن في عمل الأخيرين مع انقطاع الحديث ومع ما فيه من المناقشة في دلالة على المسألة كما رأينا.

وأما حديث روي عن فمع أنه لا يدل على شركة الأبدان فإنه في متنه وإسناده ذو ألوان وقد كتبت ما حصل لي من الاختلاف فيه في غير هذا المكان حتى لا يتناول به الكتاب، والله يهدينا في جميع أمورنا للسداد والصواب آمين.

بابُ الوكالةِ

يُشترطُ في الموكلِّ والوكيل أن يكونا جائزي التصرفِ فيما يوكلُّ فيه، وتصحُّ وكالةُ الصبي في الإذنِ في دخولِ الدارِ وحملِ الهدية، والعبدِ في قبولِ النكاحِ. ويجوزُ التوكيلُ في العقودِ والفسوخِ والطلاقِ والعِتقِ، وإثباتِ الحقوقِ واستيفائها، وفي تمليكِ المباحاتِ كالصيدِ والحشيشِ والمياهِ. وأما حقوقُ الله تعالى: فإن كانت عبادةً لم تجزُ إلا في تفرقةِ الزكاةِ والحجِّ وذبحِ الأضحية، وإن كانَ حدًّا جازًا في استيفائه دون إثباته.

وشرطُها: الإيجابُ باللفظِ من غيرِ تعليقٍ كوكلتكَ أو بع هذا الثوبِ. والقبولُ باللفظِ أو الفعلِ وهو امتثالُ ما وُكِّلَ به، ولا يُشترطُ الفورُ في القبولِ، فإن نجَّزها وعلَّقَ التصرفَ على شرطِ جازٍ، كقوله: وكَلتكَ ولا تبع إلى شهرٍ.

وليس للوكيلِ أن يوكلَّ إلا بإذنه، أو كانَ مما لا يتولاهُ بنفسه، أو لا يَتمكَّنُ منه لكثرتِه، وليس له أن يبيعَ ما وُكِّلَ فيه لنفسه أو لابنهِ الصغيرِ، ولا بدونِ ثمنٍ مثله، ولا بمؤجَّلٍ، ولا بغيرِ نقدِ البلدِ، إلا أن يأذنَ له في ذلك، ولو نصَّ له على جنسِ الثمنِ فخالفَ لم يصحَّ البيعُ، كبيعِ ألفِ درهمٍ فباعَ ألفَ دينارٍ، وإن نصَّ على القدرِ فزادَ من الجنسِ صحَّ، كبيعِ ألفِ درهمٍ فباعَ ألفينِ، إلا أن ينهأ.

ولو قال: اشترِ بمائة، فاشترى ما تُساويها بدونِ مائة صحَّ، وإن اشترى بمائتين ما يساوي مائتين فلا، وإن قال: اشترِ بهذا الدينارِ شاةً، فاشترى به شاتينِ تساوي كلُّ واحدةٍ دينارًا صحَّ، وكانتا للموكلِّ، فإن لم تساوي كلُّ واحدةٍ دينارًا لم يصحَّ العقدُ، وإن قال: بع لزيدٍ، فباعَ لغيره لم يجزُ، وإن قال: اشترِ هذا الثوبَ فاشترأه فوجدهُ معيبًا فله الردُّ، أو اشترِ ثوبًا، لم يجزُ شراءَ معيبٍ. ويُشترطُ كونُ الموكلِّ فيه معلومًا من بعض الوجوه، فلو قال: وكَلتكَ في بيعِ مالي وعِتقِ عبدي وطلاقِ زوجاتي صحَّ، أو في كلِّ قليلٍ وكثيرٍ، أو في كلِّ أموري لم يصحَّ.

ويُدُّ الوكيل يدُ أمانةٍ، فما يتلَفُ معه بلا تفریطٍ لا يضمنُهُ، والقولُ في الهلاكِ والرَدِّ وما يُدعى عليه من الخيانة قولُهُ، ولكلُّ منهما الفسخُ متى شاء، فإن عَزَلَهُ ولم يعلم فتصرَّفَ لم يصحَّ التصرُّفُ، وإن مات أحدهما أو جُنَّ أو أُغْمِيَ عليه انفسختُ.

قال المصنف رحمته:

(باب الوكالة)

بفتح الواو، قال في المصباح: والكسر لغةٌ وهي اسم مصدر وكَلَّ وتوَكَّل، قال الراغب: التوكيل أن تعتمد على غيرك وتجعله نائبا عنك... والتوكل على وجهين يقال: توكلت لفلان بمعنى توليت له... وتوكلت عليه بمعنى اعتمدته... قال: وربما فسر الوكيل بالكفيل والوكيل أعم؛ لأن كل كفيل وكيل وليس كل وكيل كفيلًا. اهـ. بحذف.

قال في شرح الروض: هي لغة التفويض وشرعا تفويض شخصٍ أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة، والأصل فيها قبل الإجماع آيات منها قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ﴾ [الكهف: ١٩]، وقوله ﷺ: ﴿أَذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي﴾ [يوسف: ٩٣] قال: وهذا شرعٌ من قبلنا وورد في شرعنا ما يقرره كقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥] قال الماوردي: والحكمُ وكيل، قال: ومنه قوله تعالى حكاية عن يوسف عليه الصلاة والسلام: ﴿أَجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ﴾ [النساء: ٥٥]. قال شارح الروض: وخبر الصحيحين أنه ﷺ بعث السُّعَاعَةَ لِأَخْذِ الزَّكَاةِ، وخبر عروة البارقي السابق في الكلام على بيع الفضولي، وقد وكل ﷺ عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة رضي الله عنها قال: رواه البيهقي، وصححه الإمام. اهـ. ولم أدر من أراد بالإمام؟ وإذا أطلق الإمام في الفقه الشافعي يُعنى به إمام الحرمين وهو ميدانهُ الأصولان والفقهُ لا الحديثُ، وهذا الخبر قال عنه في التلخيص الحبير: حكاه البيهقي في المعرفة والخلافيات عن أبي جعفر محمد بن علي مرسلًا

بلا إسناد، وأخرجه في السنن من طريق ابن إسحاق قال: حدثني أبو جعفر قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة، وساق عنه أربعمائة دينار واشتهر في السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية الضمري فزوجه أم حبيبة وظاهر ما في أبي داود والنسائي أن النجاشي عقد عليها عن النبي ﷺ وولي النكاح خالد بن سعيد بن العاص كما في المغازي، وقيل: عثمان بن عفان وهو وهم. ١.هـ. وأخرج البيهقي في الوكالة من السنن الكبرى من طريق أبي داود عن جابر ﷺ قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي ﷺ فسلمت عليه وقلت: إني أردت الخروج إلى خيبر فقال: «إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترؤفوتيه» وأخرج أيضاً حديث الصحيحين عن عليّ ﷺ قال: أمرني رسول الله ﷺ فقمتم على البُدن فأمروني فقسمت لحومها ثم أمرني فقسمت جلالها وجلودها، وذكر حديث أبي هريرة في قصة الرجل الذي تقاضى رسول الله ﷺ دينه وقوله ﷺ: «اشتروا له بعيرا فأعطوه إياه» وقصة جابر في بيعه جملة من النبي ﷺ حيث قال: «يا بلال اقضه زده» وأخرج عن بلال أنه سئل كيف كانت نفقة النبي ﷺ؟ فقال: ما كان شيء إلا أنا الذي كنتُ ألي ذلك منه منذ بعثه الله إلي أن توفي... الحديث وهو طويل.

قال شارح الروض: والحاجة داعية إليها فهي جائزة، بل قال القاضي وغيره: إنها مندوب إليها؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ولخبر: «إن الله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» قال البجيرمي: وقد تحرم إن كان فيها إعانة على حرام، وتكره إن كان فيها إعانة على مكروه، وتجب إن توقف عليها دفع ضرورة الموكل كتوكيل المضطر غيره في شراء طعام عاجز عنه، وقد تتصور الإباحة فيها بأن لم يكن للموكل حاجة إليها وسأله الوكيل لا لغرض. ١.هـ.

وأركانها أربعة: موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة، وقد بدأ المصنف بما يتعلق بالأولين فقال: (يشترط في الموكل والوكيل) المعلومين من لفظ الوكالة في الترجمة ومن معناها (أن يكونا جائزي التصرف فيما يُوكَّل فيه) بالبناء للمجهول، وهو

التصرف المأذون فيه فلا يصح توكيل من لا يملك التصرف الذي يوكل فيه ولا توكل من لا يصح منه ذلك التصرف لنفسه وقد زاد شيخ الإسلام الأنصاري على مثل ذلك قوله: غالبا وعبارته: وشرط في الموكل صحة مباشرته الموكَّل فيه غالبا، فيصح توكيل وليّ، وفي الوكيل صحة مباشرته التصرف لنفسه غالبا. ١. هـ. وذكر أنه خرج بغالبا في الأول نحو الأعمى فيوكل في تصرف لا يصح منه مع عدم صحة مباشرته له للضرورة، والمحرم يوكل في النكاح بعد تحلله، وفي الثاني نحو المرأة تتوكل في طلاق غيرها والسفيه غير المأذون له في قبول النكاح وما ذكره المصنف بقوله: (وتصح وكالة الصبي المأمون في الإذن في دخول الدار) فيجوز اعتماد قوله: (وحمل الهدية) أي إيصالها إلى المهدي إليه فيملكها بالقبض ويجوز تصرفه فيها اعتمادا على قوله، وكذا الدعوة لنحو وليمة وتفرقة زكاة وذبح نحو أضحية مع عدم صحة استقلاله بذلك ومثله في ذلك الفاسق بل الكافر إذا وثق بهما.

(و) تصح وكالة (العبد في قبول النكاح) من غير إذن سيده ويشترط أيضا في الوكيل تعيينه فلو قال لاثنين مثلا: وكلت أحكما في كذا لم يصح، نعم لو قال: وكلتك في بيع كذا وكلّ مسلم صحّ فيما استظهره شيخ الإسلام زكريا، وقال: وعليه العمل قال البجيرمي: وهو المعتمد أي فيكون كل مسلم وكيلا عنه. ١. هـ. ويشترط في الموكل فيه أن يملكه الموكَّل حال التوكيل فلا يصح التوكيل في بيع ما سيملكه وطلاق من سينكحها، وأن يقبل النيابة فلا يصح التوكيل في الشهادات والأيمان والنذور والمعاصي ومعظم العبادات.

(ويجوز التوكيل في العقود) كبيع وشراء وسلم وصرف وإجارة (والفسوخ) كفسخ عيب وإقالة وتحالف، أما العقود فلأخبار، وأما الفسوخ فللقياس عليها كما في شرح الروض قال: والمراد بالفسخ الفسخ الذي ليس على الفور أو ما منع من الفور فيه عذر لا يُعدُّ معه مقصرا (و) في النكاح و(الطلاق) المنجز والرجعة (والعتق) للرقيق، والسلف والاستسلاف والهبة والاتهاب والرهن والارتهان، والصلح والإبراء، والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والقراض والمساقاة والجعالة

والإعارة والإيداع والأخذ بالشفعة والخلع والكتابة والوقف والوصية وقبولها. كذا في التهذيب.

(و) في (إثبات الحقوق) للآدمي عند الحكام، وعبارة الروضة: للمدعي والمدعى عليه التوكيل في الخصومة رَضِيَ الخصمُ أم لم يَرْضَ وليس لصاحبه الامتناع من مخاصمة الوكيل سواء كان للموكل عذر أم لا وسواء كان المطلوب في الخصومة مالا أو عقوبة لآدمي كالقصاص وحد القذف (واستيفائها) كقبض الدين والجَلْد في القذف والقتل في القصاص، قال في الروضة: بحضرة المستحق وفي غيبته طرقٌ أشهرها على قولين: أظهرهما: الجواز، والطريق الثاني: القطع بالجواز، والثالث: المنع قطعاً. ١. هـ. ونازع البلقيني في طريق القطع بالجواز بأن في البويطي نصاً للشافعي يَمْنَعُ من ذلك.

وأقول: القطع عبارة عن نفي العلم بوجود القول المخالف أو عدم ثبوته عند القاطع، وقد أبعَدَ البلقيني النجعة حيث عزا ذلك إلى البويطي في اختلاف أبي حنيفة، وابن أبي ليلى وهو في باب الوكالة من الأم الذي اعتنى به البلقيني كثيراً، ونصّه: وإذا وكل الرجل الرجل بطلب حدّ له أو قصاص قبلت الوكالة على تثبيت البينة، فإذا حضر الحدُّ أو القصاص لم أحمده ولم أقصص حتى يحضر المحدود له والمقتص له من قبل أنه قد يعزله فيبطل القصاص ويعفو. ١. هـ. بحروفه.

وقد أورد المزني في المختصر هذا النص بعينه إلا أنه قال: من قبل أنه قد يُعزّل له ويُكذّب البينة أو يعفو فيبطل الحد والقصاص، فذكر الماوردي في الحاوي بعد تمهيد طويل أنه لا يخلو حال الموكل من ثلاثة أحوال: أحدها: أن ينهيه عن الاستيفاء بعد الإثبات فلا خلاف أنه لا يجوز له بعد ثبوته أن يستوفيه. ثانيها: أن يُطلق فلا يذكر الاستيفاء لا بالنهي ولا بالأمر فمذهب الشافعي وأبي حنيفة وجمهور الفقهاء أنه لا يجوز للوكيل أن يستوفيه، وقال ابن أبي ليلى: يجوز له استيفاؤه ما لم يُنه عنه... ثالثها: أن يوكله في الحد والقصاص بعد إثباته، فإن كان الموكل حاضراً عند استيفائه صححت الوكالة، وإن كان غائباً فظاهر كلام الشافعي هنا أنه لا يجوز، وقال في كتاب

الجنايات ما يدل على جوازه، وهو قوله: ولو أذن له أن يقتصر فتنحى به ثم عفا الموكل وقتل الوكيل من غير أن يعلم به ففيه قولان فاختلف أصحابنا فكان أكثرهم يخرجون المسألة على قولين لاختلاف قوله في الموضوعين: أحدهما: أنه لا يجوز احتياطا للدماء... والثاني: وهو أصحابهما أن ذلك جائز لأن ما صح فيه التوكيل مع حضور الموكل صح فيه التوكيل مع غيبته قياسا على تثبيت القصاص... وقال آخرون: يجوز قولاً واحداً وحملوا النص هنا على ما إذا كان التوكيل في إثباته وحده. وقال آخرون: بل لا يجوز قولاً واحداً وحملوا نصه في الجنايات على ما إذا حضر الموكل. ا.هـ. باختصار.

أقول: وهذا النص الذي ورد في باب الوكالة من الأم والمختصر هو نفسه الذي في كتابه اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى المطبوع مع الأم، وذلك في باب الحوالة والكفالة في الدين منه باختلاف لفظي سير، وقوله فيه: فإذا حضر الحد.. إلخ ظاهر جداً إن لم يكن صريحاً في أن الوكيل مفوض إليه الإثبات والاستيفاء معاً، لأن الحضور إنما يوصف به ما يتوقع إتيانه وإنما يتوقع إذا كان وكّله فيه مع الإثبات، ولأنه أدخل عليه الفاء، وإذا الدالتين على التفريع والتحقق فهذه ثلاث دلالات على ما قلته وهذا واضح، والله أعلم.

هذا وقد استدلل البيهقي على التوكيل في الخصومات بحديث الصحيحين في قتل عبد الله بن سهل أن عبد الرحمن بن سهل شرع يتكلم فقال رسول الله ﷺ: «الكُبْرُ الكُبْرُ» أي قدّم من هُما أكبر منك فتكلم مُحِيصَةً وحُويصَةً، وأخرج أيضاً من طريق الحاكم عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه قال: كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عَقِيل بن أبي طالب فلما كبر عَقِيل وكَلَنِي، ويُقاس غير ما فيه خبرٌ عليه.

قال المصنف رحمته:

(وفي تملك المباحات كالصيد والحشيش والمياه) كذا في النسخ المجردة، ونسخة الفيض تملك بوزن تفعيل، والمقام لتملك بصيغة التفعّل وهو الذي في التنبيه

والروضة والروض والمنهاج والمنهج فإن كانت الياء التحتية من المصنف عمداً
احتمل أنه قدّر أن الشخص إذا كان يسعى ويكتسب بنفسه فكأنه يملك نفسه ذلك
الشيء المكتسب تجريداً أو كما يقال: أغنى نفسه. فإذا وكل غيره فقد أنابه في تملكه
هو ذلك الشيء أو اعتبر أن تملك الوكيل بقصده تملك له في الواقع، ثم وجدت
للمصنف سلفاً فيما عبر به وهو صاحب التهذيب (ص ٢١٠) ولفظ تملك مضاف
لمفعوله الثاني، والأول محذوف تقديره وفي تملكه المباحات قال في الروضة: في
التوكيل في تملك المباحات... وجهان: أصحهما: الجواز فيحصل الملك للموكل
إذا قصد الوكيل له، لأنه أحد أسباب الملك فأشبهه الشراء، ثم ذكر النووي أن
الخلاص قولان مشهوران لا وجهان قالوا: ولو استأجره ليحتطب له أو ليستقي له قال
في التهذيب هو على الوجهين: أي فالأصح الجواز.

قال المصنف رحمه الله:

(وأما حقوق الله تعالى ف) ينظر فيها (إن كانت عبادة) أي جنس عبادة (لم يجز)
التوكيل فيها لفوات المقصود منها وهو امتحان المكلف بها بسبب التوكيل فيمتنع (إلا
في تفرقة الزكاة) والكفارة والصدقة (والحج) والعمرة (وذبح الأضحية) والهدي
وركعتي الطواف تبعاً للحج من الأجير والصوم عن الميت على القديم الأظهر كما
مضى (وإن كان) الحق المفهوم في ضمن الحقوق فالضمير إلى بعض ما ذكره أولاً
أو إلى الجنس كما في حديث: «أفضل نساء ركب الإبل نساء قريش أخناه على ولد
وأزعه على زوج في ذات يده» أي وإن كان حق الله (حداً) كحد الزنا وشرب المسكر
(جواز) التوكيل من الحاكم (في استيفائه) أي تنفيذه بعد ثبوته عنده بيينة أو إقرار (دون
إثباته) عنده لبناء حقوقه تعالى على الستر والمساهلة بدليل نحو ترديد ما عر أربع مرات
وإرشاده بلا تصريح إلى المخارج من النبي ﷺ كما ثبت في الصحيح.

قال المصنف رحمه الله:

(وشروطها) أي ومن شروطها بمعنى الأمور التي لا بد منها (الإيجاب) من قبل
الموكل (باللفظ) متعلق بالإيجاب لأنه بمعنى الإثبات والإيتاء (من غير تعليق) لها

(كوكلتك) في بيع كذا بكذا أو في شراء كذا بكذا مثلاً أو فوضت ذلك إليك أو أنبتك أو أنت وكيل في فيه ونحو ذلك ويصح بلفظ الطلب مثل اشتر (أو بع هذا الثوب) مثلاً، وتكفي الكتابة والرسالة عن اللفظ.

تنبيه: لم أجد كلاماً على مثل قول المصنف من غير تعليق مع كثرته في الكلام، ويمكن أن تكون من لا ابتداء الغاية كما قيل به في قوله تعالى: ﴿وَادْعُوا شُهَدَاءَكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٣] فيجعل التنجيز والتعليق مكانين اعتباريين وكل منهما مغاير للآخر فالمعنى: الإيجاب باللفظ مبتدأ من المكان الذي هو غير تعليق وهو التنجيز ويحتمل كونها بمعنى في أي واقعا في غير تعليق هذان إذا أبقينا التعليق على مصدريته فإن جعلناه اسماً للفظ المعلق به فمن لبيان جنس اللفظ، والله أعلم، وتحتمل زيادتها وغير منصوب على الحالية، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(والقبول) وهو معطوف على الإيجاب أي ومن شروطها القبول (باللفظ) كتوكلت ونعم (أو الفعل وهو امتثال ما وكل به) أي فيه كما في نسخة الفيض ويمكن أن يضمن وكُل معنى أمر مثلاً ويُعدى بالباء. قال الجوهري في الصحاح: وامثل أمره أي احتذاه. وفي المعجم الوسيط: أطاعه واحتذاه (ولا يشترط الفور في القبول) قال في الروضة: وأما القبول فيطلق بمعنيين: أحدهما: الرضى والرغبة فيما فوض إليه، ونقيضه الرد. والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول... وأما المعنى الثاني: وهو القبول لفظاً ففيه أوجه: أحدها: لا يشترط، فإن شرطناه فهل يشترط على الفور أم في المجلس، وإن طال أم يجوز أبداً وإن فارق المجلس كالوصية؟ فيه أوجه: الصحيح الثالث، وأما القبول بالمعنى الأول فلا يشترط فيه التعجيل بلا خلاف، وإذا لم نشرط القبول فوكله والوكيل لا يعلم ثبتت وكالته على الأصح فعلى هذا لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة ثم بان وكيلاً ففي صحة تصرفه الخلاف السابق فيمن باع مال أبيه يظنه حياً فإن ميتاً أي فالأصح صحته.

وعبارة الروض: الركن الرابع: الصيغة فيشترط الإيجاب كوكلتك وفوضت إليك وبع وأعتق، ويصح القبول بالرضى والامتثال على التراخي ولو لم يتلفظ، قال شارحه: بما يدل على الرضى سواء أوجد الرضى أم لا كأن أكرهه حتى تصرف له، وذلك لأن الوكالة إباحة ورفع حجر كإباحة الطعام فلا يتعين فيها القبول باللفظ، نعم لو كان لإنسان عينٌ مُعارة أو مؤجرة أو مغصوبة فوهبها لآخر فقبلها وأذن له في قبضها ثم وكل الموهوب له من هي بيده في قبضها اشترط القبول لفظاً، ولا يكفي الفعل وهو الإمساك لأنه استدامة لما سبق. ا.هـ، وأفاد الرملي في حواشيه أن محل الاكتفاء بالفعل فيما إذا كانت الوكالة بلا جُعل فالوكيل يجعل لا بُدَّ من قبوله لفظاً إن كان الإيجاب بصيغة العقد لا بصيغة الأمر كالقراض بل أولى.

ونقل عن النووي في نكت التنبيه أن القبول بالفعل هو أن يتصرف فيما أذن له فيه وهو يوافق تعبير المصنف بالامتثال والذي ورد في المنهاج مع التحفة ما يلي:

ولا يشترط القبول لفظاً بل ألا يردَّ وإن أكرهه الموكل ولا يشترط هنا فور ولا مجلس... إلخ، ومثله في النهاية فلوردها لفظاً ثم ندم فقبل لم تحصل بذلك بل يحتاج إلى إذن جديد، فإن كان المصنف أراد بالامتثال عدم الرد فهو تعبير بالملزوم عن اللازم لكن ذلك احتمال بعيد فالظاهر أنه تبع ظاهر التنبيه والمهذب وعبارة الأول: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول، ويجوز القبول فيه بالقول والفعل، والثاني: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة... ثم قال: ويجوز القبول بالفعل لأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالإذن في أكل الطعام. ا.هـ، وزاد التفسير من عنده، والله أعلم، وهو مسبوق إلى التعبير بالامتثال فقد عبر به الغزالي في الوجيز والرافعي في الشرح الكبير ولي في تسمية المكروه وكياًلاً نظراً.

وهذه عبارة الوسيط: الركن الرابع: الصيغة، وفيه مسألتان: إحداهما: أن الإيجاب لا بُدَّ منه... وفي القبول ثلاثة أوجه: أحدها: لا يشترط لأنه تسليط وإباحة فأشبهه إباحة الطعام، وفي طريقة العراق أنه لا بُدَّ من القبول ثم يكفي التراضي والقبول بالفعل وهذا

عين إسقاط القبول بتنزيله منزلة الإباحة، والثاني أنه يشترط لأنه عقد كالعقود، والثالث: قال القاضي: إن قال: بع وطلق... مثلا فهو كالإباحة، وإن قال: وكلتك أو أنبتك فهذا من حيث الصيغة يستدعي قبولا لينتظم. ا.هـ. وقال في الوجيز: الأعدل هو الثالث فنقل الرافي في شرحه عن صاحب التتمة أنه قال: والمذهب أنه لا يعتبر في الوكالة القبول لفظا. قال الرافي: وهذا ما أجاب به في التهذيب وآخرون، وإن مال صاحب الكتاب [الوجيز] إلى الوجه الفارق وسماه أعدل الوجوه. ا.هـ.

أقول: نسخة من التهذيب عندي ونص عبارته هكذا: فإذا وكل وكيلاً في شيء لا يشترط أن يقول الوكيل بلسانه: قبلت بل بمجرد قوله: وكلتك في كذا يصير مأذونا له فيه، واشتغاله بالعمل قبول إلا أن يرده فيقول: لا أفعل فلا يكون وكيلاً، ولفظ التوكيل ليس بشرط بل إذا قال: بع مالي أو افعل كذا كان مأذونا، وامتنال الأمر لا يكون على الفور. انتهت. وهي عبارة سليمة محررة في رأيي.

هذا وقد أفهم قول المصنف فيما سبق: من غير تعليق أن الوكالة لا تنعقد إذا علقها على شيء وهو كذلك (فإن نجزها) أي الوكالة (و) لكن (علق التصرف) أي الفعل المأذون فيه (على) حصول (شرط) أي علامة (جاز) أي صح التوكيل، وذلك (كقوله: وكلتك) الآن في بيع كذا (ولا تبع إلى شهر) أو (إلا بعد شهر) أو (إلا بعد قدوم فلان مثلا، أما تعليق الوكالة فكقوله: إذا قدم فلان أو انقضى الشهر فقد وكلتك أو أنت وكيل في كذا فلا تصح الوكالة، لكن لو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط صح تصرفه لقيام الإذن، فإن كان التوكيل بجعل عدل عنه إلى أجره المثل كما إذا شرط في النكاح شرط فاسد يفسد الصداق ويجب مهر المثل.

قال المصنف رحمه الله:

(وليس للوكيل أن يوكل) غيره في ذلك الفعل الذي وكل فيه (إلا بإذن) من الموكل فيصح توكيله فإن عين له شخصا وكله وإن كان غير أمين ولا يعدل عنه وإن لم يعين له لم يوكل إلا أمينا فإن قال: وكل عني، أو أطلق فالثاني وكيل الموكل فهو الذي يعزله إن شاء لا الوكيل الأول، وإن قال: وكل عن نفسك فالثاني وكيل الوكيل

قال سم العبادي في الأولى: ولا يجوز أيضًا أن يوكل وكيلًا في أحد الطرفين ويتولى هو الطرف الآخر ولا أن يوكل وكيلين في الطرفين أخذا مما يأتي في النكاح...

قال المصنف رحمته:

(ولا) أن يبيع (بدون ثمن مثله) بقدر لا يتسامح به كاثنين من عشرة بخلاف ما يتسامح به كبيع ما يساوي عشرة بتسعة، وليس المدار على هذه النسبة بل على العرف السائد في ناحية البيع في مثل ذلك المبيع فالتمثيل بذلك تقريبي وكذلك ليس له أن يبيع بثمن المثل مع وجود راغب بأكثر منه موثوق به وبحل ماله بل يجب الفسخ إن وجد ذلك في زمن الخيار والبيع له فإن لم يفعل انفسخ بنفسه، وقد قيد صاحب شرح الروض وتبعه الخطيب الزيادة بما لا يتغابن بمثلها كالمسألة السابقة وسكت عنه الرملي في حواشيه وذلك يفهم أيضًا من قول التحفة والنهاية: يأتي هنا جميع ما مر في عدل الرهن، وفي نقل الشرواني هنا عن سم وع ش تقصير يعلم بمراجعة حواشيهما على التحفة والنهاية.

قال المصنف رحمته:

(ولا) أن يبيع (ب) ثمن (مؤجل ولا بغير نقد البلد) أي بلد البيع لا بلد التوكيل، نعم إن نقله إلى موضع بغير إذن فالمعتبر البلد الذي حقه البيع فيه، فإن كان نقدان فأكثر اعتبر الأغلب فإن لم يكن غالب فالأنفع للموكل فإن لم يكن خير في البيع بأي شيء فإن باع بهما جاز عند الرملي وحج، وذلك لأن العرف جارٍ بذلك فيحمل عليه الإطلاق قال في التحفة: والمراد بنقد البلد ما يتعامل به أهلها نقداً كان أو عرضاً لدلالة القرينة العرفية عليه.

وقول المصنف: (إلا) وقت (أن يأذن له في ذلك) راجع إلى البيع بدون ثمن المثل وما بعده أي فإنه يصح لأن المنع كان لحقه فإذا أسقطه سقط، أما إذا فعل ما منعه منه بلا إذن وسلم المبيع دخل في ضمانه فيغرم قيمته يوم التسليم للحيلولة، ولو كان المبيع مثلياً لتعديه بذلك التسليم وعليه استرداده إن لم يتلف وله بيعه بالإذن السابق وقبض الثمن ويده يد أمانة عليه فإن تلف غرم الموكل من شاء من الوكيل والمشتري

والقرارُ على الثاني فيضمن المثلي بمثله والمتقوم بقيمته، قال البجيرمي نقلا عن الزَيَّادي: والمعتمد أن الوكيل يُطالبُ بالقيمة مطلقا أي سواء كان باقيا أو تالفا مثليا أو متقوما لأنه يغرمها للحيلولة، وأما المشتري فيطالبُ ببدله من مثل أو قيمة إن كان تالفا لأن عليه قرار الضمان، ونقل أيضا عن القليوبي نحوه وزاد فإذا رُدَّ رجع مَنْ غَرِمَ منهما القيمة بها والمغرومُ في جميع ما ذكر قيمة واحدة إما من الوكيل وإما من المشتري لا قيمتان منهما كما تُوهَّم... نعم يجوز أن يغرم كل منهما نصف القيمة قالوا: وللموكل التصرف فيما أخذه لأنه يملكه ملك القرض.

فرع: إذا قال له: بعه بكم شئت جاز له البيع بالغبن الفاحش لا بالمؤجل ولا بغير نقد البلد، وإن قال له: بع بما شئت فله البيع بغير نقد البلد لا بالغبن والنسيئة، وإن قال: بع كيف شئت فله البيع بالمؤجل لا بالغبن ولا بغير نقد البلد.

ثم شرع المصنف في ذكر أحكام المخالفة لنص الموكل فقال: (ولو نص له على جنس الثمن) أي عين له جنسه (فخالف) نصه (لم يصح البيع كـ) أن قال له: (بع بألف درهم فباع بألف دينار) إذ قد يكون للموكل غرض في الجنس الذي عينه، وأفاد المثال أن عدم الصحة يشمل العدول إلى الأنفع كغيره، وقد نص عليه كذلك في التنبيه (وإن نص) له (على) الجنس و(القدر) الذي يبيع به (فزاد) في القدر (من) ذلك (الجنس صح) لأنه حصل غرض الموكل وزاده خيرا (إلا إن نهاه) عن الزيادة أو عين شخصا فلا يصح لأن التصحيح في المستثنى منه مبني على العرف والعادة فإذا نهاه عن الزيادة فقد أعلن خروجه عن المألوف فيجب على الوكيل احتذاء أمره، فمتى خالفه لم يصح، وأما في تعيين الشخص فقد يقصد إرفاقه، ويجوز في «أن» من قوله إلا إن نهاه فتح الهمزة وكسرهما ويكون على الأول من استثناء المفرد وعلى الثاني من استثناء الجملة، ولو كانت الزيادة من غير الجنس كأن أمره بالبيع بألف فباع بألف وثوب، قال في التنبيه: فقد قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز وجنح النووي في زيادة الروضة إلى الصحة فقال: وينبغي أن يكون الأصح الصحة، وجزم ابن المقري في الروض بالصحة، ولو قال له: بع بمؤجل وقدر له الأجل فباع بحال أو بأجل أقل

بقيمة المؤجل صح، وكذا بالقدر الذي حدده المؤجل للثمن، ولو قال: اشتر بحال فاشترى بمؤجل بقيمته صح إن لم يتعلق بالحلول أو التأجيل غرض للموكل (ولو قال: اشتر لي) كذا وكذا (بمائة فاشترى ما يساويها بدون مائة) المقام للإضمار (صح) إن لم ينهه عن الزيادة (وإن اشترى بمائتين ما يساوي مائتين فلا) يصح لأنه يزيد كلفه، أو قد يتعلق بذات المائة له غرض صحيح، ولو قال له: اشتر بمائة ولا تشتربخمسين فله الشراء بما فوق الخمسين إلى المائة لا بالخمسين وما دونها أو فوق المائة وفيما دون الخمسين الوجهان. كذا في التهذيب والروضة. وأطلق شارح الروض قوله: جاز الشراء بالمائة وما بينها وبين الخمسين لا بما عدا ذلك وعزاه إلى الروضة وتبعه على قوله: لا بما عدا ذلك صاحب النهاية.

(وإن قال له: اشتر بهذا الدينار) مثلاً (شاة) صفتها كيت وكيت (فاشترى به شاتين) بالصفة التي وصفها الموكل (تساوي كل واحدة ديناراً صح) شراؤه (وكانتا للموكل) في الأظهر لأنه حصل غرض الموكل وزاد خيراً وهما نماء ملك الموكل (وإن لم تساو كل واحدة) منهما (ديناراً لم يصح العقد) المعنى أنه إذا لم تُساو أي واحدة منهما ديناراً وإن ساواته معا أو زادتا عليه لم يصح لأنه لم يحصل غرض الموكل.

والقاعدة التي ذكرها الشيخ عبد القاهر الجرجاني وتناقأها علماء البلاغة أن النفي إذا تقدم على كل كان لسلب العموم لا لعموم السلب، وإذا تأخر كان بالعكس: أكثرية لا كلية بدليل قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ﴾ [الحديد: ٢٣]، ﴿لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ [البقرة: ٢٧٦]، ﴿وَلَا تُطِعْ كُلَّ حَلَّافٍ مَّهِينٍ﴾ [القلم: ١٠]، فلتراجع كتب البلاغة، أما إذا ساوت واحدة منهما ديناراً دون الأخرى فالأصح من طريقتين صحة العقد وحصول الملك فيهما للموكل أيضاً، وذلك إذا اشتراهما في صفقة واحدة وإلا كانت المساوية للموكل وإن تأخرت، والأخرى للوكيل إن اشتراها في الذمة، وإن سمى الموكل وإن اشتراها بعين مال الموكل لم يصح عقدها، هذا ما اعتمده الرملي وع ش.

أما ابن حجر فقال في التحفة: ويظهر أنه لا بد من شرائهما في عقد واحد أو تكون المساوية هي المشترأة أولاً. وحيث وقعتا للموكل فباع الوكيل إحداهما بغير إذن

الموكل، قال في الروضة: ففي صحة بيعه قولان: أحدهما: لا. ثانيهما: يوقف على إجازة الموكل. قال النووي في زيادته: الأظهر أنه لا يصح بيعه. اهـ. وقد سبق في بيع الفضولي ذكر حديث عروة البارقي الذي استدلَّ به للقول القديم أنه يوقف على الإجازة وما أجيب به عنه وما في هذا الجواب فليرجع إليه من شاء.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن قال) الموكل لو كيله: (بع) هذا (لزيد) مثلا فالمراد أنه عين له المبيع له (فباعه) (لغيره لم يجز) ولم يصح فيأتي فيه ما سبق وكذا إن قال له: بع يوم كذا فباع في غيره فلا يجوز لا قبله ولا بعده، وكذا المكان وإن لم يظهر تعلق غرض به للموكل، وفي هذا وجه أنه إن لم ينهه عن غيره يصح البيع في غيره لأن تعيينه حينئذ اتفاقي، قال في التحفة: وانتصر له السبكي وغيره ويؤدُّ بمنع كونه اتفاقيا كيف والأغراض أمرها خفي فوجب التقييد بنص الآذن... قال: نعم لو قدر الثمن ولم ينه عن غيره صح البيع في غيره قال: ومع جواز النقل لغيره يضمن. هذا وقد اعتمد ع ش عدم التعيين في الثلاثة إذا دلت قرينة على عدم إرادة التقييد وهو ظاهر من حيث المعنى.

فرع: قال في التهذيب: ولو أطلق التوكيل بالبيع يجب أن يبيع في ذلك البلد فلو حملة إلى بلد آخر صار ضامنا لأنه مخاطر بالمال بإخراجه عن البلد، فلو باعه في تلك البلدة يصح البيع والثمن مضمون عليه لأنه مخاطر به بمفارقة البلد.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن قال) الموكل: (اشتر هذا الثوب) مثلا (فاشتره) له (فوجده معيبا) ولم يكن يعلم به (فله) أي للوكيل (الرد) إن كان اشتره في الذمة وإلا لم يكن له بل لموكله إن كان لم يعلم بعيبه، وعبارة الروض وشرحه: لو اشترى معيبا عالما بعيبه ولو بتعيين الموكل لم يقع عن الموكل وإن ساوى الثمن نظرا للعرف، نعم إن علم بعيب ما عينه وقع له وبطل الشراء أي فيما إذا لم يعلم الموكل بعيب ما عينه إن كان بعين مال الموكل لتقصير الوكيل مع شرائه بما ذكر، وإلا بأن اشتره في الذمة ولم يعلم الموكل

عيبه فيما إذا عينه وقع عن الوكيل لا عن الموكل ولو ساوى الثمن لأن الإطلاق يقتضي السلامة ولا عذر...

أقول: هذا كله في حال علم الوكيل بالعيب حين الشراء.

وإن اشتراه جاهلاً بعيبه وقع للموكل ولو لم يساو الثمن كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً... وللموكل حينئذ وكذا الوكيل الرد للمبيع، أما الموكل فلأنه المالك والضرر لاحقٌ به، وأما الوكيل فلأنه نائبه، ولأننا لو لم نجوزه له فقد يمتنع الموكل من قبوله فيتعذر الرد لكونه فورياً ويبقى للوكيل فيتضرر به.

أقول: هذه مسألة العمدة لقولها: فوجده معيباً - قال أي صاحباً الروض وشرحه: لا إن اشترى المعيب بعين مال الموكل فلا رد له بالعيب لأنه لا يقع له بحال فلا يتضرر به فإن اشتراه في الذمة ورضي به الموكل أو قصّر في الرد لم يرده الوكيل... وإن رضي به الوكيل أو قصّر في الرد رده الموكل لبقاء حقه. هذا إن سماه الوكيل في الشراء أو نواه وصدقه البائع وإلا وقع الشراء للوكيل لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل فانصرف إليه. اهـ. ملخصاً من متن الروض وشرحه مع ما أدخلته في الأثناء للإيضاح.

قال المصنف رحمه الله:

(أو) قال له: (اشتر ثوباً) فلم يعينه كالأولى في كلامه (لم يجز شراء معيب) أي لم يصح عن الموكل لاقتضاء الإطلاق عرفاً السليم إن كان عالماً بالعيب فإن كان الشراء بعين مال الموكل بطل وإلا ففيه التفصيل المذكور آنفاً.

قال في البهجة:

وإن معيباً اشترى والعيب قد	جهلته فلموكلٍ ورد
لا إن رضي موكل فقرّر	كالمُشترى عيّن بالعين اشترى
ورده موكلٌ حيث وقع	عنه وإن رضي وكيل ومنع

وقوله: فلموكل أي فهو لموكل وقوله ورد... إلخ أي ويرد الوكيل إلا إن رضي به

الموكل...

قال المصنف رحمته :

(ويد الوكيل يد أمانة) إطلاق الوكيل ينصرف إلى من اعترف الموكل بوكالته أو ثبتت وكالته بالبينة أو اليمين المردودة أما من ادعى وكالة ولم تثبت وكالته فليس مقصودا بهذا الكلام قال في التهذيب: إذا ادعى على رجل أنه وكله في تصرف وأنكر المدعى عليه فالقول قوله بيمينه وكذلك لو اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها بأن قال الوكيل: وكلتني ببيع ثوب، فقال الموكل: وكلتك ببيع عبد أو قال: وكلتك ببيع بألفين فقال: بل وكلتني بالبيع بألف فالقول قول الموكل بيمينه فمراد المصنف أن من تحققت وكالته فيده يد أمانة على ما فيها (فما يتلف معه) أي عنده (بلا تفريط) أي تقصير منه ولا تعدد (لا يضمنه) وإن كانت وكالته بجعل لأن الأمين لا يضمن، ولأن أصل الوكالة عقد إحسان وتعاون والتضمين يُنْفَر عنه فإن قصر كأن وضعه في محل ثم نسيه أو ضاع منه ولم يعرف كيف ضاع أو تعدى فيه كأن لبس الثوب أو ركب الدابة من غير إذن ولا جريان عُرْفٍ بذلك ضمن ولكن لا يُعزَل بذلك في الأصح لأن الأمانة حكم من أحكام الوكالة فلا يلزم من ارتفاعه بطلانها (والقول) المقبول (في الهلاك) بلا تفريط (والرد) بنفسه على الموكل نفسه للعوض أو المعوض بخلاف الرد بوكيله أو على رسول الموكل مثلا (وما يُدعى) بصيغة المغير أو الأصلي ويكون الفاعل ضمير الموكل المعلوم من المقام أي ونفي ما يُدعى (عليه) أي على الوكيل (من الخيانة) في الموكل فيه (قوله) بيمينه ما لم يثبت تعديه أو خيانتة بالبينة، وقيد ابن حجر تصديقه في الرد بقوله: حيث لم تبطل أمانته وهو المراد بقولي: ما لم يثبت تعديه.. إلخ فإن حصل ذلك لم يقبل قوله في تلف ولا رد للمناقضة، ولو قال الوكيل: أتيت بالتصرف المأذون فيه فأنكره الموكل صدق الموكل بيمينه لاعتضاده بالأصل نعم إن صدق الوكيل دائن في دعواه أداء دين له وكله فيه الموكل صدق فيستحقُّ جُعلاً شُرط له.

ثم شرع المصنف في بيان أن الوكالة جائزة من الطرفين فقال: (ولكل منهما) أي من الموكل والوكيل (الفسخ) للوكالة (فإن عزله) الموكل غائبا مثلا (ولم يعلم)

بعزله (فتصرف) معتقدا بقاء وكالته (لم يصح التصرف) لانتفاء ولايته عليه لكن لا يُصدَّقُ الموكل في قوله بعد التصرف: كنتُ عزلتُه قبله إلا بينة، ولذلك يستحب له الإشهاد على عزله ثم هو باق على أمانته بعد عزله وإن مُنع من التصرف فيه فإن تصرف فيه كأن سلّمه إلى المشتري ضمنه.

(وإن مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه) أو حُجر عليه بسفه أو فلس (انفسخت) الوكالة، وكذا تنسخ بتعمده إنكارها وبزوال ملك الموكل عما وكل فيه أو منفعته كأن يبيعه أو يقفه أو يؤجر ما وكل في بيعه أو يرهنه ويُقبضه، هذا وقد اعتمد ابن حجر كالرملّي أن الإغماء الخفيف بأن كان لا يستغرق وقت فرض صلاة لا يضر هنا ولا في الشركة، وصوّر البجيرمي نقلا عن الشوبري الحجر بالفلس على الوكيل بأن يُوكّل في شراء شيء بعين من ماله هو ثم يحجر عليه قبل الشراء بالفلس فينعزل، ولا يصح فعله لو فعل، أما لو وُكّل بالتصرف في عين من مال الموكل ثم حجر عليه بالفلس فلا ينعزل عنه لأنه لا يضر غرماءه.

ذكر المذاهب في بعض مسائل الوكالة :

ورد في كتاب اختلاف الأئمة العلماء ما يأتي:

اتفقوا على أن الوكالة من العقود الجائزة في الجملة، وأن كل ما جازت فيه النيابة من الحقوق جازت الوكالة فيه...

ثم اختلفوا في توكيل الحاضر إذا لم يرض خصمه، فقال مالك، والشافعي، وأحمد: إنها صحيحة، وقال أبو حنيفة: لا تصح إلا برضاه إلا أن يكون الموكل مريضا أو مسافرا سفرا تقصر فيه الصلاة...

قال: واتفقوا على أنه إذا عزل الموكل الوكيل وعلم بذلك انعزل واختلفوا فيما إذا لم يعلم بعزله أو مات الموكل ولم يعلم بموته الوكيل فقال أبو حنيفة: لا ينعزل بالعزل إلا بعد العلم، وينعزل بالموت وإن لم يعلم، وقال أحمد في إحدى الروايتين واختارها الخرقى: ينعزل في الحالين، وإن لم يعلم، وقال في الرواية الأخرى: لا ينعزل إلا بعد العلم في الحالين، وعن الإمام الشافعي قولان، ولأصحاب مالك

وجهان كالمذهبين.

أقول: ذكر الزحيلي أن الأرجح عند المالكية اشتراط علم الوكيل بالعزل كالحنفية، وأن الأصح عند الشافعية والأرجح عند الحنابلة عدم اشتراطه. هـ. قال الشيباني: واتفقوا على أن إقرار الوكيل على موكله في غير مجلس الحكم لا يقبل بحال ثم اختلفوا فيما إذا أقر عليه في مجلس الحكم فقال أبو حنيفة: الوكيل بالخصومة يصح إقراره على موكل في مجلس القاضي إلا أن يشترط عليه أن لا يقر عليه، وقال الباقر: لا يصح أيضاً كما لو أقر في غير مجلس القاضي.

واختلفوا هل يجوز للقاضي سماع البينة على الوكالة من غير حضور الخصم. فقال أبو حنيفة: لا يسمع إلا بحضور الخصم، وقال الباقر: يسمع بغير حضوره، واختلفوا هل تصح الوكالة في استيفاء القصاص والموكل غير حاضر، فقال أبو حنيفة: لا يصح إلا بحضوره، وقال مالك، والشافعي في أحد قوليه: يصح من غير حضوره وعن أحمد روايتان كالمذهبين أظهرهما أنه يصح من غير حضوره. واتفقوا على أن إقرار الوكيل على موكله بالحدود والقصاص غير مقبول سواء كان في مجلس الحكم أو لا، واختلفوا في حقوق العقد في المعاملات كالمطالبة بالثمن والرد بالعيب هل تتعلق بالوكيل أو بالموكل؟.

فقال أبو حنيفة: إذا لم يقل الوكيل: إني اشتري لفلان فالثمن على الوكيل، وإن قال: اشتريته لفلان فالثمن على فلان، وكذلك في البيع إذا قال: هو لفلان فالعهد على الأمر دون الوكيل، وإن لم يقل ذلك فالعهد على الوكيل، وقال الشافعي، وأحمد: هي متعلقة بالموكل على الإطلاق.

والذي في كتاب الزحيلي أن الفقهاء اتفقوا على أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى موكله تنصرف حقوق العقد إلى الموكل، وإذا أضافه إلى نفسه ترجع الحقوق إليه أي الوكيل عند الجمهور، وعند الحنابلة ترجع إلى الموكل على تفصيل فيه...

قال الشيباني: واختلفوا في شراء الوكيل من نفسه لنفسه فقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك على الإطلاق، وقال مالك: له أن يتناع من نفسه لنفسه بزيادة في الثمن، وعن

أحمد روايتان أنه لا يجوز بحال وهي التي اختارها الخرقى، والأخرى يجوز بأحد شرطين إما أن يزيد في ثمنها أو يوكل غيره في بيعها منه ليكون الإيجاب من الغير. واختلفوا في توكيل الصبي المميز فقال أبو حنيفة، وأحمد: يصح. وقال القاضي عبد الوهاب: لا أعرف فيه نصاً عن مالك، وعندى أنه لا يصح. وقال الشافعي: لا يصح.

وقال أبو محمد بن حزم: لا تجوز وكالة على طلاق، ولا عتق، ولا تدبير، ولا رجعة، ولا إسلام، ولا توبة، ولا إقرار، ولا إنكار، ولا هبة، ولا عفو، ولا إبراء، ولا ضمان، ولا صلح، ولا إنكاح مُطْلَقٍ بغير تسمية المنكحة والناكح. قال: لأن كل ذلك إلزام حكم لم يلزم قط وحل عقد ثابت ونقل ملك بلفظ فلا يجوز أن يتكلم أحد عن أحد إلا حيث أوجب ذلك، ولا نص على جواز الوكالة في شيء من هذه الوجوه، والأصل أن لا يجوز قول أحد على غيره ولا حكمه على غيره لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وكل ما ذكرنا كسب على غيره وحكم بالباطل يمضيه أحد على أحد. هـ. ولا ننسى أنه ينكر القياس فلا جديد في قوله ذلك.

وقال في عزل الوكيل: إن فعله نافذ ما لم يصح عنده أن موكل عزله... وأما كل ما فعله قبل بلوغ الخبر إليه فهو نافذ طالبت المدة أو قصرت، وهكذا القول في القاضي والأمير والوالي ومن يؤلونه ولا فرق لأن عزله بغير أن يُعلمه بعد أن ولاه وأطلقه على البيع والابتياح والتذكية والقصاص والإنكاح... خديعة وغش قال الله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ﴾ [البقرة: ٩]، وقال رسول الله ﷺ: «من غشنا فليس منا» فعزله له باطل إلا أن يقول أو يكتب إليه أو يوصي إليه: إذا بلغك رسولي فقد عزلتك فهذا صحيح فإذا بلغه فقد صح عزله... فقد وافق الحنفية في قولهم، وكذلك كتب الزحيلي في كتابه والله الموفق والمعين.

بابُ الوديعةِ

لا تصحُّ إلا من جائزِ التصرُّفِ عندَ جائزِ التصرُّفِ، فإن أودعَ صبيًّا أو سفيةً عندَ بالغٍ شيئاً فلا يقبلُهُ، فإن قبلَهُ دخلَ في ضمانِهِ، ولا يبرأُ إلا بدفعِهِ لوليِّهِ، فلو ردَّهُ للصبيِّ لم يبرأ، وإن أودعَ بالغٌ عندَ صبيٍّ فتلفَ عندَ الصبيِّ لتفريطٍ أو غيره لم يضمِّنه الصبي، وإن أتلفَهُ ضمِّنَهُ.

ومن عَجَزَ عن حفظِ الوديعةِ حرِّمَ عليه قبولُها، وإن قَدَرَ ولم يثقْ بأمانةِ نفسه وخافَ أن يخونَ كُرهَ له أخذها، فإن وثقَ استحبَّ.

ثم يلزمُهُ الحفظُ في حرزِ مثلها، فإن أرادَ السفرَ أو خافَ الموتَ فليردِّها إلى صاحبها، فإن لم يجدْه ولا وكيلَهُ سلَّمها إلى الحاكم، فإن فُقدَ فإلى أمينٍ، فإن لم يفعلْ فماتَ ولم يوصِ بها، أو سافرَ بها، ضمَّنها، فإن سلَّمها إلى أمينٍ مع وجودِ الحاكمِ ضمَّن، إلا أن يموتَ فجأةً، أو يقعَ في البلدِ نهباً أو حريقاً ولم يتمكنْ من شيءٍ من ذلك فسافرَ بها.

ومتى طلبها المالكُ لزمهُ الردُّ بأن يُخلِّيَ بينهُ وبينها، فإن أخَّرَ بلا عُذرٍ، أو أودعها عندَ غيره بلا سفرٍ ولا ضرورةٍ، أو خلطها بمالٍ له أو للمودعِ أيضاً بحيثُ لا يتميَّزُ، أو استعملها أو أخرجها من الحرزِ ليتتفعَّ بها فلم يتتفعَّ، أو حفظها في دونِ حرزها، أو قال له المالكُ: احفظها في هذا الحرزِ. فوضعها في دونه وهو حرزها أيضاً، ضمَّنها.

ولكلِّ منهما الفسخُ متى شاء، فإن ماتَ أحدهما أو جنَّ أو أغميَ عليه انفسخت، ويدُّ المودعِ أمانةً، فالقولُ في أصلِ الإيداعِ أو في الردِّ أو التلفِ قوله، فلو قال: ما أودعني شيئاً، أو ردَّتها إليك، أو تلَّفتُ بلا تفريطٍ، صدَّقَ بيمينه، ويُشترطُ لفظُ من المودعِ كاستودعتك واستحفظتكَ، ولا يُشترطُ القبولُ، بل يكفي القبضُ.

قال المصنف رحمته :

(باب الوديعه)

قال في المصباح: ودَعْتُهُ أَدَعُهُ وَدَعَا تَرَكَتُهُ... ثم حَكَى عن بعض المتقدمين قوله: وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضي يدع ومصدره واسم الفاعل وقد قرأ مجاهد، وعروة، ومقاتل، وابن أبي عبله، ويزيد النحوي: ﴿مَا وَدَعَكَ رَبُّكَ﴾ [الضحى: ٣] بالتخفيف، وفي الحديث: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات» فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب صلى الله عليه ونقلت من طريق القراء، وقد جاء الماضي في بعض الأشعار وما هذه سبيله فيجوز القول بقله الاستعمال، ولا يجوز القول بالإماتة ووادعته موادعة صالحته. ١.هـ.

أقول: أَدُّكُرُ من الشعر قول من قال:

ليت شعري عن خليلي ما الذي غاله في الحب حتى ودعه

وقد بقي عليه اسم المفعول وقد سُمع في قول شاعر يصف فرسا:

إذا ما استحمّت أرضه من سمائه جرى وهو مودوعٌ وواعدٌ مَصْدَقُ

ذكره السعد في شرحه على تصريف العزّي.

قال صاحب المصباح: والوديعه فعيلة، وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعة وهي الراحة... قال: وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح والاسم الدعة، وهي الراحة وخفض العيش والهاء عوض عن الواو. ١.هـ.

وقال ابن فارس في المقاييس: الواو والبدال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية.

وقال ابن حجر في التحفة: هي لغة: ما وضع عند غير مالكة لحفظه من ودع إذا سكن لأنها ساكنة عند الوديع... وشرعا: العقد المقتضي للاستحفاظ أو العين المستحفظة فهي حقيقة فيهما وتصح إرادتهما وإرادة كل منهما في الترجمة.

ثم عقدها في الحقيقة توكيل من جهة المودع وتوكل من جهة الوديع في حفظ مال

أو اختصاص... والحاجة بل الضرورة داعية إليها وأركانها بمعنى الإيداع أربعة وديعة ومودع ووديع وصيغة. وقال الخطيب في المغني: والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] قال: وهي وإن نزلت في رد مفتاح الكعبة فهي عامة في جميع الأمانات^(١)، وقال غيره: يدل على ذلك صيغة الجمع في الأمانات إضافة إلى الخطاب العام، قال هو: وقوله ﷺ: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ أُوتُوا مِنْ أَمَانَتِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وخبر: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» رواه الحاكم، وقال: على شرط مسلم، وروى البيهقي عن عمر بن الخطاب أنه قال وهو يخطب الناس: لا يعجبناكم من الرجل طنطنته ولكن من أدّى الأمانة وكف عن أعراض الناس فهو الرجل. ١.هـ.

وحديث: «أد الأمانة...» مع كونه صحيح المعنى لم يُحمَد إسناده، قال في التلخيص: رواه أبو داود، والترمذي، والحاكم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه تفرد به طلق بن غنّام عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبي التّياح عن أنس، وفيه أيوب بن سويد مختلف فيه، وذكر الطبراني أنه تفرد به. ١.هـ.

وفي الأول أيضاً قيس بن الربيع، ولكن في معناه أحاديث منها حديث الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان» وهذا لفظ البخاري، وأخرج البيهقي عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في خطبته: «لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له»، وأخرج أيضاً عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «اضمنوا لي سِتّاً أضمن لكم الجنة اصدقوا إذا حدثتم وأوفوا إذا عاهدتم وأدوا إذا ائتمنتم واحفظوا فروجكم وغضوا أبصاركم وكفوا أيديكم» وأخرج من طريق مالك، وما أدراك ما مالك؟ مالك هو النجم السالك بإسناده إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: لا تنظروا إلى صلاة أحد ولا إلى صيامه، ولكن انظروا إلى من إذا حدث صدق، وإذا ائتمن أدّى وإذا أشفى ورع. أشفى صار على شفا المعصية - عصمة بالله - هذا وتناسب أبواب الشركة والوكالة

(١) يعني أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

والوديعة لا يخفى لجمع الأمانة لها وكذا ما في قول المصنف:
 (لا تصح الوديعة) أي الإيداع (إلا من جائز التصرف) وهو - كما تَعَلَّمَ - المكلفُ
 الحر الرشيد عند جائزه أيضًا (فإن أودع) أي أراد أن يودع (صبي أو سفية) وبالأولى
 مجنون (عند بالغ) يعني رشيد (شيئا فلا يقبله) بالجزم على أن لا ناهية لتحسُنَ الفاء،
 وذلك لفقد الشرط المذكور (فإن قبله) منه (دخل في ضمانه) أي مسؤوليته (ولا يبرأ)
 من الضمان (إلا بدفعه لوليّه) الخاص فالعام (فلو رده للصبي) أو من معه (لم يبرأ)
 منه قال في شرح المنهج: نعم إن أخذه منه حِسْبَةً خوفا على تلفه في يده أو أتلفه
 مُودِعَهُ لم يضمنه - يعني ما لم يسقطه على إتلافه وهو غير مميز كما في حواشيه -.

قال المصنف رحمته:

(وإن أودع مالك بالغ) يعني الكامل شيئاً (عند) نحو (صبي) كمجنون (فتلف)
 ذلك الشيء (عند) نحو (الصبي لتفريط) منه أي تقصير (أو غيره) أي غير التفريط ولو
 قال: أو لا كان أولى (لم يضمنه الصبي) ونحوه لأنه لم يُحَدِّثْ فعلاً والحفظ لا يلزمه
 (وإن أتلفه) هو ولو خطأ فيما يبدو لي (ضمنه) في ماله لأن ضمان المتلف من قبيل
 خطاب الوضع وهو لا فرق فيه بين المكلف وغيره كما لو أتلفا مال غيرهما غير
 المودِعَ عندهما بلا تسليطٍ عليه قال في البهجة:

وَضَامِنٌ آخِذُهَا مِنَ السَّفِيهِ وَالطُّفْلِ لَا إِنْ كَانَ لِلْحِسْبَةِ فِيهِ
 وَضَمِنَا إِنْ أَتَلَّفَا الْوَدِيْعَا لَا الْقَرْضَ وَالْمَوْهُوبَ وَالْمَبِيْعَا

قال شارحها: فلا يضمنانها لأن العقد عليها... تسليط على التصرف والاستهلاك
 بخلاف الإيداع، هذا إذا كان المسلط رشيداً وإلا فيضمنانها. ١. هـ. وهذا القيد معتبر في
 عدم الضمان بتلف الوديعة عندهما ولو بلا تفريط أيضاً كما في الحواشي. وعبرة
 التحفة: أما لو أودعه غير مالك أو ناقص فإنه - أي الصبي ونحوه - يضمن بمجرد
 الاستيلاء التام. انتهت.

وقال أيضاً: أما السفية المهمل فالإيداع منه وإليه كسائر تصرفاته فيصح.

قال المصنف رحمته:

(ومن عجز) أي مَنْ عَلِمَ من نفسه العجز (عن حفظ الوديعة) أي ما يُراد إيداعه

عنده (حرم عليه قبولها) لأنه يعرضها للتلف وإن وثق بأمانة نفسه (وإن قدر) على حفظها أي علم القدرة منه على ذلك (و) لكن (لم يثق بأمانة نفسه وخاف أن يخون) فيها، وهذا كالتفسير لعدم وثوقه، وعبارة التحفة: ولم يثق بأمانته فيها حالا أو مستقبلا بأن جوز وقوع الخيانة منه فيها مرجوحا أو على السواء... (كره له أخذها) من مالکها الرشيد الجاهل بحاله حيث لم يتعين عليه قبولها، وقيل: يحرم وعليه كثيرون ويُردُّ بأنه لا يلزم من مجرد الخشية الوقوع ولا ظنه ومن ثم لو غلب على ظنه وقوع الخيانة منه فيها حرم عليه قبولها قطعا كما هو ظاهر، أما غير مالکها كويله فيحرم عليه إيداع من لم يثق بأمانته، وإن ظن عدم الخيانة ويحرم عليه قبولها منه، وأما إذا علم المالك الرشيد بحال الأول أو الثاني فلا حرمة ولا كراهة في قبولها على ما بحثه ابن الرفعة، والذي يتجه في الأول الحرمة عليهما إن كان في ذلك إضاعة مال محرمة قال ابن قاسم: هذا لا يخالف فيه أحد، قال ابن حجر عطفًا على قوله: الحرمة عليهما: وبقاء كراهة القبول في غير ظن الخيانة وحرمة فيها. ا.هـ.

قال الشرواني: اعتمد الرملي والخطيب في المغني وابن قاسم ما بحثه ابن الرفعة. ا.هـ. بمعناه للإيضاح، وعليه مشى شيخ الإسلام في شرح المنهج.

قال المصنف رحمته:

(فإن) قدر على الحفظ و(وثق) بأمانته (استحب) أخذها إن لم يتعين عليه كما في المنهج لخبر مسلم: «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» أما إن تعين عليه بأن لم يكن ثم غيره وخاف ضياعها إن لم يقبلها فيجب عليه القبول لكن لا يجبر على إفاته منافعِهِ هو وحرزه مجانًا فله أخذ الأجرة ولا ينافي تعينه إذ قد تؤخذ على الواجب العيني كسقي البلب للطفل.

قال المصنف رحمته:

(ثم) إذا أخذها (يلزمه الحفظ) لها (في حرز مثلها) عرفا، قال أبو إسحاق في المهذب: ومن قبل الوديعة نظرت: فإن لم يعين المودع الحرز لزمه حفظها في حرز مثلها، فإن أحرزها فتلفت لزمه الضمان لأنه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها

فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أُطلق حُمِلَ على المتعارف وهو حرز المثل... وإذا وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن لأن من رضي بحرز المثل رضي بما فوقه. ا.هـ. والحرز المكان الذي يُحفظ فيه عادةً.

(فإن أراد السفر) ولو قصيرا عند حج (أو خاف) على نفسه (الموت) وكان يجد صاحبها (فليردها إلى صاحبها) أي يُعلِّمه بالحال ويخلي بينه وبينها (فإن لم يجده ولا وكيله سلمها إلى الحاكم) الثقة الأمين لأنه نائب المسلمين بالشرع، ويلزمه القبول والإشهاد عليها كما في التحفة، قال في المهذب: لأنه لا يمكن منعه من السفر ولا قدرة على المالك ولا وكيله فوجب الدفع إلى الحاكم كما لو حضر من يخطب المرأة والوليُّ غائب فإن الحاكم ينوب عنه في التزويج؛ فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله (فإن فقد) الحاكم وقيِّمه (ف)يسلمها (إلى أمين) قال في التحفة: وتكفي فيه العدالة الظاهرة ما لم يتيسر عدل باطنا فيما يظهر، ويكفي في الدفع إلى الأمين أن يدفنها بموضع ويُعلِّم الأمين القريب منه بها وإن لم يُره إيَّاهَا إذا كان المكان محرزا (فإن لم يفعل) ما قدر عليه من ذلك (فمات ولم يوص بها) إلى الحاكم فالإمين . قال في التحفة: والمراد بالوصية الأمر بردها بعد موته من غير أن يسلمها للوصي وإلا كان إيداعا فيضمن به إن كان الوصي غير أمين أو أمكن الرد إلى قاض ويشترط الإشهاد على ذلك وأن يشير لعينها أو يصفها بمميزها.

(أو سافر بها ضمنها) أي دخلت في ضمانه (فإن سلمها إلى أمين مع وجود الحاكم) العدل الأمين وتيسر الدفع له (ضمن) لتقصيره بذلك في حفظها، أما الحاكم الجائر فلا عبرة بوجوده قال في التحفة: ومن ثم حمل الفارقي إطلاقهم على زمنهم، أما في زماننا فلا يضمن بالإيداع لثقة مع وجود القاضي قطعاً لما ظهر من فساد الحكام، واستظهر ابن حجر أن محل العدول بها عن الحاكم الجائر ما لم يخش منه على نفسه أو ماله وإلا فسفره بها مع الأمن خير من دفعها للجائر. ا.هـ.

تنبيه: نقل الشرواني عن نهاية الرملي ما نصه: وهل يلزمه الإشهاد عليه - أي على الأمين بقبضها؟ وجهان حكاهما الماوردي أو جههما عدمه كما في الحاكم ١.١. هـ. قال ع ش: أي فلا يصير ضامنا بترك الإشهاد حيث اعترف الأمين بأخذها أما لو أنكر الأمين أخذها منه لم يُقبل قول الوديع إلا بينة. هذا كله نقلُ الشرواني، ثم محل الضمان عند السفر بها أن يكون الوديع حضريا مقيما، أما إذا كان مسافرا أو منتجعا مسافرا أو انتجع بها فلا ضمان لرضى المودع بذلك حيث أودعه عالما بحاله، ثم استثنى المصنف من قوله: فإن لم يفعل فمات ولم يوص بها ضمن قوله: (إلا أن يموت فجأة) فلا يضمن لعدم التقصير، وهذا الاستثناء يبدو أنه منقطع لأن فرض المسألة أوّلا أنه خاف الموت لاستشعاره به بنزول أسبابه به كالمرض والحرب والهرج والحبس للقتل.

ثم رأيت ذلك في التحفة فالحمد لله، ومثل موت الفجأة القتل غيلة كما ذكره أيضًا. واستثنى المصنف أيضًا من قوله: أو سافر بها صَمِنَهَا قَوْلَهُ: (أو) إلا أن (يقع في البلد نهب أو حريق) أو غارة مثلا (ولم يتمكن من) فعل (شيء من ذلك فسافر بها) فلا يضمن لعذره بل يلزمه السفر بها إذا علم أنه لا ينجيها إلا السفر، وإن كان السفر مخوفا فإن لم يعلم ذلك فإن كان خوف الحضر أشد جاز السفر بها.

قال ابن حجر: ولو قيل: يجب. لم يبعد قال: وما اقتضاه السياق أنه لا بد في نفي الضمان من العذر والعجز المذكورين غير مراد بل العجز كاف. ١.١. هـ. ولو حدث له في الطريق خوف أقام بها فإن هجم عليه قُطِّع فطرحها بمضيعة فضاغت أو دفنها خوفا منهم ثم أضلّها ضمن لتقصيره إذ كان عليه أن يصبر حتى يأخذوها من يده فتصير مضمونة على أخذها. نقله البجيرمي عن النهاية.

قال المصنف رحمته:

(ومتى طلبها) منه (المالك لزمه الرد) له وهو مصور (بأن يخلي بينه وبينها) لا بأن يحملها إلى مكانه ولو قريبا (فإن أخرج) التخلية بعد الطلب المذكور (بلا عذر) له ضمنها فإن كان لعذر كصلاة وأكل واعتكاف قصير لم يضمن بخلاف الاعتكاف

الطويل المتتابع والإحرام فالأوجه أنه يلزمه التوكيل إن وجد أميناً وإلا بعث إلى الحاكم ليردها، فإن لم يفعل ما أمكنه من هذين ضمنها (أو أودعها عند غيره) ولو ولده أو زوجته أو القاضي من غير إذن من المالك (بلا سفر ولا ضرورة) ألجأته إلى الإيداع كمرض ضمنها، لأن المالك لم يرض بيد غيره فيكون طريقاً في الضمان والقرار على من تلفت عنده ويطالب المالك من شاء منهما، وسيأتي في باب الغصب مزيد لذلك إن شاء الله (أو خلطها بمال) كائن (له أو للمودع) بكسر الدال (أيضاً) أي كما أن المحدث عن خلطها: له (بحيث لا يتميز) الخليط (أو استعملها) كأن لبس الثوب أو ركب الدابة لغير ضرورة (أو أخرجها من الحرز لينتفع بها) أي بقصد ذلك لا لنحو مصلحة لها (فلم ينتفع) بها حتى تلفت (أو حفظها) أي وضعها (في دون حرزها) أي في غيره (أو قال المالك: احفظها في هذا الحرز فوضعها في دونه) أي فيما هو دون المعين في الحرزية (وهو) أي الموضوع فيه (حرزها أيضاً) أي كالمأمور به فأولى إن لم يكن حرزها (ضمنها) في هذه الصور المذكورة من قوله: فإن أخرج إلى هنا، وقد قدرت مثله في بعضها تعجيلاً للفائدة، فإن كان المنقول إليه في الأخيرة أحرز من المأمور بالوضع فيه أو مساوياً له فلا يضمن إن لم ينهه عنه، فإن نهاه عنه ضمن إن نقل لغير ضرورة، فإن حصلت ضرورة وجب النقل وضمن بتركه حيث لا ينهي عنه، فإن كان لم يجب النقل، ولم يضمن لا بالنقل ولا بالترك ويطالب الوديع بإثبات الضرورة الحاملة له على النقل بالبينة، وحيث توجه الضمان عليه لم يبرأ منه إلا بتجديد الائتمان من المودع له.

قال المصنف رحمه الله:

(و) الوديعة جائزة من الجانبين (لكل منهما الفسخ) لها (متى شاء) أي أي وقت شاء ويبدو أن هذا الحكم للغالب فلا يرد ما إذا تعين الوديع وكان يترتب على فسخه الضياع مع عدم تضرره ببقائها عنده، ثم رأيت قول التحفة: نعم يحرم الرد حيث وجب القبول ويكون خلاف الأولى حيث ندب ولم يرضه المالك. ١. هـ.

وحكم المودع والوديعة حكم الموكل والوكيل (فإن مات أحدهما أو جن

أو أغمي عليه) أو حجر عليه بسفه (انفسخت) أي انتهى حكمها فيجب إذا كان المودع هو الذي عراه ذلك الرد فوراً إن أمكن على وارثه أو ولي أمره فعلى الحاكم وإلا ضمن ويقوم وارث الوديع أو وليه مقامه.

(ويد المودع) بصيغة اسم المفعول أصلها (أمانة) أي يد أمانة أي غير ضامنة كيد الوكيل؛ لأنه أمين المودع فلو ضمن ما قبل الوديعة أولاً، وقد عقد البيهقي في السنن الكبرى لذلك باباً، وأخرج تحته عن جابر أن أبا بكر رضي الله عنه قضى في وديعة كانت في جراب فضاعت من خرق الجراب أن لا ضمان فيها، وأخرج من طريق سفيان عن جابر - هو الجعفي بينه ابن المنذر - عن القاسم بن عبد الرحمن أن علياً، وابن مسعود رضي الله عنه قالوا: ليس على مؤتمن ضمان، قال: وروينا عن شريح أنه قال: ليس على المستودع غير المغل ضمان، قال في التلخيص: المغل: الخائن، قال البيهقي: ورؤي في ذلك حديث مسند بإسناد ضعيف فأخرج من طريق الدارقطني بإسناده إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضمان على مؤتمن» قال: وروى ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من استودع وديعة فلا ضمان عليه»، وأخرج ابن المنذر عن عبد الله بن عكيم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان لا يضمن الوديعة، قال ابن المنذر: أجمع أكثر أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة حيث يجب أن تحرز ثم تلفت من غير جنابة منه عليها ولا استهلاك لها أن لا ضمان عليه.

قال المصنف رحمته:

(فالقول) المسموع (في أصل الإيداع أو في الرد أو التلف) بلا تعدد (قوله) أي الوديع (فلو قال: ما أودعني شيئاً أو) قال: (رددتها إليك أو) قال: (تلفت) عندي (بلا تفريط) ولا تعدد مني (صدق يمينه) كسائر الأمان، قال في التحفة: فيما إذا لم يذكر سبباً للتلف أو ذكر سبباً خفياً كسرقة بالإجماع، ولا يلزمه بيان السبب ولو نكل عن اليمين على السبب الخفي حلف المالك أنه لا يعلمه وغرمه البدل، فإن ذكر سبباً ظاهراً كحريق فإن عُرِفَ بالبينة أو الاستفاضة وقوعه وعمومه صدق بلا يمين لإغناء

ظاهر الحال عنها، نعم إن احتملت سلامة الوديعة من العام حلف وجوبا وإن عرف وقوعه دون عمومه صدق بيمينه لاحتمال مُدَّعاه، وإن جُهِل السبب الظاهر طوِّب بينة على وقوعه ثم يحلف على تلفها به فإن نكل حلف المالك على نفي العلم ورجع عليه.

قال المصنف رحمته :

(ويشترط لفظ من المودع) أي أو الوديع (كاستودعتك) هذا (واستحفظتكم)ه وأنبتك في حفظه مثلا من المودع، وأودعني هذا مثلا من الوديع (ولا يشترط القبول) لفظا (بل يكفي القبض) من الوديع ولو متراخيا، والإقباض من المودع، ومثل اللفظ الكتابة وإشارة الأخرس كما مضى. قال في التحفة: فالشرط لفظ أحدهما وفعل الآخر لحصول المقصود به وهو ما أشرت إليه بقولي: أو الوديع... إلخ، والله أعلم.

ذكر المذاهب في بعض فروع باب الوديعة :

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة بنفسه في صندوقه أو حانوته أو بيته فتلفت فلا ضمان عليه.

واختلفوا في الرجل يودع الرجل الوديعة فيودعها غيره، فقالت طائفة: هو لها ضامن. هذا قول شريح، وبه قال مالك، والشافعي، والنعمان، وأصحابه، وإسحاق، وحكي ذلك عن الأوزاعي وهذا إذا لم يكن له عذر فإن حضر المودع سفر أو كان له عذر من خراب منزل فأودعها غيره فلا ضمان عليه في قول مالك وهو قول الليث بن سعد، والشافعي، وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه - يعني مطلقا - ووافق بعض الناس ابن أبي ليلى على مذهبه قال: وذلك أن عليه إحرازها وحفظها فإذا كان إحرازها عنده - أي في اعتقاده - أن يدفعها إلى غيره ممن يثق به كان ذلك له، ولا ضمان عليه لأنه لا خلاف بينهم أن عليه أن يحفظها ويحوطها ويحصنها من التلف.

وقد أجاز غير واحد من أهل العلم للمودع أن يدفع الوديعة إلى من يرضى من خدمه وأهله على سبيل ما قد جرت به عادة الناس في منازلهم ومجالسهم، كان الليث بن سعد يقول: إذا أودعه من رضي من أهله فلا ضمان عليه، وقال مالك: إذا

دفعه إلى امرأته لم تضمن. وحكي ذلك عن عبيد الله بن الحسن... وقال النعمان: له أن يدفعها إلى من شاء من عياله الذي يعول، فإن نهاه المودع أن يدفع إلى أحد من عياله فدفعه إليه فإن كان ممن لا بُدَّ منه فلا ضمان عليه وإن كان ممن له بُدٌّ فهو ضامن.

الاختلاف في الرد هل يحلف فيصدق؟

قال ابن المنذر: واختلفوا في المودع يقول للمودع: قد رددتها إليك فقالت طائفة: القول قول المودع مع يمينه هذا، قول سفيان الثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وحكي عن يحيى الأنصاري، وفيه قول ثان قاله مالك قال: إن كان إنما دفع إليه المال بينة فإنه لا يبرأ من المال إلا أن تكون له بينة بالرد، وإن كان رب المال دفع المال بغير بينة فالقول قول المستودع... قال: وحكي عن الأوزاعي أنه لا يقبل إلا ببينة أي مطلقا وإن كان أمينا.

قال ابن المنذر: بالقول الأول أقول لأنهم لما قالوا: إن القول قوله في ضياعها لأنه أمين وجب أن يقولوا ذلك في ردها إذ هو أمين.

قال: واختلفوا إذا قال الوديع: دفعتها إلى فلان بأمرك فأنكر المودع أمره له بذلك فقالت طائفة: القول قول المودع ويضمن الوديع بذلك قال مالك، والشافعي، والثوري، والعنبري، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المستودع مع يمينه ولا ضمان عليه، وقال أحمد بن حنبل: هو مصدق في كلا الأمرين الرد إلى المودع والدفع إلى فلان. قال ابن المنذر: بالقول الأول أقول.

ذكر المذاهب في غلة الوديعة إذا عمل فيها الوديع من غير إذن المالك:

قال ابن المنذر: اختلفوا في المستودع أو المُبْضِع معه يخالفان فيستعملان الوديعة والبضاعة بغير إذن أصحابها. فقالت طائفة: هو ضامن لما تعدى فيه والربح لرب المال كذلك قال ابن عمر، وأبو قلابة، ونافع مولى ابن عمر، وبه قال أحمد، وإسحاق... قال: وكان الشافعي يقول إذ هو بالعراق بهذا المعنى وهذا قول أبي ثور. وقالت طائفة: الربح كله للعامل روينا هذا القول عن ابن عمر، وشريح، وعطاء،

والشعبي، والحسن البصري، ويحيى الأنصاري، وربيعه، ومالك، والثوري [قال]:
الريح له في القضاء وأن يتنزّه عنه أحب إليّ.

وقال الأوزاعي: من ضمن شيئاً فله ربحه وأسلم له أن يتصدق به.

وقال عبيد الله بن الحسن العنبري: من ضمن مالا فله ربحه.

وقالت طائفة: يتصدق بالربح وليس لواحد منهما، وردّ هذا عن الشعبي،
ومجاهد، والنخعي، وحماد، ورؤي معنى ذلك عن أبي العالية، ومكحول، والحكم.

وقال أصحاب الرأي: إذا عمل بالوديعة وربح فيها بلا إذن فهو ضامن للوديعة
والربح له يتصدق به ولا ينبغي له أن يأكله.

الاستدلال:

ذكر ابن المنذر أن أهل القول الأول استدلوا بحديث عروة البارقي الوارد من
طريقه وطريق غيره وهو الذي سبق في بيع الفضولي قالوا: فقد قبض النبي ﷺ الشاة
والدينار فكذلك كل من تعدى في مال فربح فيه فالربح لرب المال قال: واحتج
إسحاق بحديث الصحيحين عن الثلاثة الذين آوهم المبيت إلى غار فسدت عليهم
فم الغار صخرة انحدرت من الجبل فتوسلوا بأعمالهم الصالحة - وفيه أن أحدهم
توسل بتميره أجره عامل استقلها وتركها عنده ثم بعد حين أتاه فطلبها منه فأعطاه كل
ما استثمر من تلك الأجرة فاستاقه كله، وفي آخر الحديث: «ففرج الله عنهم».

قال: واحتج بعضهم بالإجماع على أن من غصب جارية أي مثلاً فتربت عنده
وتعلمت وتأدبت وكبرت حتى صارت قيمتها أضعاف ما كانت عند المالك ليس له
منها شيء ويأخذها المالك بزيادتها الكثيرة، وكذا لو ولدت عند الغاصب أولادا
صاروا كلهم أملاك مالكها، وكذلك المواشي والشجر فكذلك ربح المال لا فرق.

وذكر ابن المنذر أن من قال: يتصدق بالربح احتج بما ورد في حديث عروة من
بعض الطرق أن النبي ﷺ تصدق بالدينار.

قال: واستدل من قال: إن الربح للعامل وليس لرب المال بأن النبي ﷺ نهى عن
ربح ما لم يضمن ورب المال لم يضمن، وإنما الضمان على العامل وبحديث:

«الخراج بالضمان».

قال ابن المنذر: وأصح من هذا كله فذكر الفرق بين أن يشتري الوديع بعين الوديعة فيكون الربح للمودع أو في الذمة وينقدها فلا.. إلخ ما في كتب مذهب الشافعية قال: وهذا قول الشافعي آخر قوله وعليه عوام أصحابه.

وأجاب ابن المنذر عن حديث عروة بأنه ليس من هذا الباب فهو لم يأخذ وديعة ولا غضب مالا إنما اشترى للنبي ﷺ شيئا رءاه صالحا نظرا للنبي ﷺ فرضي به النبي ﷺ ودعا له بالبركة، ولو كان ما فعله تعديا لم يرض به ولنهاء عن أن يعود لمثله، وعن حديث الغار بأنه ليس من هذا الباب أيضا لأن الرجل لم يأخذ ما ليس له ولكن الأجير تركه فلم يخلطه الرجل بماله بل عمل فيه للأجير متطوعا حتى كثر ونما ثم دفعه إليه بكماله، وعن حديث النهي عن ربح ما لم يضمن بأنه عن شيخ مجهول من أهل المدينة.

وأقول: الحديث ثابت بطرقه لكن لا يدل على مدعاهم لأنه بمعنى قوله ما ليس عندك بل جعله ابن حزم دليلا عليهم بأن ما ليس عندك يصدق بغير المملوك، والله أعلم.

بابُ العاريةِ

تصحُّ من كلِّ جائزِ التصرفِ، مالكٌ للمنفعةِ ولو بإجارة. ويجوزُ إعارَةُ كلِّ ما يُنتفعُ به مع بقاء عينه بشرطِ لفظٍ من أحدهما. ويتنفعُ بحسبِ الإذنِ، فيفعلُ المأذونُ فيه أو مثلهُ أو دونهُ إلا أن ينهأه عن الغيرِ، فإن قال: ازرع حنطةً، جازَ الشعيرُ لا عكسهُ، فإن قال: ازرع، وأطلق، زرَع ما شاء، فإن رجَعَ قبلَ وقتِ الحصادِ بقيَ إلى الحصادِ، لكنْ بأجرةٍ إن أذنَ مطلقاً، وبغيرها إن أذنَ في مُعيَّنٍ فزرعهُ. وإن قال: اغرسْ أو ابنِ، ثم رجَعَ، فإن كانَ شرطَ عليه القلْعَ قَلَع، وإن لم يشترطْ واختارَ المُستعيرُ القلْعَ قَلَع، وإن لم يختَرْ فالمُعيرُ بالخيارِ بينَ تَبْقِيَتِهِ بأجرةٍ وبينَ قَلْعِهِ وَضمانِ أَرْضِ ما نَقَصَ بالقلْعِ. وله الرجوعُ في الإعارَةِ متى شاء، إلا أن يُعيرَ أرضاً للدفنِ فإنه لا يرجعُ فيها ما لم يَبْلُ الميْتُ.

والعاريةُ مضمونةٌ، فإن تَلَفَتْ بغيرِ الاستعمالِ المأذونِ فيه ولو بغيرِ تفریطِ ضَمْنِهَا بقيمتِها يومَ التَلَفِ، فإن تَلَفَتْ بالاستعمالِ المأذونِ فيه لم يَضْمَنَّ، ومؤونةُ الرَدِّ على المُستعيرِ، وليسَ له أن يُعيرَ.

قال المصنف رحمه الله:

(باب العارية)

قال في القاموس: العارية مشددة، وقد تخفف وكذا العارة ما تداولوه بينهم ونقل صاحب المصباح والتاج عن الأزهري أنه قال: العارية منسوبة إلى العارة، وهو اسم من الإعاره، تقول: أعرته الشيء أعييره إعاره وعارة كما قالوا: أطعته إطاعة وطاعة وأجبتة إجابة وجابة، قال: وهذا كثير في ذوات الثلاث منها الغارة والدارة والطاقة وما أشبهها، قال في المصباح: والأصل فعلية بفتح العين... وبعد أن حكى عن الأزهري قوله المذكور، قال: وقال الليث: سميت عارية لأنها عار على صاحبها، وقال

الجوهري مثله، وبعضهم يقول: مأخوذ من عارَ الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها قال: وهما غلظ لأن العارية من الواو؛ لأن العرب تقول: هم يتعاورون العواري ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً، والعارُ وعارَ الفرس من الياء فالصحيح ما قاله الأزهري، وقد تخفف العارية في الشعر والجمع العواري بالتخفيف والتشديد على الأصل. ا.هـ. قال شارح الروض: وحقيقتها شرعاً إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧] فسرهُ جمهور المفسرين بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض وخبر الصحيحين: «أنه ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة فركبه». وخبر أبي داود وغيره بإسناد جيد: «أنه ﷺ استعار أدرعاً من صفوان بن أمية يوم حنين فقال: أغضب يا محمد» وروى: «أغضباً» فقال: «بل عارية مضمونة».

قال الروياني وغيره: وكانت واجبة في أول الإسلام للآية السابقة ثم نسخ وجوبها فصارت مستحبة أي أصالة، وإلا فقد تجب كإعارة الثوب لدفع حر أو برد وإعارة الحبل لإنقاذ غريق والسكين لذبح حيوان محترم يُخشى موته، وقد تحرم كإعارة الصيد من المحرم والأمة من الأجنبي وقد تكره كإعارة العبد المسلم من الكافر. هذا كله كلام شارح الروض.

فأما حديث الاستعارة من صفوان، فقال الحافظ في التلخيص: أخرجه أبو داود، وأحمد، والنسائي، والحاكم من حديث صفوان، وأورد له الحاكم شاهداً من حديث ابن عباس، وفي رواية لأبي داود أن الأدرع كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين... قال: وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث.

أقول: حديث ابن عباس عند الحاكم رواه من طريق صالح بن محمد الحافظ حدثنا إسحاق بن عبد الواحد القرشي، حدثنا خالد بن عبد الله، عن خالد الحذاء، عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسناناً في غزوة حنين فقال: يا رسول الله أعارية مؤداة قال: «عارية مؤداة»، قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وقد علق عليه أن الذهبي وافقه على ما قال،

يجلس عليه ولو بالقرينة لم يكن عارية بل مجرد إباحة، وكذا لو قال: أعت أهدك ما لم يصح كما في شرح المنهج.

ثم ذكر المصنف ما يعتبر في المعار بقوله: (ويجوز إعارة كل ما ينتفع به) أي يحل الانتفاع به (مع بقاء عينه) أي إنما تجوز الإعارة إذا كان كذلك لأن المقام مقام البيان فلا تصح إعارة ما لا نفع فيه كحمار زمين، ولا إعارة ما ينتفع به انتفاعا محرما كالبضع وآلات الملاهي، ولا إعارة ما يستهلك في الانتفاع به كالمطعموم، أما إعارة نحو الشاة للبنها والشجرة لثمرها فتصح فالشرط أن لا يكون المعار نفسه مستهلكا لا انتفاء استيفاء عين منه، ولا يشترط تعيين المعار فلو قال: خذ أحد هذين مثلا صحت بخلاف الإجارة لأنها معاوضة، ثم أشار إلى الركن الرابع بقوله: (بشرط لفظ) أو ما في معناه صادر (من أحدهما) دال على الإذن في الانتفاع من جانب المعير مثل أعتك هذا أو أبحثك منفعتة أو دال على طلب الإذن في ذلك من جانب المستعير نحو أعرنى كذا، فلو قال: أعرنى مثلا فأعطاه أو قال المعير أعتك هذا فأخذه ساكتا حصلت العارية، ولا يشترط الفور في ذلك، وترتب على ذلك حكمها فلو ألبسه ثوبا أو بسط لمعين بساطا فهو إباحة على الأصح.

والأكل من ظرف الهدية جائز إن جرت العادة به لكنه مضمون بحكم العارية إن لم يكن للهدية عوض، وإلا فهو غير مضمون بحكم الإجارة الفاسدة فإن لم تجر العادة بالأكل منه فهو مضمون ضمان الغصب في صورتين.

قال ع ش في حاشيته على النهاية: والحاصل أن الظرف أمانة قبل الاستعمال مطلقا ومغضوب بالاستعمال غير المعتاد مطلقا وعارية بالاستعمال المعتاد إن لم يكن عوض وإلا فهو جر إجارة فاسدة، ثم ذكر أن العارية تنتهي بانتهاء الأكل المعتاد.

قال: ويؤخذ من هذا حكم ما يقع كثيرا أن يريد الشراء أي لشيء مما يدفع ظرفه للبائع ويتركه عنده ليجعل فيه ما يبيعه له فقد يتلف عنده وهو أي الحكم أنه أمانة قبل وضع المبيع فيه فلا يضمن إن تلف فإن تلف بعد وضع المبيع فيه أي وقبل العقد فهو مضمون لأنه عارية. ا.هـ. بمعناه.

قال المصنف رحمته :

(وينتفع) المستعير (بحسب الإذن) له أي بقدره (فيفعل المأذون فيه أو مثله أو دونه) في الضرر (إلا أن ينهاه عن الغير) فلا يجوز العدول ولو لما هو دون المأذون فيه (فإن قال: ازرع) في الأرض المَعارة (حنطة جاز) زرعها وزرع ما هو مثلها في الضرر بقول: أهل الخبرة وجاز (الشعير) أي زرعُه لأنه دون الحنطة ضررا (لا عكسه) وهو أن يأذن في زرع الشعير فيزرع الحنطة فلا يجوز، وقد وقع مثل هذا التركيب في المنهج لشيخ الإسلام، ونص عبارته: وله انتفاعٌ مأذونٌ ومثلُه ودونه ضررا إلا إن نهاه فلزراعة بُرٍّ يزرعه وشعيرا وفولاً لا عكسه فقال في شرحه: أي والمستعير لزراعة شعيرٍ أو فول لا يزرع بُرًّا، وقدّر في الأول بقوله: فالمستعير لزراعة برا بلا نهى يزرعه وشعيرا وفولا لا نحو ذرة لأن ضررهما في الأرض دون ضرر البر وضرر نحو الذرة فوقه، وفي الحواشي أن الأقرب أنه إذا استعار لشعير لا يزرع فولاً بخلاف عكسه وأنه حيث زرع ما ليس له زرعه فللمالك قلعه مجاناً، وإن مضت مدة لمثلها أجرة لزم أجرة المثل أي جميع أجرة المثل على المعتمد عند الرملي، وقيل: ما بين زراعة الذرة مثلاً وزراعة البر، وله حينئذ أن يزرع ما أذن له فيه، ولا يكون ذلك رجوعاً من المعير.

قال المصنف رحمته :

(فإن قال) له: (ازرع) أي أذن في الزرع (وأطلق) الإذن عن التقييد بشيء مما يزرع صحَّ (زرع ما شاء) لأن إطلاقه يشعر برضاه بالأصْر فما دونه وإن أعاره الأرض مثلاً، وهي تصلح لأكثر من انتفاع كالغرس والزرع والبناء فلا يصح إطلاق الإذن بل يعين جنسا منها أو يعمم الجميع كقوله: انتفع بما شئت أو كيف شئت (فإن رجع) المعير عن الإعارة في الزرع بعد أن زرع المستعير و(قبل وقت الحصاد) وكان الزرع مما ينقص بالقلع أو القطع قبل الإدراك ولم يُعتد فيه ذلك (بقي) بالبناء للمفعول أو الفاعل مضعفاً أي فعليه تبقية الزرع المذكور (إلى) أول وقت (الحصاد) لأنه

محترم وللزراع أمدٌ يُنتظر (لكن) التبقية (بأجرة) للمدة التي من رجوعه إلى وقت الحصاد (إن أذن مطلقاً) بصيغتي اسمي الفاعل والمفعول فهو على الأول حال من ضمير الفاعل وعلى الثاني مفعول مطلق على النيابة.

(و) هي أي التَّبْقِيَّة (بغيرها) أي كائنةً بلا أجرة (إن) كان (أذن في) زرع (معين) فزرعه) غير مقصر بالتأخير للزراعة ولو لعذر فحيثُ لا يستحق المعير أجرة لمدة التبقية فإن قصر فللمعير قلعه مجاناً وكذا إن زرع غير المعين فطال أمده على مدة المعين.

تنبيه: ما جزم المصنف به من أن الإبقاء في حال زرعه المعين يكون بلا أجرة لم أجده في غيره إلى الآن، وقد ذكر صاحب الفيض أنه تبع فيه صاحب التنبيه، وأنا لم أر ذلك في التنبيه وهو بين يدي الآن، وعبارته: وإن قال: ازرع ولم يُسم شيئاً ثم رجع والزرع قائم، فإن كان مما يحصد قصيلاً حصد وإن لم يحصد ترك إلى الحصاد، وعليه الأجرة من حيثُ، وإن قال: ازرع الحنطة لم يقلع إلى الحصاد. هـ. وهذا لا تصریح فيه بأن الترك يكون بلا أجرة وإن أشعر به ذكره الأجرة في الأول وسكوته عنها في الثاني، وقد ذكر صاحب الفيض أن الفرق بين المعين وغيره حكاه القاضي حسين، ولم يذكر عن حكاه؟ ولا من نقل عن القاضي حسين ذلك، وهذا البغوي تلميذ القاضي حسين ومختصر كلامه لم يذكر في التهذيب هذا التفصيل، وإنما الذي فيه وفي الروضة بعد تصحيح الإبقاء إلى الحصاد مطلقاً هو: هل هذا الإبقاء بأجرة أو لا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، وهو منقول عن المزي وأختره الروياني لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة. وأصحهما: نعم لأنه إنما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع فأشبهه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق فإنَّ عليه نقل متاعه إلى مأمّن بأجرة المثل. هـ. وهذا السياق للروضة، فالله أعلم. وبالجملة فهذا الوجه المفصل إن تحقق وجوده ضعيف غريب، والله أعلم. وقد اعتيد كُتِبُ كلمة ضعيف على قوله: وبغيرها في نواحيننا.

وَيَنْدَرِسُ أثره بقول أهل الخبرة بتلك البقعة، وذلك لأن في النباش هتكاً لحرمة الميت، وقد دفن بحق ولا أجره له ولا لورثته في ذلك، والمراد بالدفن وضْعُهُ في اللحد، وإن لم يُهَلَّ عليه التراب على ما اعتمده الرمليان والخطيب، قال ابن قاسم العبادي: بل يتجه امتناع الرجوع بمجرد إدلائه في القبر، وإن لم يصل إلى أرض القبر لأن في إعادته من هواء القبر إضراراً به. ا.هـ. واعتمد حج في التحفة أن المراد بالدفن المواراة بالتراب، قال: ومثلها سد اللحد وخشية تَهْرِيهِه بنقله من هذا القبر وإن لم يُوارَ أما قبل ما ذكر فيجوز الرجوع.

ومن المستثنيات من جواز الرجوع أن يعير كفناً ويكفَّنَ فيه فلا رجوع له ما لم يندرس أيضاً، وأن يعير سفينة فُتْحَمَلَّ أمتعة محترمةً وتتوسط البحر فلا رجوع له حتى تصل إلى الشط لكن يستحق أجره من حين الرجوع، وأن يعير نحو ثوب لصلاة فرض فلا رجوع له إلى فراغ الصلاة لكن يلزم المستعير الاقتصار على أقل مجزئ من واجباتها، وأن يعير نحو جذع لإسنادٍ جدارٍ مائلٍ فلا يرجع ما لم يُسْتَعْنَ عنه لكن له الأجر في هاتين أيضاً وغير ذلك.

قال المصنف رحمه الله:

(والعارية) بمعنى المعارة (مضمونة) على المستعير من المالك (فإن تلفت) أو نقصت (بغير الاستعمال المأذون فيه ولو بغير تفريط) منه (ضمناها) للخبر السابق: «بل عارية مضمونة» وخبر: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وإنما يضمناها (بقيمتها يوم) أي وقت (التلف) لا بأقصى قيمتها ولا بالمثل في المثلي على ما اعتمده الرملي. واعتمد ابن حجر ضمان المثلية بمثلها (فإن تلفت بالاستعمال المأذون فيه) كلبس الثوب وركوب الدابة ولو من وكيل بعثه في حاجته (لم يضمّن) لتولده من المأذون فيه أما المستعير من مستأجر إجارة صحيحة، أو موصى له أو موقوفٍ عليه مثلاً فلا يضمّن مطلقاً في الأصح لأن يده نائبة عن يد غير ضامنة فكأنها تلفت في اليد الأولى (ومؤنة الرد) إن كانت (على المستعير) من المالك أو نحو المستأجر إذا ردَّ عليه للخبر الثاني السابق آنفاً والرد فوري عند الطلب أو الموت أو الحجر فيرد على الوارث أو الولي

فإن أحر بعد علمه دخلت في ضمانه ووجب عليه الأجرة لمدة التأخير مع مؤنة الرد (وليس) جائزا (له أن يعير) العارية لغيره لعدم ملكه منفعتها، وإنما ملك الانتفاع بها بنفسه ولم يرخص مالكها بغيره فوجب التقيد بحسب الإذن كما مضى.

تتمة: لو قال المالك: آجرتك بكذا، وقال ذو اليد: بل أعرتني صدق ذو اليد بيمينه إن لم تمض مدة لها أجرة لأنه لم يتلف شيئا ويحلف على عدم الإجارة ويرد العين فإن نكل حلف المالك واستحق الأجرة المسماة لاستعمال ملكه وليراجع تهذيب البغوي وروضة الطالبين. أما إن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالمصدق المالك بيمينه كما لو أكل طعام غيره، وقال: كنت أبحتة لي وأنكر المالك فيحلف ما أعرتك بل آجرتك ليستحق الأجرة وهي أجرة المثل فإن نكل لم يحلف ذو اليد لأنه يدعي الإعارة وهي لا تلزم فإن تلفت فذو اليد مقر بالقيمة لمنكر لها يدعي الأجرة فإن كانت الأجرة أكثر من القيمة فلا يحلف على قدر القيمة ويحلف على ما زاد عليها.

ومتى اختلفا في الغصب والإعارة بعد مدة لها أجرة صدق المالك بيمينه فإن تلفت تلفًا يوجب ضمان العارية فله أخذ قيمة وقت التلف بلا يمين ويأخذ الأجرة والزائد بيمينه ولو اختلفا في الغصب والإجارة صدق المالك فله أخذ المسمى بلا يمين ويحلف لباقي أجرة المثل، والله أعلم.

ذكر المذاهب في ضمان العارية:

قال ابن المنذر رحمته الله: أجمع أهل العلم على أن المستعير لا يملك المستعار، وأن له استعماله فيما أُذن له فيه، وأنه إذا أتلّفه ضمنه.

واختلفوا فيما إذا تلف بلا جناية منه. فقالت طائفة: ليس عليه ضمانها روينا عن عليّ، وابن مسعود رضي الله عنهما قالوا: ليس على مؤتمن ضمان، وقد سبق ذكر ذلك في الوديعة، وممن كان يرى أن المستعير لا يضمن الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وشريح، وعمر بن عبد العزيز، وسفيان الثوري، وإسحاق بن راهويه، والنعمان وأصحابه، والأوزاعي.

وقالت طائفة: العارية مضمونة ورد ذلك عن أبي هريرة، وابن عباس، وبه قال

عطاء، والشافعي، وأحمد، وإسحاق.

وفيه قول ثالث: إن كانت العارية مما يظهر تلفها كالرقيق والحيوان والدور فلا ضمان إلا بالتعدي، وإن كانت مما يخفى تلفها كالثياب والحلي والعروض فهو ضامن إلا أن يقيم بينة على تلفها بما يُعذر هو به كآفة سماوية ولم يُقصر، وهذا قول مالك في حكاية ابن القاسم، وابن نافع عنه.

وقولٌ رابع: إن شرط الضمان في العارية ضمن وإلا فلا، وهو قول قتادة وعبيد الله بن الحسن العنبري، وعن أبي الزناد أنه قال: كل العواري مضمونة إلا من موت أو آفة سماوية ونحوه عن ربيعة، وقال عثمان البتي: كل العواري مضمونة إلا الحيوان فإنه إن شرط فيه الضمان ضمن وإلا فلا.

الاحتجاجات:

قال أبو بكر ابن المنذر: احتج الشافعي، وأحمد على مذهبهما بحديث صفوان ابن أمية: «بل عارية مضمونة» قال: وروينا عن النبي ﷺ أنه قال: «العارية مؤداة» فذكر إسناده إلى أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ عام حجة الوداع يقول: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والزعيم غارم» قال: وأما ما روي من قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وذكر إسناده فيه، فهذا حديثٌ قد تكلم في إسناده لأنه من حديث الحسن عن سمرة وقد دفع بعضهم سماعه منه.

وأجاب ابن المنذر عن حديث صفوان بالاضطراب في إسناده وامتته، ثم فيه من بعض الروايات: «إن شئت غرناها لك» ولو كان الضمان لازماً لم يُعلق على مشيئته، وفي بعض رواياته: «عارية مؤداة» وهو غير مدفوع في قول الجميع لأنها تؤدى عندهم ما دامت باقية فإذا تلفت فلا سبيل إلى أدائها، وإذا كان كذلك فغير جائز تضمينها بغير حجة، وقال في حديث أبي أمامة: إنه حديث يجب القول به لكن لا يوجد سبيل إلى أداء ما تلف، وكذلك القول في حديث سمرة إن ثبت قال: ولا حجة مع من أُلزم المستعير قيمتها إذا تلفت من غير جنابة لا من كتاب ولا من سنة ولا إجماع. اهـ.

باختصار وتصرف.

ولا نَسَى أَنَّ ابن المنذر شافعيُّ بمعنى الكلمة لأنه يدور مع الدليل الذي ظهر له، وقد أمر الشافعيُّ بذلك أمرا عاما فأمثاله هم الذين امتثلوا أمره لا مَنْ تعصَّبوا لأقواله مطلقا، والله يغفر للجميع ويرحمنا وإياهم آمين.

وقد أطنب ابن حزم في المحلى في الكلام على حديث صفوان وما له وما عليه ومما قاله: وقد روينا من طريق أحمد بن شعيب - هو النسائي - حدثنا إبراهيم بن المستمّر حدثنا حبان بن هلال حدثنا همام بن يحيى حدثنا قتادة عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال: قال لي رسول الله ﷺ: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا» فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ قال: «بل عارية مؤداة» قال ابن حزم: فهذا حديث حسن ليس في شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره، وأما ما سواه فلا يساوي الاشتغال به، وقد فرق فيه بين الضمان والأداء وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان فبطل كل ما تعلقوا به من النصوص. ١.هـ.

أقول: حديث يعلى بن أمية هذا رواه أيضا أبو داود بنفس إسناده النسائي في الكبرى ولفظه المذكور، وأخرجه الإمام أحمد في المسند عن بهز بن أسد عن همام بن يحيى المذكور بلفظ قال: العارية مؤداة يا رسول الله؟ قال: «نعم» وهذا أولى أن يكون محفوظا من اللفظ الأول لأن إبراهيم بن المستمّر اضطرب في إسناده ومثله كما أورد النسائي ما يدل على ذلك عقب ما ذكره ابن حزم، والله أعلم.

بابُ الغَصْبِ

هو الاستيلاء على حق الغير عُدوانًا، فمن غَصَبَ شيئًا له قيمةٌ - وإن قَلَّتْ - لزمه ردُّه، إلا أن يترتَّبَ على ردِّه تلفُ حيوانٍ أو مالٍ معصومين، مثل: إن غَصَبَ لَوْحًا فسَمَّرَهُ على خَرَقٍ سفينةٍ في وسطِ البحرِ وفيها مالٌ لغيرِ الغاصبِ، أو حيوانٌ معصومٌ، فإن تَلَفَ عندهُ أو أَتْلَفَهُ فَإِنْ كَانَ مِثْلِيَا ضَمِنَهُ بِمِثْلِهِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ المِثْلُ فَالْقِيَمَةُ أَكْثَرُ مَا كَانَتْ مِنَ الغَصْبِ إِلَى تَعَذُّرِ المِثْلِ، وَإِنْ كَانَ مَتَقَوِّمًا ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنَ الغَصْبِ إِلَى التَلْفِ، حَتَّى لَوْ زَادَ عِنْدَ الغاصبِ بَأَن سَمِنَ لَزَمَهُ قِيَمَتُهُ سَمِينًا، سِوَاءٌ هَزَلَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْ لَا.

فإن اختلفا في قدرِ القيمةِ أو في التلْفِ، فالقولُ قولُ الغاصبِ، أو في الردِّ فقولُ المالكِ، وإن ردَّه ناقصُ العينِ أو القيمةِ لعيبٍ، أو ناقصهما ضمنَ الأرضِ، وإن نَقَصَتِ القيمةُ بانخفاضِ السعرِ فقط لم يلزمه شيءٌ، وإن كانَ له منفعةٌ ضمنَ أجرتهُ للمدةِ التي قامَ في يده، سواءً انتفعَ به أم لا، لكن لا يلزمه مهرُ الجاريةِ المغصوبةِ إلا أن يطأها وهي غيرُ مطاوعةٍ.

والمثليُّ هو ما حصره كيلٌ أو وزنٌ وراز فيه السَلَمُ، كالحبوبِ والنقودِ وغيرِ ذلك. والمتقوِّمٌ غيرُ ذلك، كالحيواناتِ والمختلطاتِ كالهريسةِ وغيرِ ذلك. وكلُّ يدٍ ترتبَت على يدِ الغصبِ فهي يدُ ضمانٍ، سواءً علمتُ بالغصبِ أم لا، فللمالكِ أن يُضمِّنَ الأوَّلَ والثاني، لكن إن كانت اليدُ الثانيةُ عالمةً بالغصبِ، أو جاهلةً وهي يدُ ضمانٍ كغصبِ عاريةٍ، أو لم تكن وباشرت الإِتلافَ، فقرارُ الضمانِ على الثاني، أي: إذا غرَّمه المالكُ لا يرجعُ على الأوَّلِ، وإن غرِمَ الأوَّلُ رجَعَ عليه، وإن جهلتُ الغصبَ وهي يدُ أمانةٍ كوديعةٍ، فالقرارُ على الأوَّلِ، أي: إذا غرِمَ الثاني رجَعَ على الأوَّلِ، وإن غرِمَ الأوَّلُ فلا.

وإن غَصَبَ كلبًا فيه منفعةٌ، أو جلدَ ميتةٍ، أو خمرًا من ذمِّيٍّ أو من مسلمٍ وهي محترمةٌ لزمه الردُّ، فإن أَتْلَفَ ذلكَ لم يضمنه، فإن دُبِعَ الجلدُ أو تخللت الخمرةُ فهما للمغصوبِ منه.

قال المصنف رحمته :

(باب الغضب)

قال الفيومي في المصباح: غصبه غصبا من باب ضرب، واغتصبه: أخذه قهرا وظلما والجمع غُصَاب مثل كافر وكفار ويتعدى إلى مفعولين فيقال: غصبتَه ماله وقد تُراد من في المفعول الأول... ومن هنا قيل: غصب الرجل المرأة نفسَهَا واغتصبها إذا زنى بها كرها... والشيء مغصوبٌ وغُصِبٌ تسميةً بالمصدر. ١.هـ. بحذف.

وقال في شرح الروض: هو لغة أخذ الشيء ظلما، وقيل: ... ظلما جهارا و(هو) شرعا (الاستيلاء على حق الغير عدوانا) وفي حواشيه أن إدخال أل على غير ممتنع وإن كثر في السنة الفقهاء. ١.هـ. وفي الجزم بامتناعه بتأنا نظرٌ فقد ذكر الزبيدي في شرح القاموس أن النووي نقل في تهذيبه عن ابن أبي الحسين في شامله أنه قال: منع قوم دخول الألف واللام على غير وكل وبعض لأنها لا تتعرف بالإضافة فلا تتعرف باللام وعندي لا مانع من ذلك لأن اللام ليست فيها للتعريف ولكنها اللام المعاقبة للإضافة نحو قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى﴾ [النازعات: ٤١] أي مأواه، وقد يحمل الغير على الضد... فيصح دخول اللام عليها بهذا المعنى. ١.هـ. وأذكر أني أسلفت كلاما حول ذلك في أوائل هذا الشرح.

ثم الغضب المذكور حرام معدود من الكبائر إلا أن بعضهم قيّد ذلك بربع دينار كقطع السرقة وبعضهم يبلوغ النصاب فإن كان دون ذلك فهو صغيرة وتُقل عن العز ابن عبد السلام أنه حكى الإجماع على أن غصب الحبة وسرقتها كبيرة، وعن الأذري أنه توقف في ذلك.

قال الماوردي في الحاوي: والأصل في تحريم الغضب وحظر الأموال الكتاب والسنة وإجماع الأمة قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ...﴾ إلى قوله: ﴿وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾ [النحل: ٩٠] والغضب من جملة المنكر والبغي، وقال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ...﴾ [النساء: ٢٩]، وقال

تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]، والغضب من جملة الظلم... إلى أن قال: وأما السنة فذكر حديث الصحيحين وغيرهما: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» الحديث. وذكر البيهقي أيضًا ذلك وزاد حديث أبي هريرة الذي فيه: «بِحَسْبِ امْرِئٍ مِنَ الشَّرِّ أَنْ يَحْقِرَ أَخَاهُ الْمُسْلِمَ كُلَّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعَرَضُهُ» وقال: رواه مسلم.

وأخرج من طريق الحاكم عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أنه سمع النبي ﷺ يقول: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا عبًا ولا جادًا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها إليه»، وحديث: «اتقوا الظلم فإن الظلم ظلمات يوم القيامة» قال: رواه مسلم ونحوه عن ابن عمر، وحديث أبي ذر الغفاري: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا» الحديث، وقال: رواه مسلم.

وحديث أبي هريرة مرفوعا: «أَتَدْرُونَ مَنْ الْمَفْلَسُ؟ الْمَفْلَسُ مَنْ أَتَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِصَلَاةٍ وَزَكَاةٍ وَصِيَامٍ وَيَأْتِي قَدْ شَتَمَ هَذَا وَقَذَفَ هَذَا، وَأَكَلَ مَالَ هَذَا وَسَفَكَ دَمَ هَذَا وَضَرَبَ هَذَا فَيُعْطَى هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ فَإِنْ فُيِّتَ حَسَنَاتِهِ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى عَنْهُ مَا عَلَيْهِ أَخَذَ مِنْ خَطَايَاهُمْ فَطُرِحَتْ عَلَيْهِ ثُمَّ طُرِحَ فِي النَّارِ» قال: رواه مسلم، وحديث: «لَتُؤَدَّنَ الْحُقُوقُ إِلَى أَهْلِهَا حَتَّى يُقَادَ لِلشَّاةِ الْجَلْحَاءِ مِنَ الشَّاةِ الْقَرْنَاءِ» قال: رواه مسلم، وقد صدر البيهقي الباب بآية: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَفِيلاً عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ إِنَّمَا يُؤَخِّرُهُمْ لِيَوْمٍ تَشْخَصُ فِيهِ الْأَبْصَارُ﴾ [إبراهيم: ٤٢] وذكر الماوردي حديث عائشة ؓ عن النبي ﷺ قال: «من ظلم قيد شبرٍ من الأرض طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ» أي كُلِّفَ حَمَلَهُ قَالَ: وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى تَحْرِيمِ الْغَضَبِ وَأَنَّ مَنْ فَعَلَهُ مُسْتَحِلًّا كَانَ كَافِرًا، وَمَنْ فَعَلَهُ غَيْرَ مُسْتَحِلًّا كَانَ فَاسِقًا. ١. هـ، وحديث عائشة قال الحافظ: متفق عليه هو وحديث سعيد بن زيد بلفظ: «من اقتطع... إلخ» ورواه البخاري من حديث ابن عمر ومسلم من حديث أبي هريرة، وذكر أنه ورد من أحاديث ثمانية آخرين من الصحابة وعزاها إلى من خرَّجوها فمعناه متواتر عن النبي ﷺ، فهل من مُدَكَّرٍ؟ هذا وقد مثلوا للاستيلاء المذكور بإقامة من سبق إلى مكان مباح كمسجد وسوق

وَلِلْحَقِّ بِالِاخْتِصَاصِ كَكَلْبٍ نَافِعٍ وَزَيْلٍ أَمَّا رُكُوبٌ نَحْوُ الدَّابَّةِ وَالْجُلُوسِ عَلَى الْفَرَاشِ
فَظَاهِرٌ .

قال المصنف رحمه الله:

(فمن غصب شيئاً له قيمة وإن قلت) كفلس (لزمه رده) لمالكه بل يلزمه رد
الاختصاص أيضاً ما بقي وإنما فرض المصنف كلامه في ذلك ليترتب عليه قوله الآتي:
فإن تلف عنده.. إلخ لا للاحتراز من غير ذي القيمة فيجب الرد فوراً (إلا أن يترتب)
أي ينبي ويتفرع (عليه تلف حيوان أو مال معصومين) أي محترمين قال الرملي:
أو اختصاص، وذلك (مثل أن غصب لوحاً) وهو كل صفيحة عريضة من خشب
أو غيره كما في المعجم الوسيط: (فسمره) هو أو غيره أي تثبته بالدق بالمسمار وسمر
من باب قتل ويشدد للمبالغة فإذا شده بالمسمار (على خرق سفينة في وسط البحر)
أي في الماء المغرق والوسط والبحر مثالان لا قيدان (و) الحال ما في قوله: (فيها مال
لغير الغاصب أو حيوان معصوم) أي محترم فلا يجب الرد فوراً بل حين تصل
السفينة إلى الشط وتلزمه القيمة إلى ذلك الوقت للحيلولة والتقييد بكون المال لغير
الغاصب يحتمل أمرين: أحدهما: كون الحكم فيه مقطوعاً به لا في مال الغاصب.
ثانيهما: اتباع عبارة التنبية حيث قيد به أولاً وإن أتبعه بذكر حكم كونه للغاصب على
الترديد ونص عبارته: وإن كان لوحاً فأدخله في سفينة وهي في اللجة وفي السفينة مال
لغير الغاصب أو حيوان لم ينزع، وإن كان فيها مال للغاصب فقد قيل: ينزع. وقيل: لا
ينزع. انتهت.

وقد بسط الكلام على هذه المسألة الشيخان في الروضة فقالا: ولو أدخل لوحاً
مغصوباً في سفينة نُظِرَ إن لم يُخَفَ من النزع هلاكُ نفسٍ ولا مالٌ بأن كانت على
الأرض أو مرساةً على الشط أو أدخله في أعلاها ولم يخف من نزعه غرقاً أو لم يكن
فيها نفس ولا مال ولا خيف هلاك السفينة نفسها لزمه نزعه ورده، فإن كان في لجة
البحر وخيف من النزع هلاك حيوان محترم سواء كان آدمياً الغاصب أو غيره أو غير
آدمي لم ينزع حتى تصل إلى الشط، وإن خيف من النزع هلاك مال إما في السفينة وإما

في غيرها فهو إما للغاصب أو لمن وَضَعَ ماله فيها وهو يعلم أن فيها لوحا مغصوبا فإن كان لهما ففي نزعه وجهان: أحدهما عند الإمام: النزع كما يهدم البناء لرد الخشبة، وأصحهما عند ابن الصباغ وغيره: لا ينزع لأن السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى الشط، وإن كان لغيرهما لم ينزع قطعا. قال النووي: قلت: الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ، والله أعلم، وحيث لا ينزع إلى الشط فتؤخذ القيمة للحيولة إلى أن يتيسر النزع فحينئذ يرد اللوح مع أرش النقص ويسترد القيمة وفيها أي الروضة أن غير المحترم لا يُبالي بهلاكه، ومنه الخنزير والكلب العقور والذي لا منفعة فيه والمرتد على المذهب وبه قطع الأكثرون والحربي والزاني المحصن والمحارب. اهـ. وفي التحفة والنهاية: أن المراد بالشط أقرب شط يمكن الوصول إليه والأمن فيه لا شط مقصده وكالنفس نحو العضو وكل مبيع للتيمم وعلّق ابن قاسم على قولهما: أقرب شط بقوله: أي ولو ما سار منه.

قال المصنف رحمه الله:

(فإن تلف) المغصوب (عنده) أي عند الغاصب والمراد بالعندية ما قبل رده وإقباضه المالك (أو أتلفه) هو غاصبا وكذا في يد المالك نظر (فإن كان مثليا ضمنه بمثله) الباء فيه باء العوض لأنّه في الضمان معناه فكأنه قال: عوضه بمثله (فإن تعذر المثل) بعد أن كان متيسرا عند التلف حسّا بأن لم يوجد فيما دون مسافة القصر من محل الغصب أو الإتلاف إن أتلفه بلا غضب كما في الروض وشرحه أو وجد بأكثر من ثمن المثل (ف) يضمنه (بالقيمة) له كائنة (أكثر ما) أي قيمة (كانت) أي حصلت ووجدت (من الغصب إلى تعذر المثل) لأن وجود المثل كبقاء المغصوب نفسه، وذلك لأنه كان مأمورا برده كل وقت ومنه وقت الزيادة العليا فإذا لم يفعل لزمته تلك القيمة العليا.

وهل المعتبر أقصى قيم المثل أو قيم المغصوب؟ صرح أبو إسحاق بالأول في التنبيه وعبارته: وإن أعوزه المثل أو وجده بأكثر من ثمن المثل ضمنه بقيمة المثل وقت المحاكمة والتأدية، وقيل: يضمنه بقيمة المثل أكثر ما كانت من حين القبض إلى

وقت المحاكمة بالقيمة، وقيل: عليه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى تعذر المثل ١.١.هـ. فقد صرح في الأولين بقيمة المثل.

وعبارة النهاية: والأصح... أن المعتبر أقصى قيمه أي المثل كما صححه السبكي وهو ظاهر كلام الأصحاب وجزم به في التنبية وجرى عليه جماعة... خلافا لبعض المتأخرين القائل بأن المراد المغصوب، لأن المغصوب لا تعتبر الزيادة الحاصلة فيه بعد التلف، قال ع ش: مراده ببعض المتأخرين ابن حجر قال الرملي: أما لو كان المثل مفقودا عند التلف فيجب الأكثر من الغصب إلى التلف.

قال المصنف رحمته:

(وإن كان) التالف أو المتلف (متقوما) بصيغة اسم الفاعل (ضمنه بقيمته) حال كونها (أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف) أو الإتلاف، وإنما ضمن الأكثر لأنه كان مُطالباً برد العين في وقته فإذا لم يفعل كُلفَ بدله إذ ذاك مع كونه متعديا ويضمن في الإتلاف بلا غصبٍ قيمةً وقته أي الإتلاف.

وفّرّع المصنف على اعتبار الأكثر بقوله: (حتى لو زاد) المغصوب كائنا (عند الغاصب بأن) أي كأن (سمن) بوزن كبر المكسور العين أو المضمومها، ويقال في المصدر: سمانة أيضا أي كثر لحمه وشحمه كما في المصباح (لزمه قيمته سميئا) حال من المضاف إليه لأن المضاف كجزئه كما في قوله رحمته: ﴿مَلَّةٌ إِزْهَمَ حَنِيفًا﴾ [البقرة: ١٣٥].

(سواء) أ (هُزِلَ) بصيغة المغير أي نُحِفَ (بعد ذلك أم لا) لوجوب الرد عليه وقت السَّمَنِ فإذا لم يفعل وجب بدله وهو القيمة. وعبارة التنبية: وإن زاد في يده بأن سمن أو تعلم الصنعة أو ولدت الجارية ولدا ضمن ذلك كله فإن سمن ثم هزل ثم سمن ثم هزل يضمن أرش السَّمَيْنِ وقيل: يضمن أكثرهما قيمة ١.١.هـ. ثم وجدته في كلام الإمام الشافعي في الأم والمختصر قال رحمته: ولو غصب جارية تساوى مائة فزادت في يده بتعليم منه أو لسمن واعتناء من ماله حتى صارت تساوى ألفا ثم نقصت بعد ذلك حتى صارت تساوي مائة فإنه يأخذها وتسعمائة معها كما تكون له لو غصبه إياها

وهي تساوي ألفا فنقصت تسعمائة. فقال الماوردي في الحاوي بعد تمهيد وحجاج واستدلال وأخذ وردّ طويل: إنها إذا زادت بعد النقص فإن كانت الزيادة الثانية من جنس الأولى ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن ضمان النقص المتخلل بين الزيادتين غير مضمون على الغاصب لأن ضمان الزيادة لم يفت، والثاني قول أبي سعيد الإصطخري: أنه مضمون عليه فيردها وتسعمائة معها ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته فما طرأ بعده فهو حادث على ملك المغصوب منه فلم يجوز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم قال: ويتفرع على هذين الوجهين ما إذا مات بعد برئها فعلى قول ابن أبي هريرة يضمن ألفا هي قيمتها وعلى قول الإصطخري يضمن ألفا وتسعمائة الألف قيمتها والتسعمائة أرش نقصها. ا.هـ. باختصار وتصرف.

قال المصنف رحمته:

(فإن اختلفا) أي المالك والغاصب (في قدر القيمة) للمغصوب التالف ومُدَّعَى المالك أكثر (أو في التلف) أي تلفه بأن قال المالك: لم يتلف فعليك رده بعينه، وقال الغاصب: قد تلف فعلي قيمة (فالقول) المصدق (قول الغاصب) بيمينه أما في الأولى فلأن الأصل براءة ذمته من الزيادة وعلى المالك البينة ولا تسمع إلا إن قَدَّرت القيمة ولا تقبل على وصف المغصوب ليقومه أهل الخبرة فإن قال الغاصب: لا أعرفها لكنها دون ما ادَّعَى المالك لم يسمع أو قالت بينة المالك: هي أكثر مما حدده الغاصب سُمِعَتْ وكُلِّف الزيادة في دفع القيمة إلى حد لا يقطعون بالزيادة عليه، وأما في الثانية: فلأنه قد يكون صادقا في قوله ويعجز عن البينة فيدوم حبسه

(أو) اختلفا (في الرد) للمغصوب بأن قال الغاصب: رددته عليك، وقال المالك: لا لم تَرُدَّهُ عليّ (ف) المسموع (قول المالك) لأن الأصل عدم الرد ولو رده معيبا، وقال: غصبته هكذا، وقال المالك: بل حَدَّثَ عندك صدق الغاصب بيمينه لا اعتضاده بأصل براءة الذمة (وإن رده) حال كونه (ناقص العين) لا القيمة كأن أغلى الزُّبْد فنقصت عينه دون قيمته (أو) ناقص (القيمة) لا العين (لعيب) حدث به كبرص وجرب (أو

ناقصهما) معا كأن أعلى الزيت فنقصت عينه وقيمته (ضمن الأرش) في هذه الصور لحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن ما ضُمن كُله ضُمن جزؤه ووصفهُ والأرش هو ما بين أعلى قيمة له وما وصلت إليه بالنقص ويرد في نقص عين المثلي مثل الذهب مع أرش نقص القيمة إن كان أكثر كأن غصب صاعا مَبْلُغُ قيمته كذا فأغلاه فرجع إلى نصف صاع قيمته دون نصف المبلغ المذكور، وإن غصب عصيرا فأغلاه فنقص كيله دون قيمته أو رطبا فجفف فصار كذلك لم يغرم أرشا بل عليه رده فقط.

(وإن نقصت القيمة بانخفاض السعر) في السوق (فقط) أي من غير شيء لحق بالمغصوب (لم يلزمه شيء) غير رد العين لأن المسعر هو الله وليس عليه إلا ما تسبب فيه، وبعبارة أخرى: الذي قل في ذلك رغبات المشتري وهي ليست في قدرته، والسعر بالكسر فالسكون حد الثمن القائم وقت التقويم ومنه التسعير الجبري السائد في عالم اليوم وهو أن تحدد الدولة قهرا أثمان الأشياء وتمنع الزيادة فيها وقد سبق حكمه.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن كان له) أي للمغصوب (منفعة) تقصد وتقوم كالدار تسكن والدابة تركب أو تحرث أو تحمل والآلات تؤاجر (ضمن) مع مثله أو قيمته وأرش ناقصه إن نقص (أجرته) المقابلة (للمدة التي قام) أي دام وثبت فيها كائنا (في يده) أي في تسلطه عليه يقال: قام الماء إذا ثبت في مكان ولم يجد مسلكا ولفظ التنييه: أقام بزيادة الهمزة فإن كان للمغصوب أكثر من منفعة لزمته أجره أعلاها أجره إن لم يكن جمعا وإلا فأجرة الجميع فلو تفاوتت أجر أبعاض المدة خص كل بعض بأجرته على الأصح في الروضة و(سواء انتفع) الغاصب (به) أي بالمغصوب ويسمى هذا عندهم تفويتا (أم لا) ويسمونه فواتا والتسوية هنا وفي سابقه إشارة - فيما يبدو - إلى خلاف المذهب سنذكره بمشيئة الله وعونه ثم استدرك التعميم بقوله: (لكن لا يلزمه مهر الجارية المغصوبة) لمالكها (إلا أن يطأها وهي غير مطاوعة) له عليه كأن تكون نائمة أو مستكرهة أما إذا طاعته وهي عاقلة عالمة بالتحريم فهي بغي، و«لا مهر لبغي» فإن كانت بكرا فافتضحها فعليه أرش البكارة مطلقا ولا يسقط به المهر في الأولى لاختلاف أسبابهما، ويتعدد المهر بتعدد الوطاء من العالم المكره ويلزم العالم الحد أيضا.

قال المصنف رحمته :

(والمثلي) في اصطلاح الفقهاء خلافا للاستعمال الإعلامي الذي نسمعه اليوم (ما حصره) إمكانا (كيل أو وزن) أي ما عُدَّ أحدهما حاصرا له (وجاز فيه السلم) السابق بيانه قبل أبواب فليس فيه إحالة على مجهول وذلك (كالحبوب) جمع حب بفتح المهملة أوّله وهو كما قال في المصباح: اسم جنس للحنطة وغيرها مما يكون في السنبل والأكمام والجمع حبوب مثل فلس وفلوس الواحدة حبة وتجمع [على] حَبَّاتٍ على لفظها وعلى حَبَابٍ مثل كلبة وكلاب والحَبُّ بالكسر بَزْرٌ ما لا يُقْتَاتُ مثل بُرور الرياحين الواحدة حَبَّةٌ. ١. هـ. (والنقود) جمع نقد وهو بفتح فسكون كما مرّ مرارا عن المعجم الوسيط: العُملة من الذهب أو الفضة أو غيرها فالحبوب مثال لما يحصره الكيل وكذا الوزن طبعا والنقود مثال لما يحصره الوزن وحده وقوله: (وغير ذلك) تأكيد لمعنى الكاف إشارة إلى كثرة الأمثلة كما يقال. فمن الأول الأدقة والألبان والأدهان والمسك والتبر والتراب ومن الثاني الرصاص والنحاس والحديد والقطن والفواكه وغيرها وخرج بحصر الكيل أو الوزن ما يُعَدُّ وما يُذرع وبجواز السلم فيه نحو المختلطات والمختلفات مما مضى في بابه فذلك ما ذكره في قوله: (والمتقوم غير ذلك كالحيوانات والمختلطات كالهريسة) السابقة أيضا والغالية وقوله: (وغير ذلك) يبدو لي أنه عطف على الحيوانات وعنى به نحو المختلطات وما يعز وجوده أو لا يمكن استيعاب وصفه والمتقوم بكسر الواو اسم فاعل لتقوم أي قبل التقويم، ويقال له: القيمي نسبة إلى القيمة وهو أنسب بالمثلي قال في المصباح: وشيء قيميُّ نسبة إلى القيمة على لفظها لأنه لا وصف له ينضبط به في أصل الخلقة حتى يُنسب إليه بخلاف ماله وصف ينضبط به كالحبوب... فإنه ينسب إلى شكله فيقال: مثلي أي [ما] له مثل... إلخ.

فرع: لو صار المثلي متقوما أو مثليا آخر أو انعكس كأن جعل الدقيق خبزا أو السمسم شيرجا أو الشاة لحمًا ثم تلف رد المثل إلا أن يكون الآخر أغبط ويخير المالك بين المثلين في الثاني أما إذا صار المتقوم متقوما آخر كحلي صيغ من إناء والعكس فيه أقصى القيم.

قال المصنف رحمته :

(وكل يد ترتبت على يد الغاصب) أي حصلت بعد يده على الغصب (فهي يد ضمان) لا أمانة بمعنى أنه يتوجه الغرم على صاحبها (سواء علمت) أي علم صاحبها على حد: ﴿وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢]، ويصح أن يراد باليد الشخص كإطلاق العين على الجاسوس فيكون مجازاً مرسلًا، وقوله: (أم لا) عطف بحذف المعطوف لعلمه من المعطوف عليه، والتقدير أم لا علمت والهمزة مقدرة في المعطوف عليه أي علم صاحب اليد الثاني بالغصب وعدم علمه سيان في حكم الضمان وإذا كان كذلك (فللمالك أن يضمن) أي يغرم بالتضعيف (الأول) وهو الغاصب منه (والثاني) أي ومن بعده فالمراد به مقابل الأول لا خصوص تاليه فمن كان غاصبا يُشَدُّ عليه في الغرم بما سبق آنفاً، ومن ليس غاصبا يتوجه عليه أصل الغرم، ويغرم الغاصب ما زاد عليه (لكن) استدراك لتوهم استقرار الغرم على الجميع أي ليس ذلك على عمومه بل (إن كانت اليد الثانية) أي التي بعد الأولى (عالمة بالغصب) أي يكون العين مغصوبة من مالها (أو جاهلة) به (وهي) أصلاً (يد ضمان) أي من شأنها الضمان فالجملة حال من المعطوف فقط (لَيْدٍ) (غصب أو عارية) أو شراء أو سوم أو قرض فليس التعدي معتبرا فيها ومثلها يد المتهم، وإن كانت يد أمانة على الأصح (أو لم تكن) عالمة بالغصب ولا يد ضمان بأن كانت جاهلة وهي يد أمانة فهذه الجملة معطوفة على جملة الشرط وقوله: (وباشرت الإلتاف) معطوف عليها أو حال من الضمير فيها على حد: ﴿الَّذِينَ قَالُوا لِإِخْوَانِهِمْ وَقَعَدُوا﴾ [آل عمران: ١٦٨] وجواب الشرط قوله: (فقرار الضمان) أي استقراره (على الثاني) أي الأخير وقد فاض من صاحب الفيض هنا شيء يُغْرِقُ الْعَجَبَ^(١). وفسر المصنف جملة الشرط والجواب بقوله (أي: إذا غرمه المالك لا يرجع) بما غرمه (على الأول) أي على السابق لأنه دخل على الضمان والتملك (وأن غرم) المالك (الأول رجع) هذا الأول ببدل غرمه (على

(١) تعبير بديع .

(الثاني) أي على من بعده، وعلى هذا لو قدم الغاصب الطعام الذي غصبه لمالكة فأكله جاهلاً برئ الغاصب (وإن جهلت الغصب) ولم تباشر الاتلاف (وهي) في أصلها (يد أمانة) أي غير ضامنة (ك) يد (وديعة) وإجارة ووكالة (فالقرار) أي قرار الضمان (على الأول) الحقيقي (أي إذا غرم الثاني) أوّلاً (رجع على الأول وإن غرم الأوّل) أوّلاً (فلا يرجع) أي فهو لا يرجع على الثاني لأنه دخل على أن يده نائبة عن يد الغاصب هذا، وقد استثنوا من ذلك يد الحاكم أو نائبه فلا تكون طريقاً للضمان ويد الالتقاط للتملك: يد أمانة قبل التملك ويد ضمان بعده والحاصل أن الأمين الخاص الجاهل يكون مَمَرًا، والمعتدي أو المنتفع يكون للضمان مَقَرًّا.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن غصب) شخص (كلبا فيه منفعة) من نحو حراسة (أو جلد ميتة أو خمرا) أي مائعا مسكرا (من ذمي) لم يتظاهر بها في مكان لم ينفردوا به وهو قيد في الخمر، وقوله: (أو من مسلم) عطف على من ذمي وأعاد الجار إشعارا بأن قوله: (وهي محترمة) حال من مسلم فقط والمحترمة ما هيئت لا لتشرب في إسكارها أما التي للكافر فلا يشترط الاحترام فيها لاعتقاده حل شرب الخمر (لزمه) أي الغاصب المفهوم من قوله: غصب (الرد) لذلك إلى من أخذه منه وهو آثم بفعله ذلك وعليه مؤنة الرد بخلاف الكلب العقور أو الذي لا منفعة فيه بوجهه والخمر غير المحترمة لمسلم فلا يجب ردهما بل يقتل الأول ويريق الخمر على صاحبها إن استطاع ويجوز كسر إنائها إن توقفت الإراقة عليه، أو كان يحتاج فيها إلى وقت طويل يتعطل فيه عن مصالحه وللولاية كسر آلات الخمر زجرا وتأديبا لا للأحاد إذا استطاعوا الإراقة بلا كسر.

فرع ذكره هنا: وهو أنه يلزم المكلف القادر عند أمنه الضرر كسر آلات الملاهي كسر تفصيل لتركيباتها بحيث تحتاج إعادتها لحالتها إلى مؤنة كمؤنة إحداثها أوّلاً فلو زاد على ذلك القدر مع قدرته على الاقتصار عليه ضمن ما فوق المشروع وهذا بالنسبة لأحاد المكلفين لا الولاية ولغير المكلف كسرها ويثاب عليه كالمكلف وليس لأحد منع المميز من ذلك ولا من غيره من إزالة المنكرات.

قال المصنف رحمته :

(فإن أئلف ذلك) أي ما ذُكر من الثلاثة أئِمَّ زيادةً على إثمه بالغصب و(لم يضمه) إذ لا قيمة له (فإن دبغ الجلد) المذكور وهو جلد الميتة (أو تخللت الخمرة) عنده (فهما) أي الجلد المدبوغ والخل (للمغصوب منه) لأنهما فرعاً ما اختص به ومثل ذلك الخمر غير المحترمة إذا تخللت عند الغاصب يلزمه ردها على معتمد الرملي، ولا أجرة للغاصب على دبغه لتعديه ومحل وجوب الرد إذا لم يُعرض المأخوذُ منه عنهما فإن كان ألقاهما وأعرض عنهما فأخذهما آخر وتحوّلاً عنده إلى ما ذُكر فلا رد عليه ولا طلب للآخر. ولو غصب عصيراً فتخمر عنده وجب عليه أن يريقه فإن تخلل عنده وجب رده مع أرش نقصه إن حصل كما يجب رده قبل التخمر، ولو غصب شاة فماتت عنده فسلخ جلدها ودبغه لزمه رده مع قيمتها.

ذكر المذاهب في بعض مسائل الغصب:

اختلفت المذاهب الأربعة في متى يُقوّم المغصوب؟ أي بأيّ قيمه يُغرّم إذا تلف؟ فالمختار عند الحنفية وهو رأي أبي يوسف ومذهب المالكية المعتبرة هي قيمته يوم الغصب. وقال أبو حنيفة: قيمته وقت المحاكمة. وقال محمد: قيمته يوم انقطاع المثل من الأسواق لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة فتضمن الأولى عندهم بقيمتها يوم الاستيلاء عليها، وتضمن الغلة من وقت استغلالها أي بقيمة أول أوقات استغلالها، وأما الشافعية فقد فرغنا أنفاً من تفاصيل مذهبهم.

وأما الحنابلة: فعندهم أن المغصوب إن كان مثلياً فقُد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل لأن القيمة وجبت ذلك الوقت فتقدر بقدرها فيه كتلف المتقوم، وإن كان متقوماً فالواجب قيمته يوم تلفه في بلده من نقده. قال في الإنصاف: وهذا المذهب نقله الجماعة عن الإمام أحمد... وهو الصحيح المشهور...

وقال الشيباني في كتاب اختلاف الأئمة الفقهاء: واختلفوا فيما إذا زاد المغصوب في بدنه أو بتعلم صناعة ثم نقص في يد الغاصب. فقال أبو حنيفة ومالك: لا يضمّن هذه الزيادة، وقال الشافعي، وأحمد: يأخذ صاحبه، ويأخذ من الغاصب قيمة ما زاد.

قال: واختلفوا في منافع الغصب فقال أبو حنيفة: هي غير مضمونة وعن مالك روايات إحداهن وجوب الضمان جملة، والثالثة التفرقة بين ما إذا كانت دارا فسكنها الغاصب بنفسه لم يضمن وإن أكرها ضمن، وعلى ذلك فإن كان حيوانا فركبه لم يضمنه كالعقار وإن أكره ضمن وروي عنه أنه لا يجب الضمان في الحيوان جملة، فأما إذا كان قصد الغاصب المنافع لا الأعيان نحو الذين يسخرون دواب الناس فإنه يوجب ضمان المنافع على الغاصب رواية واحدة، وقال الشافعي، وأحمد في أظهر الروايتين: هي مضمونة.

قال: واختلفوا فيمن غصب عقارا فتلف في يده إما بهدم أو غشيان سيل أو حريق فقال مالك، والشافعي، وأحمد: يضمن القيمة. ورأى أبو حنيفة: أنه إذا لم يكن ذلك بكسبه فلا ضمان عليه.

واختلفوا فيما إذا غصب أرضا فزرعها وأدركها ربها قبل أن يأخذ الغاصب الزرع فقال أبو حنيفة والشافعي: له إجباره على القلع.

وقال مالك: إن كان وقت الزرع لم يفت فللمالك إجباره على القلع، وإن كان قد فات فعنه روايتان: إحداهما: له قلعه، والمشهورة: أنه ليس له قلعه لكن له أجره الأرض. وقال أحمد: ليس له قلعه بلا عوض فإن شاء رب الأرض أن يبقى الزرع بالأجرة إلى وقت الحصاد مع أرش نقص زرعها فعل، وإن شاء دفع إليه قيمة الزرع وكان الزرع لصاحب الأرض قال: وعنه فيما يدفع للغاصب هل هو قيمة الزرع أو قدر ما أنفق على الزرع روايتان.

قال: واختلفوا فيما إذا غير الغاصب المغصوب عن صفته بحيث يزول الاسم وأكثر المنافع المقصودة منه مثل أن يغصب شاة فيذبحها ويشويها أو يطبخها أو حنطة فيطبخها فقال أبو حنيفة: ينقطع حق المغصوب منه بذلك، ويجب على الغاصب أن يتصدق بها لأنه ملكها ملكا حراما. وقال الشافعي، وأحمد في أظهر الروايتين عنه: لا ينقطع حق المغصوب منه بذلك وهي لملكها ويلزم الغاصب أرش النقص، وقد روي عن أحمد كمذهب أبي حنيفة - وقال مالك: المالك مخير بين

أخذ القيمة أكثر ما كانت وأخذ ما وجدته من العين المغصوبة ولا شيء له سواها.
قال: واختلفوا فيمن فتح القفص عن طائر فطار أو حَلَّ عِقَالٍ بغيرِ فشرده. فقال
أبو حنيفة: لا ضمان عليه على كل حال سواء أخرج عقبه أم متراخيا. وقال مالك:
وأحمد عليه الضمان مطلقا وعن الشافعي قولان قديم لا ضمان عليه، وجديد إن طار
عقب الفتح وجب الضمان، وإن وقف ثم طار لم يضمن.
واختلفوا فيما إذا أراق على ذمي خمرا أو قتل خنزيرا فقال الشافعي، وأحمد: لا
ضمان عليه. وقال أبو حنيفة ومالك: يضمن. ا.هـ. بمعناه في بعض.
أقول: والدليل العام على تضمين الغاصب أيًا كان نوعُ غصبه هو ما تقدم. بعضه
في أول الباب من الأدلة العامة والاختلاف في بعض الجزئيات هل تضمن أو لا منشؤه
الاختلاف في هل يدخل هذا الجزئي في كذا؟ أو كذا فلكلَّ وجهه هو مؤلِّها، والله
يجزي جميع علماء الخير خيرا.

باب الشُّفْعَةِ

إنما تجبُ في جزءٍ مُشاعٍ من أرضٍ تحتمِلُ القِسْمَةَ إذا مُلِكتُ بمعاوَضةٍ، فيأخذُها الشريكُ أو الشركاءُ على قَدْرِ حَصَصِهِمْ، بالعَوَضِ الذي استقرَّ عليه العقدُ، والقولُ قولُ المشتري في قَدْرِهِ.

ويُشترطُ اللفظُ: كتملَّكتُ أو أخذتُ بالشفعةِ، ويحبُّ مع ذلك: إما تسليمُ العوضِ إلى المشتري، أو رضاهُ بكونه في ذمَّةِ الشفيعِ، أو قضاءُ القاضي له بالشفعةِ، فحينئذٍ يملكُ.

فإن كانَ ما بذلهُ المشتري مثلياً دفعَ مثلهُ، وإلا فقيمتُهُ حالَ البيعِ، أما المِلكُ المقسومُ، أو البناءُ والغراسُ إذا بيعا منفردَيْنِ، أو ما تبطلُ بالقِسْمَةَ منفعتهُ المقصودةُ، كالبيترِ والطريقِ الضيقِ، أو ما مُلِكَ بغيرِ معاوَضةٍ كالموهوبِ، أو ما لم يُعلمْ قَدْرُ ثمنه، فلا شُفْعَةٌ فيه، وإن بيعَ البناءُ والغراسُ مع الأرضِ أخذهُ بالشفعةِ تبعاً لها.

والشفعةُ على الفورِ، فإذا علِمَ فليبادرْ على العادةِ، فإنَّ آخرَ بلا عُذرٍ سقطتُ، إلا أن يكونَ الثمنُ مؤجلاً فيتخيرُ، إن شاء عَجَلَ وأخذَ، وإن شاء صَبَرَ حتى يحلَّ ويأخذَ. ولو بلغهُ الخبرُ وهو مريضٌ أو محبوسٌ فليوَكِّلْ، فإن لم يفعلْ بطلتُ، فإن لم يقدرْ أو كانَ المُخبرُ صبيّاً، أو غيرَ ثقةٍ، أو أخبرَ وهو مسافرٌ فمسافرٌ في طلبه فهو على شُفْعَتِهِ.

وإن تصرفَ المشتري فبنى أو غرسَ، تخيَّرَ الشفيعُ بينَ تملكِ ما بناه بالقيمةِ وبينَ قلعهِ وضماني أُرْشِهِ، وإن وهبَ المشتري الشَّقَصَ، أو وقَّفهُ، أو باعهُ، أو ردَّه بالعيبِ، فله أن يفسخَ ما فعلهُ المشتري، وله أن يأخذَ منَ المشتري الثاني بما اشترى به. وإذا ماتَ الشفيعُ فللورثةِ الأخذُ، فإن عفا بعضهم أخذَ الباقيونَ الكلَّ أو يدعون.

قال المصنف رحمه الله:

(باب الشُّفْعَةِ)

بضم فسكون، قال في المصباح: شفعتُ الشيءَ شفعا من باب نفع: ضممته إلى

الفرد وشفعت الركعة جعلتها اثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة، وهي مثال غرفة لأن صاحبها يشفع ماله بها وهي اسم للملك المشفوع مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك... وأغرب الفيومي فقال: ولا يعرف لها فعل، وفي تاج العروس أن أخذ الشفعة من معنى الزيادة لأن الطالب يزيد بها في ماله، ونقل ذلك عن ثعلب وعن الراغب نحوه.

وقال شارح الروض: وهي لغة: الضم على الأشهر من شفعت الشيء ضمته فهي ضم نصيب إلى نصيب ومنه شفيع الأذان وشرعا حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض، والأصل فيها خبر البخاري عن جابر رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصُرفَت الطرق فلا شفعة، وفي رواية له: في أرض أو رُبْع أو حائط ولمسلم: قضى بالشفعة في كل شِرْك لم يقسم رُبْعاً أو حائط، ولا يحل له أن يبيع حتى يُؤذَن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، والمعنى فيه دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق في الحصاة الصائرة إليه، والربعة: مؤنث الربع وهو المنزل والحائط: البستان. ١. هـ. وذكر الرملي في حواشيه عليه أن الفارقي صرح بالتحريم لهذا الخبر قال: لكن هذا التحريم لا يمنع صحة العقد لأنه لو فسد لم يأخذ الشفيع بالشفعة، ونقل شارح الروض عن ابن الرفعة قوله في المطلب أن الخبر يقتضي إيجاب استئذان الشريك قبل البيع ولم أظفر به في كلام أحد من أصحابنا وهذا الخبر لا محيد عنه، وقد صح، وقد قال الشافعي: إذا صح الحديث فهو مذهبي فقال شارح الروض: وقد يجاب بحمل عدم الحل في الخبر على خلاف الأولى... وكتب الشويري أن الرملي أشار إلى تصحيح هذا الحمل، وأنا أسأل هنا ما القرينة الصارفة للحديث عن ظاهره إلى ذلك المعنى البعيد؟ وهذا الخبر كما ورد بذلك اللفظ قد ورد بلفظ النهي فرواه النسائي في الكبرى من طريق سفيان عن أبي الزبير، عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أيكم كانت له أرض أو نخل فلا يبيعها حتى يعرضها على شريكه» وبصيغة النهي رواه الحميدي في مسنده فقال: حدثنا سفيان - هو ابن عيينة - حدثنا أبو الزبير غير مرة ولا مرتين أنه سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «أيكم كانت له

أرض أو نخل فلا يبيعها حتى يعرضها على شريكه» على أن نفي الحل أصرح في التحريم من صيغة النهي، وإنما جلبت ذلك لبيان توارد الهيئتين وتعاضدهما على المنع، ومما يدل على شهرة هذا الحديث واستفاضته عن أبي الزبير أن عبد الرزاق أخرجه في مصنفه عن الثوري، وابن جريج عنه، عن جابر بلفظ: «من كانت له شركة في أرض أو رباغ فليس له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذه، وإن شاء تركه» وما حكاه الحميدي بقوله: قال سفيان: وكان الكوفيون يأتون أبا الزبير يسألونه عن هذا الحديث ويقولون: حدثنا به عنك ابن أبي ليلى، ورواه الدارمي بلفظ لا يحل، وفي سننه أنه سئل أتقول بهذا الحديث قال: نعم. ثم وجدته ورد بلفظ الأمر عن ابن عباس رضي الله عنه عند ابن ماجه بإسناد صالح عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من كانت له أرض فأراد بيعها فليعرضها على جاره» وترجم عليه، وعلى لفظ ابن عيينة بقوله: باب من باع رباغاً فليؤذن شريكه، فالظاهر أن الحق مع الفارقي ومن معه، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(إنما تجب) أي تثبت الشفعة فالوجوب لغوي (في جزء مشاع) أي غير مقسوم (من أرض تحتمل القسمة إذا ملكت) أي الجزء وأنت على معنى الأرض أو الحصاة أو القطعة أو البقعة مثلا (بمعاوضة) من بيع أو غيره وعبارة الروض... لا تثبت إلا في أرض وتوابعها المثبتة للدوام كالبناء وتوابعه الداخلة في مطلق البيع من الأبواب والرفوف وحجري الطاحونة والأشجار فاقتصار المصنف على الأرض هنا لأنها الأصل في ذلك وغيرها تابع لها وسيذكره بعد، فلا تثبت في منقول غير تابع لما ذكر وإن بيع معه كأن باع البناء والغراس دون الأرض.

قال شارح الروض: لما مر من الأدلة ولأنه لا يدوم فلا يدوم ضرر الشركة فيه بخلاف ما ذكره ا.هـ. ولم يمر له ما هو صريح في ذلك من الأدلة لكن في التلخيص الحبير أن في مسند البزار من حديث جابر: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» وذكر أن سنده جيد.

وفي متقى الأخبار عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين

الشركاء في الأرضين والدور» قال: رواه عبد الله ابن الإمام أحمد في المسند، قال: وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا قسمت الدار وحُدَّت فلا شفعة فيها» قال: رواه أبو داود، وابن ماجه بمعناه. هـ. فإذا ضم ذلك إلى ذكر الحدود وتصريف الطرق في حديث البخاري تعاضدت على إفادة ذلك، والله أعلم.

وقول المصنف: بمعاوضة، ثبتت الشفعة في البيع منها بالأحاديث السابقة، وقيس غير البيع كالإجارة والإصداق والمخالعة وصلاح المعاوضة على البيع، ومن لا يرى القياس كابن حزم يَقْضُرها على البيع فلا تثبت الشفعة في غير ما ذكر، وسيذكره المصنف فيما بعدُ قال:

(فياخذها) أي الشفعة بمعنى المشفوع ففيه مع ما قبله استخدام إذا الضمير في تجب يرجع إلى الشفعة بمعنى حق التملك ويحتمل رجوع الضمير إلى الجزء بمعنى الحصة فلا استخدام حينئذ، أي فيتملكها (الشريك أو الشركاء) المراد به ما فوق الواحد أخذًا (على قدر حصصهم) وهذا ملاحظ في المعطوف وحده (بالعوض) متعلق بياخذ أي بالمعوض به الشقص (الذي استقر عليه العقد) أي عقد المعاوضة أي بمثله أو قيمته فهو على حذف مضاف، وعند التعدد يوزع العوض على قدر الحصاص (والقول) المصدق مع اليمين عند الاختلاف وفقد البينة (قول المشتري) أي المُعَاوِض لشريك الشفيع أو الشفعاء فيقبل قوله أو قولهم (في قدره) أي العوض لأنه أعلم بما بدّل، فإن ترك بعض الشركاء الشفعة أخذ مريدًا كل الشقص أو تركه كله ولا يُبْعِضُه لإضرار ذلك بنحو المشتري، وإن غاب بعضهم أخذ الحاضر جميع الشقص فإذا حضر الغائب فله أخذ نصيبه منه، وإذا تعدد البائع فللشفيع أخذ نصيب بعضهم وترك غيره لأن الصفقة متعددة بتعدد البائع.

قال المصنف رحمته:

(ويشترط اللفظ) الدال عليها (كتملكت) الشقص المبيع بالشفعة (أو أخذت) (بالشفعة) أو اخترت الأخذ بها وفي معنى اللفظ ما دل على معناه مما مضى بخلاف قوله: أنا مطالب بالشفعة مثلا فلا يجزئ، وإن سلّم العوض إذ لا يدل على إنشاء

التملك (ويجب) أي يشرط (مع ذلك) أي اللفظ وما في معناه أحد ثلاثة أشياء (إما تسليم العوض إلى المشتري) ونحوه (أو رضاه) أي رضا نحو المشتري (بكونه) أي العوض (في ذمة الشفيع أو قضاء القاضي له) أي للشفيع (بالشفعة) أي بثبوتها إذا حضر عنده وأثبت استحقاقه وطلبه لها، ويجب أيضاً كون العوض معلوما للشفيع ورؤيته للشقص المشفوع فإذا تسلم نحو المشتري أو ألزمه القاضي بالتسلم بعد وضع العوض بين يديه بحيث يتمكن من تناوله أو رضي ببقائه في ذمة الطالب حيث لا ربا أو حكم القاضي بذلك مع ذينك (فحينئذ) أي حين إذ توفّر ذلك (يملك) الشفيع الشقص (فإن كان ما بذله المشتري) ومن في معناه (مثليا دفع) الشفيع إليه (مثله وإلا) يكن مثليا (ف) هو يدفع (قيمه) أي المدفوع أي ما يقوم به (حال البيع) أو نحوه من المعاوضات، ولو ملك الشفيع قبل الأخذ نفس العوض الذي بذله نحو المشتري تعين الأخذ به؛ لأن العدول عنه إنما كان لتعذره ولو عوض الشقص مع غيره أخذه بحصته من العوض ويؤخذ الشقص المجعول صدقا أو عوض خلع بمهر المثل.

ثم ذكر المصنف محترزات القيود التي ذكرها في أول الباب فقال: (أما الملك المقسوم) وهو مفهوم قوله: مشاع (أو البناء والغراس إذا بيعا) أي عوضا (منفردين) من الأرض وهما من محترز قوله من أرض وترك غيرهما لفهمه بالأولى (أو ما تبطل بالقسمة منفعته المقصودة) منه لصغره، وذلك (كالبر، والطريق الضيق) بحيث لا يتأتى جعله طريقين مثلا، وترك وصف البر به لدلالة هذا عليه أو لتبادر الضيق من كلمة البر فلا يحتاج إلى وصفها به.

والطريق مما يجوز تذكيره وتأنيته، قال الفيومي في المصباح: والطريق يُذكر في لغة نجد، وبه جاء القرآن في قوله تعالى: ﴿فَأَضْرَبَ لَهُمُ طَرِيقًا فِي الْبَحْرِ يَبَسًا﴾ [طه: ٧٧] ويؤنث في لغة الحجاز. ١.هـ. وكالطريق السبيل والزقاق، قال الفيومي في مادة ز ق ق: قال الأخفش: أهل الحجاز يؤنثون الزقاق، والطريق، والسبيل، والسوق، والصراط، وتميم تُذكر. ١.هـ.

ثم قول المصنف: أو ما تبطل... إلخ محترز قوله: تحتمل القسمة وقوله: (أو ما

مُلك بغير معاوضة كالموهوب) محترز قوله: بمعاوضة، وأما قوله: (أو ما لم يعلم قدر ثمنه) فمفهومٌ قِيدٌ لم يذكره صريحا إلا أنه يعلم من قوله بالعوض الذي استقر عليه العقد لاستلزام إعطائه العِلْمَ به وجواب أما قوله: (فلا شفعة فيه) بدلالة الأخبار التي ذكرناها وأصل البراءة وحرية الملك فيما عدا ما ورد فيها.

قال المصنف رحمته:

(وإن بيع البناء والغراس) معا أو على انفراد (مع الأرض) أي عاوضهما الشريك مع مقررهما (أخذه) أي المبيع ونحوه معها (بالشفعة تبعا لها) لأنهما يُرادان للدوام مثلها وهذا ما احترز عنه بقوله السابق إذا بيعا منفردين صرح به إيضاحا.

قال: (والشفعة) ثابتة (على الفور) أي متمكنة منه تمكن الراكب على المركوب، والمراد أنه يشترط في طلبها المسارعة به عند العِلْمِ بالعقد، فإن أخره بلا عذر فات في الأظهر قياسا على الرد بالعيب، وأما ما يُروى فيه من أخبار فقد قال البيهقي فيها: باب رواية ألفاظٍ منكرةٍ يذكُرُها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة.

وأورد بإسناده عن ابن عمر مرفوعا: «لا شفعة لغائب، ولا صغير، ولا شريك على شريك إذا سبقه بالشراء، والشفعة كحل العقال»، وفي رواية: «لا شفعة لصبي، ولا لغائب، وإذا سبق الشريك شريكه بالشفعة فلا شفعة، والشفعة كحل العقال».

وقال الحافظ في التلخيص: حديث: «الشفعة كحل العقال» رواه ابن ماجه، والبزار من حديث ابن عمّر وإسناده ضعيف جداً، وذكر أن فيه محمد بن عبد الرحمن ابن البيلماني، قال البزار: مناكيره كثيرة، وكذا ابن عديّ حكى تضعيفه وتضعيف الراوي عنه محمد بن الحارث وقال ابن حبان: لا أصل له، وقال أبو زرعة: منكر... وفي بعض الجوامع أن البوصيري قال: إسناده ضعيف، وأن ابن أبي حاتم ذكر الحديث في العلل.

وقال الحافظ أيضا فيما رُوِيَ حديثا: «الشفعة لمن وأئبها»، ويُروى الشفعة كنشط عقال إن قِيدَتْ ثَبَّتَتْ، وإلا فاللوم على من تركها: هذا الحديث - أي زعمًا - ذكره القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والماوردي هكذا بلا إسناد...

ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني المذكور قال في التقريب: ضعيف، وقد اتهمه ابن عدي، وابن حبان - يعني بالكذب والوضع، وابن عدي غير متشدد في الرجال على ما يبدو، منه في كثير من التراجم فمن اتهمه مثله لا علاج فيه، والله المستعان. وإذا كان كذلك فإن كان المقيس عليه ثبت بنص صحيح صريح، وإلا ففي القياس أيضًا ما فيه، ولعل الله يوفقني للمزيد في هذه المسألة.

قال في الروض: ويتوقف وجوب تسليم الشقص على تسليم الثمن ويمهل ثلاثا إن غاب ماله ثم يفسخه القاضي، وليس للشفيع خيار مجلس، وإذا تعذر طلبه بنفسه لمرض أو حبس أو خوف وجب توكيل فأشهاد على الطلب لرجلين أو رجل وامرأتين فإن أشهد رجلا ليحلف معه كفى في الأصح.

وفرع المصنف على كونها على الفور قوله: (فإذا علم) بموجبها (فليبادر) في طلبها (على العادة) والعرف بحيث لا ينسب إلى تقصير (فإن آخر) الطلب (بلا عذر) له فيه (سقطت الشفعة) أي امتنعت بعد التأخير المذكور (إلا أن يكون الثمن) أي عوّض الشقص (مؤجلا فيتخير) بين أمرين فـ (إن شاء عجل) الطلب والدفع (وأخذ) الشقص بالشفعة حالا (وإن شاء صبر حتى يحل) المؤجل (ويأخذ) بها حينئذ (ولو بلغه الخبر) أي خبر معاوضة الشريك (وهو) أي الشفيع (مريض) مرضا يمنع من التوجه لطلبها (أو محبوس) بغير حق قصّر فيه بأن حبس ظلما أو بدين هو معسر به عاجز عن بينة الإعسار (فليوكل) غيره في طلبها وإثباتها (فإن لم يفعل) التوكيل مع القدرة عليه (بطلت) الشفعة (فإن لم يقدر) على التوكيل (أو كان المخبر) له (صيبا) لا يصدقه (أو) كبيرا (غير ثقة) عنده (أو أخبر) بتغيير الصيغة أي أخبره من ليس كذلك (و) لكن (هو مسافر) أي غائب (مسافر) وفي نسخة الفيض فسار (في طلبه) أي نحو المشتري أو في طلب حقه (فهو) باق (على) استحقاق (شفعته).

وعبارة التنبيه: وإن بلغه الخبر وهو غائب فسار في طلبه وأشهد فهو على الشفعة، وإن لم يشهد ففيه قولان. انتهت. ولذلك فسرت المسافر بالغائب فيكون من إطلاق الملزوم على اللازم، لأن المسافر تلزمه الغيبة فكونه سائرا حال ورود الخبر ليس مقصودا.

وعبارة المنهاج: فإن كان مريضاً أو غائباً عن بلد المشتري، قال الرملي: بحيث تُعدُّ غيبته حائلةً بينه وبين مباشرة الطلب أو خائفاً من عدو قال الرملي: أو إفراطٍ برد أو حر فليوكل في الطلب إن قدر، وإلا فليشهد على الطلب فإن ترك المقدور عليه منهما بطل حقه في الأظهر...

قال الرملي: ... نعم الغائب مخير بين التوكيل والرفع إلى الحاكم... وكذا إذا حضر الشفيح وغاب المشتري، ويجوز للقادر التوكيل أيضاً ففرضهم ذلك في العجز لتعيينه حينئذ طريقاً لا لامتناعه عند القدرة على الطلب بنفسه، ولو سار عقب العلم بنفسه أو وكل لم يتعين عليه الإشهاد على الطلب حينئذ بخلافه في نظيره من الرد بالعيب، لأن الإشهاد تم على المقصود وهو الفسخ، وهنا على الطلب وهو وسيلة يغتفر فيها ما لا يغتفر في المقصود، ومن الأعذار كونه في صلاة أو حمام أو على طعام أو قضاء حاجة أو في ليل، ولو أخبره عدلان أو رجل وامرأتان بصفة العدالة وكذا ثقة واحد في الأصح فلم يُصدّق واعتذر بذلك، لم يقبل لكن إن قال: لم أعرف عدالة المخبر صدّق، ومن الأعذار أيضاً الجهل بثبوت الشفعة له أو بكونها على الفور وهو ممن يخفى عليه ذلك، وغير ذلك مما في المطولات. ومنها - فيما أرى - فقد مركوب لائق أو أجرته أو زيادتها زيادة لا تحتمل، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(فإن تصرف المشتري) أو نحوه أي أحدث فعلاً في الشقص الذي يراد أخذه (فبني) فإؤه للتصوير أو قل للتفسير (أو غرس) قبل علم الشفيح (تخير الشفيح) بعد أخذه (بين تملك ما بناه) أو غرسه المشتري أو نحوه (بالقيمة) أي معوضاً له بقيمته (وبين قلعه) أي إزالته (وضمن أرشه) وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً، ويعتبر في تقويم القائم كونه مستحق الإزالة، ويصح في قوله: ضمان الجر عطفاً والنصب معية، ويأتي هنا الأمر الثالث من الأمور المخير فيها المعير الراجع في إعارة الأرض وهو الإبقاء بأجرة.

(وإن وهب المشتري) أو نحوه (الشقص) قبل علم الشفيح أيضاً (أو وقفه) ولو

مسجداً (أو باعه) أي أخرجه من ملكه بعوض ما (أو رده) إلى شريك الشفيع الأول (بالعيب) أو الإقالة (فله) أي للشفيع (أن يفسخ ما فعله المشتري) مما ذكر وغيره كالإجارة ويأخذ الشقص ببذل ما بذله نحو المشتري لسبق حقه (وله) أيضاً (أن يأخذ من المشتري الثاني) مثلاً (ب)بذل (ما اشتري) أي اعتاض (به) إذ قد يكون أهون عليه، أما إذا أراد المشتري أن يرد بالعيب وأراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة ويرضى بالعيب فيُجاب الشفيع في الأظهر لسبق حقه وحصول غرض المشتري بأخذه، وهو إبعاد المعيب منه، ومقابله أن المجاب هو المشتري إذ قد يريد استرداد عين ماله، ودفع عهدة الشقص عن نفسه.

قال المصنف رحمه الله:

(وإذا مات الشفيع) قبل الأخذ بالشفعة (فللورثة) له (الأخذ) بها لأن الحقوق تورث كما تورث الأموال ويكون أخذهم على نسبة إرثهم للمال (فإن عفا بعضهم) عن الأخذ بها (أخذ الباقي منهم) أو الباقي منهم (الكل) أي كل الشقص المملوك في صفقة واحدة (أو يدعون) أي يتركون أو يترك الواحد منهم الأخذ جملة، ولا يجوز أخذ بعض وترك بعض، لأن من شأن ذلك أن يلحق الضرر بالمأخوذ منه، ومسائل هذا الباب والذي قبيله من فروع المبدأ العام الذي تدور عليه وعلى أخيه فروع الشريعة المطهرة، وهو مبدأ درء المفاسد، والآخر مبدأ جلب المصالح فهذان المبدأان يحتويان جميع مسائل الدين الحنيف، ويدخل تحتها قواعد بعضها أوسع من بعض، والقاعدة البارزة في هذين البابين هي قاعدة: الضرر يُزال المستندة إلى نصوص كثيرة منها: «لا ضرر ولا ضرار» ومنها: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» إلى غير ذلك، واختلاف العلماء في بعض المسائل يرجع إلى حجم تشخيص المفسدة التي تشتمل عليها تلك المسائل وتفضيل بعضها على الآخر في التأثير أو إلى وجود نص خاص فيها عند بعض وانتفائه عند آخر، أما القواعد العامة فلا اختلاف فيها، وإنما هو في الجزئيات كما قلنا، والله أعلم.

• ذكر المذاهب في بعض مسائل الباب:

قال أبو المظفر الشيباني: اتفقوا على أن الشفعة تجب للخليط أي الشريك، واختلفوا في هل تُستحقُّ بالجوار.

فقال مالك، والشافعي، وأحمد: لا شفعة بالجوار، وقال أبو حنيفة: تجب الشفعة بالجوار.

أقول: كِفَّةُ أدلَّة الجمهور على المنع هنا ظاهرة الرجحان.

وذكر أنهم اختلفوا في طلب الشفعة هل هو على التراخي أو على الفور؟

فعن أبي حنيفة روايتان: إحداهما: أنه على الفور. والأخرى: أنه يدوم بدوام

المجلس ما لم يوجد منه ما يدل على الإعراض عنه.

وأما مالك فالطلب عنده على التراخي، واختلفت أقوال الفقهاء في ذلك فقال في

القديم: إنه على التراخي أبدا لا يسقط إلا بإسقاط صاحبه بصريح العفو أو ما يدل

عليه، وقال في الجديد: إنه على الفور فمتى آخر من غير عذر فلا شفعة له، وإن طالب

في المجلس وهذا هو الذي ينصره أصحابه.

وله قول ثالث: بأنه يمتد إلى ثلاثة أيام. ورابع: بأنه يمتد إلى أن يرفعه المشتري

إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو. ا.هـ.

أقول: لم أجد هذا القول عند أصحابنا وعبارة الروضة: الأظهر المنصوص في

الكتب الجديدة أن الشفعة على الفور. والثاني: تمتد ثلاثة أيام. والثالث: تمتد مُدَّة

تتسع لتأمل المصلحة في الأخذ. والرابع: تمتد إلى التصريح بإسقاطها. والخامس:

إلى التصريح أو ما يدل عليه كقوله: بع لمن شئت أو هبه، وكذا قوله: بعنيه أو هبه لي

أو قاسمني، وقيل: لا تبطل بهذا وللمشتري إذا لم يأخذ الشفيع أو يعف أن يرفعه إلى

الحاكم ليلزمه الأخذ أو العفو. ا.هـ. وهذا ليس قولا بالتأقيت إلى ذلك، وإنما هو

مفرع على الخامس كما هو ظاهر.

قال: واختلف عن أحمد فروى عنه أنه على الفور فمتى لم يطالب حالا سقط،

وروي عنه أنه مؤقت بالمجلس، وروي أنه على التراخي أبدا حتى يعفو

أو يطالب. ١. هـ.

أقول: قال صاحب الإنصاف من الحنابلة عند قول المتن: المطالبة بها على الفور، هذا الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم ونص عليه بل هو المشهور عنه، وعنه: أنها على التراخي ما لم يرض كخيار العيب... وقال الخريفي: ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له فقال صاحب المغني: الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال: الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم... ثم قال: وحكي عن أحمد رواية ثانية: أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك، وهذا قول مالك... إلخ. قال: وحكي عن ابن أبي ليلى، والثوري: أن الخيار مقدر بثلاثة أيام، وهو قول الشافعي.

الاستدلال:

استدل الموفق في المغني للقول بالفور بحديث: «الشفعة كحلّ العقال» قال: وفي لفظ: «الشفعة كنشطة العقال» إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها، قال: وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الشفعة لمن واثبها» قال: رواه الفقهاء في كتبهم، وبالقياس على الرد بالعيب بجامع دفع الضرر في كليهما، وبأن إثباته على التراخي يضر المشتري حيث لا يستقر ملكه ولا قلبه... هذا هو كل ما ذكره مختصراً.

هذا وقد ذكر الزحيلي أن أصح الروايتين عند الحنفية مع قولهم بالفور أنه يمتد بامتداد مجلس العلم بالبيع.

أقول: وعبرة الدر المختار: ويطلبها الشفيع في مجلس علمه من مشتر أو رسوله أو عدل أو عدد بالبيع وإن امتد المجلس كالمخيرة هو الأصح، وعليه المتون خلافاً لما في جواهر الفتاوى: أنه على الفور، وعليه الفتوى. ١. هـ.

وأما ابن حزم فقال بكل ثقة من نفسه: ومن لم يعرض على شريكه الأخذ قبل البيع حتى باع فوجبت الشفعة بذلك للشريك فالشريك على شفעתه علم بالبيع أو لم

يعلم حضره أو لم يحضره أشهدَ عليه أو لم يُشهِدَ حتى يأخذ متي شاء ولو بعد ثمانين سنة أو أكثر أو يلفظ بالترك فيسقط حينئذ ولا يسقط حقه بعرض غير شريكه أو رسوله عليه...

وبعد أن ذكر أقوال غيره من العلماء ورَدَّ عليها بأسلوبه المعروف أجاب عن حديث: «الشفعةُ كحلِّ العقال»، بأنه ضعيف براويه ابن البيلماني السابق ذكره، وأن معناه صحيح لأن الشفعة حَلُّ ملك عن المبيع وإيجابه لغيره، وأما اللفظ الآخر: الشفعة لمن واثبها، فقال فيه: ما يحضرنا الآن ذكُرُ إسناده إلا أنه جملةٌ، لا خير فيه، وأما لفظُ: لمن واثبها فهو لفظ فاسد لا يحل أن يضاف مثله إلى رسول الله ﷺ لأنه يُلْزِمُ الطلب مع البيع لا بعده.

أقول: معنى كحلِّ العقال عند غيره ليس ما ذهب إليه، قال في المصباح: قيل: معناه أنها سهلة لتمكنه من أخذها شرعا كسهولة حلِّ العقال فإذا طلبها حصلت له من غير نزاع ولا خصومة، وقيل: معناه مدةٌ طلبها مثل مدة حَلِّ العقال فإذا لم يبادر إلى الطلب فاتت قال: والأول أسبق إلى الفهم. ١.هـ.

أقول: لم يخطر ذلك ببال من وضع هذا الكلام إن كان موضوعا، ولا من استدل به على فورية الشفعة فضلا عن أسبقيته وغريبٌ من مؤلِّفِ كتابٍ لشرح غريب الشرح الكبير للرافعي أن يغيب ذلك عن باله إلا أن يكون مراده خدش الاستدلال به على المراد الثاني، والله أعلم.

ولنرجع إلى تمام كلام ابن حزم قال: وقد جعل الله حق الشفيع واجبا وجعله على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام أحق... فكل حق ثبت بحكم الله ورسوله ﷺ فلا يسقط أبداً إلا بنص وارد بسقوطة فإن وقفه المشتري - يعني رفعه إلى الحاكم - على أن يأخذ أو يترك لزمه أحد الأمرين ووجب على الحاكم إجباره على أحد الأمرين لأنه قد أُعْطِيَ حقه فلا ينبغي له تضييعه فهو إضاعة للمال ولا بد له من أخذه أو أن يبيحه لغيره وإلا فهو غاش غير ناصح لأخيه المنصف له، وأما من مُنِعَ حقه ولم يُعْطَهُ فليس سكوته عن طلبه قطعاً لحقِّه ولو سكت عُمره كُلَّهُ. ١.هـ.

قال الشيباني: واختلفوا فيما إذا بنى المشتري في الشقص المشفوع هل للشفيع أن يجبره على قلع بنائه أو لا؟ فقال مالك، والشافعي، وأحمد: ليس له ذلك وله أن يعطيه قيمة بنائه ويملكه، وقال أبو حنيفة: له إجبار المشتري على قلع بنائه.

واختلفوا أيضًا: هل يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة مثل أن يشتري بثمان مجهول أو يقر له ببعض الملك ويبيعه الباقي؟ فقال أبو حنيفة، والشافعي: له ذلك ويكره، وقال مالك، وأحمد: ليس ذلك له.

واختلفوا فيما إذا تعدد الشفعاء هل تكون الشفعة على قدر حصصهم أو على عدد الرؤوس؟ فقال أبو حنيفة: على عدد الرؤوس، وقال مالك: على قدر السهام، وعن الشافعي قولان، وعن أحمد روايتان كالمذهبين. ١.هـ.

باب القراض

هو أن يدفع إلى رجل مالا ليتجر فيه، ويكون الربح بينهما، ويجوز من جائز التصرف مع جائز التصرف.

وشرطه:

١ - إيجاب وقبول.

٢ - وكون المال نقدا خالصا مضروبا.

٣ - معلوم القدر.

٤ - معينًا.

٥ - مسلما إلى العامل.

٦ - بجزء معلوم من الربح كالنصف والثلث.

فلا يجوز على عروض ومغشوش وسبيكة، ولا على أن يكون المال عند المالك، ولا على أن لأحدهما ربح صنف معين، ولا عشرة دراهم، ولا على أن الربح كله لأحدهما، ولا على أن المالك يعمل معه.

وظيفة العامل التجارة وتوابعها بالنظر والاحتياط، فلا يبيع بغبن ولا نسيئة، ولا يسافر بلا إذن ونحو ذلك، فلو شرط عليه أن يشتري حنطة فيطحن ويخبز، أو غزلا فينسج ويبيع، أو أن لا يتصرف إلا في كذا وهو عزيز الوجود، أو لا يعمل العامل إلا زيدا، فسد، فحيث فسد نفذ تصرف العامل بأجرة المثل، وكل الربح للمالك، إلا إذا قال المالك: الربح كله لي، فلا شيء للعامل، ومتى فسخه أحدهما أو جن أو أغمي عليه انسخ العقد، فيلزم العامل تنضيد رأس المال، والقول قول العامل في قدر رأس المال، وفي رده، وفيما يدعي من هلاك، وفيما يدعي عليه من الخيانة.

وإن اختلفا في قدر الربح المشروط تحالفا، ولا يملك العامل حصته من الربح

إلا بالقسمة.

قال المصنف رحمه الله:

(باب القراض)

قال في الصحاح: المقارضة المضاربة، وقد قارضت فلانا أي دفعت إليه مالا يتجر فيه ويكون الربح بينكما على ما تشرطان والوضيعة على المال. ١.هـ.

وقال ابن فارس في المقاييس: القاف والراء والضاد أصل صحيح، وهو يدل على القطع يقال قرضت الشيء بالمقراض، والقراض ما تعطيه الإنسان من مالك لتقضاه وكأنه شيء قد قطعته من مالك، والقراض في التجارة هو من هذا وكان صاحب المال قد قطع من ماله طائفة وأعطاهها مقارضة ليتجر فيها. ١.هـ.

أقول: بقي أن يقول: وكان العامل قطع شيئا من وقته وصلاحيته فأعطاه لصاحب المال فكل منهما مقارض للآخر.

وفي المعجم الوسيط: قارضه مقارضة وقراضا دفع إليه مالا ليتجر فيه ويكون الربح بينهما على ما يشترطان وفيه في ض رب: المضاربة في الشرع عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر. ١.هـ.

وقال شارح الروض: والأصل فيه الإجماع والحاجة، واحتج له القاضي أبو الطيب بقوله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] والماوردي بقوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، وبأنه ﷺ ضارب لخديجة بمالها إلى الشام...

أقول: هذا كان قبل النبوة فذكره استئناس إلا أنه يدل على أن ذلك كان معمولا به قبل الإسلام، ولما جاء الإسلام لم ينه عنه.

وقد أخرج البيهقي من طريق الشافعي، ومالك عن عمر رضي الله عنه أنه قارض ولديه عبد الله، وعبيد الله. وأخرج عن عبد الرحمن بن يعقوب أنه قارض عثمان رضي الله عنه وكان مكاتبا. وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان يقارض بمال اليتيم عنده. وعن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه كان يدفع المال مقارضة إلى الرجل ويشترط عليه أن لا يمر به على واد ولا يبتاع به حيوانا ولا يحمله في بحر... قال: وقد روي فيه حديث مسند ضعيف

فأخرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا، ولا ينزل به واديا، ولا يشتري به ذات كبد رطبة فإن فعل فهو ضامن فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه... قال: تفرد به أبو الجارود زياد بن المنذر وهو كوفي ضعيف كذبه يحيى بن معين وضعفه الباقون. ١.هـ. وقد ذكر الحافظ في التلخيص أن إسناد قصة عمر مع ابنه صحيح وأن إسناد حديث حكيم بن حزام قوي... ثم قال:

فائدة: قال ابن حزم في مراتب الإجماع: كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب أو السنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فيهما ألبته، ولكنه إجماع صحيح مجرد والذي نقطع به أنه كان في عصره صلى الله عليه وسلم فعلم به وأقره ولولا ذلك لما جاز. ١.هـ. وأقول أنا: القطع بذلك بلا مستند غير ممكن وإنما الممكن هو القطع بالجواز لأجل الإجماع وقد أحسن ابن المنذر التعبير في هذا المقام حيث قال: لم نجد للقراض في كتاب الله ذكرا ولا في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ووجدنا أهل العلم قد أجمعوا على إجازة القراض بالدنانير والدرهم فوجب... أن يُجاز ما أجمعوا عليه ويوقف عن إجازة ما اختلفوا فيه منه، وقد رويت أخبار عن عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم تدل على تصحيح المضاربة... وبعد أن ذكر ما ورد عن عمر، وعثمان، أخرج عن علي أنه قال في المضارب إذا خالف: لا ضمان عليه هما على شرطهما، وبهامشه أن عبد الرزاق أخرج عنه في المضاربة الوضعية على المال والربح على ما اصطلحوا عليه. ١.هـ.

قال المصنف رحمته:

(هو) أي القراض (أن يدفع) الشخص (إلى رجل) أي شخص ولو أنثى (مالا ليتجر فيه ويكون الربح بينهما) على ما يشرطانه من تساو أو تفاضل ويجوز في يتجر جعله بوزن ينصر مجردا وجعله بوزن يتخذ مزيدا فيه.

قال في المصباح: ولا يكاد يوجد - يعني في العربية - تاء يعني أصلية بعدها جيم إلا نتج وتجر ورتج - أي أغلق - قال: وأما تجاه الشيء فأصلها واو. ١.هـ. ثم إن أركان القراض أربعة: رأس مال، وعمل، وصيغة فيها شرط ربح، وعاقدان،

وذكر المصنف شرط العاقدين بقوله: (ويجوز) كائنا (من جائز التصرف مع جائز التصرف) وعبارة الروض: وهما كالوكيل والموكل قال شارحه: في أنه يشترط أهلية التوكيل في المالك وأهلية التوكيل في العامل، وأنه ينعزل بما ينعزل به الوكيل ولا يتصرف إلا بالمصلحة. اهـ. وفي المنهج مثل ما في الروض وذكر المصنف الصيغة بقوله: (وشرطه) أي ما لا بُدَّ منه فيه (إيجاب وقبول) على ما مر فيها في أول البيع كأن يقول المالك قارضتك في كذا أو عاملتك أو ضاربتك على أن الربح بيننا بكذا فيقبل العامل لفظا فلا يكفي الشروع في العمل مع السكوت وكاللفظ ما في معناه ثم ذكر ما يتعلق برأس المال فقال: (و) من شرطه (كون المال نقدا خالصا) من الغش (مضروبا) أي مطبوعا ففي المعجم الوسيط: وضرب الدرهم ونحوه: سَكَّهُ وطبعه وفيه أيضا وسكَّ النقود: طبعها على السكَّة والسكَّة حديدة منقوشة تضرب عليها النقود وطبع الشيء طبعاً وطباعةً. صاغه وصوره في صورة ما.

(معلوم القدر) وزنا وعددا (معينا) في العقد أو في مجلسه (مسلمًا) بصيغة اسم المفعول (إلى العامل) ليتمكن من التصرف فيه بحرية وكونه (بجزء معلوم) بالنسبة (من الربح) الذي يربحه بالتجارة فيه والمعلوم بالنسبة هو (كالنصف) منه (والثلث) كذلك ثم ذكر محترزات معظم هذه القيود فقال: (فلا يجوز) القراض (على عروض) كذا بصيغة الجمع في المجردة ونسخة الفيض وظني أنه إن كان من المصنف سري له من عبارة غيره ممن ذكر الأول بصيغة الجمع فقابله هنا بصيغته كأبي إسحاق في المهذب فإنه قال: ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدنانير فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس فلا يصح القراض عليها؛ لأن المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك في الربح ومتى عُقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود، لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل وفي رد قيمته إن لم يكن له مثل وفي هذا إضرار بالعامل وربما نقصت قيمته فيصرف جزءا يسيرا من الكسب في رد مثله أو رد قيمته ثم يشارك رب المال في الباقي وفي هذا إضرار برب المال، لأن العامل يشاركه في رأس المال، وهذا لا يوجد

في الأثمان، لأنها لا تُقَوِّمُ بغيرها. ا.هـ. وقد ذكر في شرح الروض هذا التعليل بعد تعليل آخر وهو قوله: لأن في القراض أغرارا إذ العمل فيه غير مضبوط والربح فيه غير موثوق به، وإنما جُوزَ للحاجة فاخص بما يروج بكل حال وتسهل التجارة به ثم ذكر التعليل الذي ذكره صاحب المهدب، وقال إن الرافعي بيَّنه وجعله أشهر... ثم إن قول المصنف: لا يجوز على عروض محترز قوله: نقد وقوله: (ومغشوش) بغير جنسه محترز قول خالصا وذلك إذ لم يرج... الخ لم يَرُجْ رواج الخالص فإن راج أو كان غشه مستهلكا فهو كالنقد الخالص ومن هنا نعرف جواز القراض على العملات الحديثة وعلل في حواشي شرح الروض عدم جوازه على المغشوش أي غير الرائج بأن الغش لو ميز لم يصح القراض عليه فكذا عند اختلاطه.

وقول المصنف: (وسبيكة) محترز قوله مضروبا والسبيكة. قال في المصباح: هي القطعة المستطيلة من الذهب وربما أطلقت على كل قطعة متطاوله من أي معدن كان. ا.هـ. وسقط هنا محترز قوله: معلوم القدر وهو المجهول... وقوله: معين، وهو ما لم يعين في العقد أو في مجلسه كالدين وقوله: (ولا على) شرط (أن يكون المال عند المالك) أي أو غيره ممن سوى العامل يوفي منه ثمن ما يشتريه في ذمته فلا يجوز إذ قد يفقده عند الحاجة محترز قوله: مسلما إلى العامل وقوله (ولا على أن لأحدهما ربح صنف معين) كالثياب مثلا محترز قوله: بجزء معلوم من الربح كالنصف؛ لأن هذا لم يعلم بالجزئية.

وكلمة صنف قد حُرِّفَتْ في المجردة إلى نصف بتقديم النون على الصاد وسَلِمَتْ منه نسخة الفيض، وإنما رَجَّحْتُ تقديم الصاد لشهادة ما في المنهاج والمنهج كالتنبيه له مع اعتياد الإصلاح به في بلادنا وإلا فالمعنى يصح على نسخة النصف أيضًا ففي التهذيب والروضة والروض: أنه لو شرط أن ربح أحد الألفين لي وربح الآخر لك وشرط تمييز الألفين فسد القراض، وكذا لو قال: ربح أحدهما لي وربح الآخر لك بلا تمييز فسد أيضًا في الأصح، وقيل: يصح ويكون كما لو قال: نصف ربحهما لك. هذا معنى كلام الروضة. وقد ورد استعمال النصف بمعنى الصنف في الشعر وغيره.

قال المصنف رحمته :

(ولا) على أن لأحدهما (عشرة دراهم) مثلا لما ذكر في سابقه، ولأن فيه غررا إذ قد يكون القدر المذكور هو جميع الربح فيبقى الآخر بلا شيء، وقد يكثر، وقد يقل عنه فكلاهما متردد بين الغنم والغرم وهذا ما نهت عنه الشريعة العادلة.

وهذا كسابقه محترز ذلك القيد إذ لم يعلم بالجزئية أيضا كقوله: (ولا على أن الربح كله لأحدهما) معينا أو مبهما إذ موضوع القراض أن يعمل العامل بجزء من الربح فشرط كله لأحدهما يخرج عن موضوعه، وكذا لو قال: على أن لأحدهما شيئا أو نصيبا من الربح أو على أن للمالك نصف الربح إذ لم يعلم نصيب العامل فإن شرط أن نصفه للعامل وسكت عن نصيب المالك صح، لأنه يستحقه بملكه رأس المال إذ الربح نماؤه فإذا علم نصيب العامل منه كان الباقي له بحكم الملك، وقد ترك المصنف قيده ذكره غيره وهو اختصاصهما بجميع الربح فلو شرط منه شيء لغيرهما لم يصح وأما قوله: (ولا على أن المالك يعمل معه) أي مع العامل فلا يظهر تفرعه على واحد من القيود التي ذكرها إلا أنه يمكن أن يفهم من اشتراط كون المال مسلما إلى العامل، لأن ذلك إنما اشترط ليتمكن من العمل متى شاء وكيف شاء ومتى شرط عمل المالك معه لم يحصل ذلك الغرض، ويمكن أيضا أن يفهم من قوله في تعريف القراض: ليتجر فيه إذ المتبادر منه تفرده بالتجارة مع أن التعريف يفيد أن موضوع القراض الاشتراك بمال من جانب وعمل من جانب آخر فما خرج عن ذلك ليس قراضا وصنيع الروضة يؤيد الفهم الأول حيث ذكرت ذلك تحت ذلك الشرط حيث قالت: الشرط الرابع أن يكون رأس المال مسلما إلى العامل ويستقل باليد عليه والتصرف فيه فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده ويوفى منه الثمن إذا اشترى العامل شيئا أو شرط أنه يراجع في التصرفات أو مشرفا نصبه فسد القراض ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه فسد على الصحيح... إلى أن قالت: ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك فوجهان، وقيل: قولان: الصحيح الذي عليه الأكثرون صحته، لأن العبد مال ولمالكه إعارته وإجارته فيكون في معنى إذن المالك في استخدامه.

قال المصنف رحمه الله :

(ووظيفة العامل) أي العملُ المقدّرُ عليه (التجارة) أي تقليب المال بيعا وشراء لغرض الربح (وتوابعها) مما جرت العادة بأن يتولاه بنفسه كنشر، وطي، وذرع، ووزن متاع خفيف وحمله لمكان قريب، وحفظ الأمتعة إلى غير ذلك، والضابط فيه العرف. قال في التهذيب: فأما ما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من مسافة بعيدة ووزن ما يثقل والنداء على المتاع فله أن يستأجر عليه من مال القراض وكذا أجره الحارس والرصدي وكراء الدواب في السفر تكون من مال القراض. ا.هـ. بمعناه. وفي حواشي الروض: أن العادة المعتبرة عادة ناحيته.

وقول المصنف: (بالنظر والاحتياط) مضى الكلام على هاتين الكلمتين في الشركة وهو قريب، وكذا قوله: (فلا يبيع) ولا يشتري (بغبن) فاحش (ولا نسيئة، ولا يسافر) بالمال (بلا إذن) من المالك (و) لا (نحو ذلك) بجر نحو عطفاً على غبن ونسيئة ويصح نصبه عطفاً على محل الجار والمجرور كأنه قال ولا يفعل نحو ذلك ورفعه عطفاً على المعنى كأنه قال وليس كذا أو كذا ولا نحو ذلك. كالبيع بغير نقد البلد الغالب والشراء سَلَمًا ويجب عليه الإشهاد على البيع بمؤجل بالإذن، ويجوز له البيع بالعرض إذ قد يربح فيه بخلاف الوكيل وله الرد بعيب إذا كانت المصلحة فيه.

ثم فرع المصنف على الحصر الذي في قوله: ووظيفة العامل التجارة وتوابعها، لأن تعريف الجزئين يفيد الحصر قوله: (فلو شرط عليه أن يشتري حنطة) مثلاً (فيطحنها) (ويخبزها) ويبيع الخبز (أو) أن يشتري (غزلاً) مثلاً (فينسجها) (ويبيع) النسيج (أو) شرط عليه (أن لا يتصرف إلا في كذا) أي في معين ما (وهو) أي ذلك المعين (عزيز الوجود) في تلك الناحية وبالأولى إذا كان أوسع كالخيل البلق. قال في التهذيب: وينبغي أن يطلق له التصرف مع من يرى، وفيما يرى من الأموال فلو قال: قارضتك على أن لا تشتري إلا من فلان أو لا تبع إلا من فلان أو لا تشتري إلا برأي فلان لا يصح، لأن مقصود العقد لا يحصل إذا كان ممنوعاً من المعاملة مع كافة الناس... ولو قال: على أن لا تتصرف إلا في نوع كذا نُظِرَ إن كان ذلك عام الوجود شتاءً وصيفاً كالحيوان، والثياب، والحبوب ونحوها جاز وإن كان مما ينقطع كالثمار

الرطبة فلا يصح كما لو قيد القراض بمدة إلا أن يقول: إذا انقطع ذلك تصرف في كذا فيجوز، وكذلك لو شرط أن لا يتصرف إلا في نوع يعز وجوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها لا يجوز (أو) شرط عليه أن (لا يعامل العامل) إظهار في مقام الإضمار (إلا زيدا) لشخص عينه أو إلا أشخاصا معينين وهم قليل (فسد) العقد لتأثير ذلك في حصول الربح الذي هو مقصوده ولو منعه من معاملة معين أو معينين عددهم قليل، أو من التصرف في مكان أو زمان معين صح، والحاصل إنه إذا ضيق عليه بحيث يؤثر في رجاء الربح لا يصح بخلاف غير ذلك.

قال المصنف رحمه الله:

(فحيث فسد) العقد (نفذ تصرف العامل) لبنائه على إذن المالك (بأجرة المثل) أي مثل عمله بالغة ما بلغت (وكل الربح) إن كان (للمالك) لأنه نماء ملكه (إلا إذا قال المالك: الربح كله لي) أي عقد على ذلك (فلا شيء للعامل) لأنه عمل متبرعا غير طامع في الأجر العاجل فالاستثناء من ثبوت الأجرة له ثم ذكر المصنف ما ينتهي به عقد القراض وما يلزم العامل عند انتهائه فقال: (ومتى فسخه أحدهما أو جن أو أغمى عليه انفسخ العقد) كالوكالة (فيلزم العامل تنضيض رأس المال) بجنس ما تسلّمه من المالك وكذا استيفاء الديون المأذون فيها إن طلب المالك ذلك منه، وإلا لم يلزمه إلا أن يكون المال لمحجور عليه وكان حظه في ذلك فيلزمه، أما الزائد على قدر رأس المال فلا يلزمه تنضيضه.

ثم شرع المصنف في حكم اختلاف المالك والعامل فقال: (والقول قول العامل) إذا اختلفا (في قدر رأس المال) وما يدعيه المالك أكثر، لأن الأصل عدم الزيادة، ولأنه أمين (وفي رده) إلى المالك (وفيما يدعي) هو (من هلاك) في رأس المال لم يتسبب ولم يفرط فيه (وفيما يدعي) بالبناء للمفعول (عليه) من جانب المالك (من الخيانة) في المال كبيع بغبن وإخفاء لبعض الربح، وفي قوله لم تنهني عن التصرف في كذا، وفي أنه اشترى هذا الشيء للقراض أو لخاصته، وفي عدم الربح وفي قدره، وإنما يصدق في كل ذلك بيمينه وفي دعواه الهلاك التفصيل السابق في الوديعة (وإن اختلفا في

قدر الربح المشروط) له أي في القدر المشروط له من الربح وما يدعيه العامل أكثر (تحالفا) كاختلاف المتبايعين فإذا حلف كل على نفي قول صاحبه وإثبات قوله رجع إلى أجره المثل وكان جميع الربح للمالك، ولو تلف المال فادعى المالك أنه قرض والعامل أنه قراض ولا بينة صدق العامل بيمينه، لأن الأصل عدم الضمان فإن أقاما بينتين متعارضتين فالأوجه ترجيح بينة المالك، لأن معها زيادة علم.

قال المصنف رحمته:

(ولا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة) فلا يملكها بمجرد ظهور الربح إذ لو ملك بذلك لكان شريكا في المال فإن خسر بعده كان النقص محسوبا عليهما وليس كذلك وإنما يَسْتَقَرُّ ملكه بالنضوض لرأس المال وانفساخ العقد فما حصل من خُسْرٍ بعد القسمة وقبل النضوض يجبر بالربح كما قبل القسمة ويختص المالك بغلة حصلت بلا كَدٍّ من العامل كالثمر والنتاج، والله أعلم.

ذكر المذاهب في بعض مسائل القراض:

قال ابن المنذر: واختلفوا في المضاربة بالفلوس فكره ذلك ناس، وأجازه آخرون وممن كره ذلك الشافعي، والنعمان، ويعقوب، وابن القاسم صاحب مالك، وكان ابن الحسن يقول: أستحسن أن تكون المضاربة بالفلوس كما تكون بالدنانير والدراهم لأنها ثمنٌ مثل الدنانير والدراهم، ولا تكون بما سوى ذلك، وكان أبو ثور يقول: إذا كانت موجودة في أيدي الناس معلومة لا يتفاضل بعضها على بعض كانت جائزة...

قال ابن المنذر: لا تجوز المضاربة إلا بالدنانير والدراهم.

وقال أيضًا: اختلف أهل العلم في دفع العروض مضاربة فكره ذلك كثير من أهل العلم ومنهم الحسن، وابن سيرين، والنخعي، والحارث العُكْلِي، وعبيد الله بن الحسن، وهو قول مالك، وسفيان الثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبي ثور، وأبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد.

ورخصت فيه طائفة على أن يُقَوِّمَ رُوي هذا القول عن طاووس، وحماد بن أبي سليمان، وكان الأوزاعي يقول: لا بأس أن يدفع الرجل إلى الرجل الثوب

ويقول: رأس ماله كذا، وكذا فبعه والريح بيني وبينك، وهذا قول ابن أبي ليلى.
قال: وكان أحمد بن حنبل يقول: لا تكون العروض مضاربة ثم حُكِيَ عنه خلاف ذلك.

قال ابن المنذر عن نفسه: لا يجوز دفع العروض مضاربة وذكر التعليل الذي قدمته عن الشافعية... ثم قال: ولا يجوز في الجملة من القراض إلا ما أجمعوا عليه.
وقال: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الريح أو نصفه أو ثلثيه أو ما يُجْمَعان عليه بعد أن يكون مال كل واحد منهما معلوماً منه، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما فيه لنفسه دراهم معلومة كذلك قال مالك بن أنس، والأوزاعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي وكذلك إن قال: نصف الريح إلا عشرة دراهم أو لك نصف الريح وعشرة دراهم أو قال أحدهما لي عشرة دراهم وما بقي فلك. كل هذا فاسد فإن لم يكن العامل عمل بالمال رد المال، وإن كان عملاً فالوضيعة - أي الخسران - على رب المال والريح له وللعامل أجر مثله.

وقال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم فيما إذا اختلف رب المال والعامل في قدر رأس المال أن القول قول العامل مع يمينه إذا لم يكن لرب المال بينة كذلك قال سفيان الثوري، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، قال ابن المنذر: وكذلك نقول.

قال: واختلفوا فيما إذا اختلفا في القدر المشروط للعامل من الريح، فقالت طائفة: القول قول رب المال مع يمينه كذلك قال الثوري، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي قال ابن المنذر وبه أقول، وذلك أن العامل يدعي أنه جعل له في ماله شيئاً فلا تقبل دعواه إلا ببينة - يعني - والله أعلم - أنها على خلاف الأصل ومن خالف قوله الأصل فهو المدعي ومن وافق قوله الأصل فهو المدعى عليه، والحديث الصحيح هو: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» أو كما هو.

قال: وفيه قول ثان وهو أن القول قول العامل إذا كان مثله مما يتعامل الناس به في

تلك السلعة فإن لم يعلم ذلك رُدَّ إلى عمل مثله. هذا قول مالك بن أنس رحمته، وفيه قول ثالث وهو أنهما يتحالفان وعلى رب المال أجر مثل العامل فيما عمل. هذا قول الشافعي رحمته، وملحظ هذا القول أن الجزء المشروط للعامل ثمن عمله فكأنه بائع والمالك مشتر وهما إذا اختلفا يتحالفان، لأن كلا منهما مدع ومدعي عليه فكذلك هنا يتحالفان ويرجع العامل ببدل عمله لفواته وهو أجرة المثل.

وقال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن رب المال إذا نهى العامل أن يبيع نسيئة فخالفه وباع بالنسيئة أنه ضامن.

واختلفوا فيما إذا أطلق ولم ينهه عنها فقالت طائفة: هو ضامن كذلك قال مالك، وابن أبي ليلى، والشافعي، وقالت طائفة: لا ضمان على المضارب وما أذَّان من ذلك فهو جائز كذلك قال النعمان، ويعقوب.

قال: واختلفوا في شري رب المال أو العامل من مال المضاربة بقيمة مثله فقال الأوزاعي: ذلك صحيح. وقال سفيان الثوري، وأحمد، وإسحاق: إن باع رب المال للعامل صح. وقال أبو ثور: البيع باطل، لأن الذي يبيع ويشترى هو العامل وحكي عن الكوفي أنه قال: البيع جائز. هـ. باختصار.

وحكى أيضًا إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم على فساد القراض إذا شرط فيه عمل المالك مع العامل فإن عمل^(١) فله أجر مثله، فإن أعانه من غير شرط جاز، والله أعلم.

(١) أي العامل في هذه الصورة.

باب المساقاة

تصح ممن يصح قراضه على كرم ونخل خاصة، مغروسين إلى مدة يبقى فيها الشجر ويثمر غالباً، بجزء معلوم من الثمرة كثلث ورُبُع كالقراض، ويملك حصته من الثمرة بالظهور.

ووظيفته أن يعمل ما فيه صلاح الثمرة كتلقيح وسقي، وتنقية ساقية، وقطع حشيش مضر ونحوه، وعلى المالك ما يحفظ الأصل، كبناء حائط وحفر نهر ونحوه.

والعامل أمين، فإن ثبتت خيانتة ضم إليه مشرف، لأن المساقاة لازمة ليس لأحدهما فسحها كالإجارة، فإن لم يتحفظ بالمشرف استوجر عليه من يعمل عنه.

قال المصنف رحمته :

(باب المساقاة)

المساقاة لغة: السقي كما في المعجم الوسيط، وعبارته: ساقى فلانا ماء أو شراباً أو كأساً: سقاه واصطلاحاً كما في شرح المنهج: معاملة الشخص غيره على شجر ليتعهده بسقي وغيره والثمره بينهما، وأفاد أنها سميت بذلك، لأن السقي أنفع أعمالها وأكثرها مؤنة، والأصل فيها مع الإجماع خبر الصحيحين أنه عليه السلام عامل أهل خيبر، وفي رواية: دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع.

أقول: لفظ الثمر بالمثلثة يقع على غير التمر كما يقع عليه، وفي حديث أخرجه البيهقي أنه أعطاهم خيبر على أن لهم الشطر من كل زرع ونخل وشيء... وأركانها أربعة: عاقدان، وعمل، وصيغة، ومورد.

قال المصنف رحمته :

(تصح) المساقاة (ممن يصح قراضه) وهما الأهلان للتوكيل والتوكل فلا تصح من غيرهما، ويصح أن يساقى شريكه في الشجر بزيادة على حصته من الثمر. فهذا ما

يتعلق بالعاقدين. وذكر المورد في قوله: (على كرم) بفتح فسكون وهو شجر العنب، وقد ورد النهي عن تسميته بالكرم إلا أنهم حملوه على الكراهة (و) على (نخيل) لغة في النخل فكل منهما اسم جنس جمعي والواحدة نخلة، وذكر في المصباح أن النخل يذكر ويؤنث والتذكير لغة تميم والتأنيث لغة الحجاز، وقد وردا في القرآن قال تعالى: ﴿أَعْبَازُ نَخْلٍ مُنْقَعِرٍ﴾ [القمر: ٢٠]، وقال - عز شأنه: ﴿أَعْبَازُ نَخْلٍ حَاوِيَةٍ﴾ [الحاقة: ٧] قال: وأما النخيل بالياء فمؤنثة قال أبو حاتم: لا اختلاف في ذلك. ا.هـ.

وقول المصنف: (خاصة) من المصادر الآتية على فاعلة كالعافية والعاقبة وهو منصوب على أنه حال بتقدير مضاف أي ذوي أو ذواتي خصوص أو بتأويله باسم مفعول مثني أي مخصوصين بذلك أو على أنه مفعول مطلق لفعل مقدر من لفظه أي أخصهما خصوصا وجملة الفعل والفاعل حال كذلك وفيه إتيان الحال من نكرة كما في حديث: «وصلى وراءه رجال قياما»، ويحتمل في الجملة الاستئناف أيضا لكن يبعده قوله (مغوسين إلى مدة يبقى فيها الشجر ويشمر) فيها (غالبا) لأن الظاهر أنهما حالان أيضا الأول من كرم ونخل، والثاني أي الجار والمجرور من الضمير الفاعل في تصح ف دخول الاستئناف في البين يكون من الفصل بين العود واللحاء كما يقولون فالأولى جعل الجملة نعتا للمتعاطفين كأنه قال: مخصوصين لي وعليه يصح في مغوسين الحالية والوصفية، وإن يكن من النعت بالمفرد بعد النعت بالجملة فلا ضير فيه أو جعل الجملة اعتراضية اهتماما بالإشارة إلى وجود الخلاف في الحكم، والله أعلم. هذا ما خيل لي وليحرّره أهله.

ثم إنه قد استدل في شرح الروض على خصوص النخل والعنب بذلك بأن النخل ورد النص فيه والعنب قيس عليه بجامع كونهما زكويين يتأتى الخرص في ثمارهما فجوزت المساقاة عليهما دون غيرهما من سائر الأشجار المثمرة وغيرها كالبقول والزرع وما لا يثمر من الشجر لأنها ليست في معنى المنصوص وفي حواشيه أنه قيل: إن الشافعي أخذ جواز المساقاة على العنب من النص لا من القياس والنص هو أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم. ا.هـ. وأول ما

يتوجه على هذا القيل: المطالبة بإثبات هذا النص وإثبات استدلال الشافعي به أين استدل به، ولو ثبت هذا النص لاسترحنا به، ولو لم يستدل به الشافعي لأن مذهبه الأخذ بما صح من الأخبار، وهذا نص الشافعي في الأم: والمساقاة جائزة في النخل والكرم، لأن رسول الله ﷺ أخذ فيهما بالخرص وساقى على النخل وثمرها مجتمع لا حائل دونه وليس هكذا شيء من الثمر كله دونه حائل وهو متفرق غير مجتمع ولا تجوز المساقاة في شيء غير النخل والكرم وهي في الزرع أبعد من أن تجوز...أ.هـ. فقوله وساقى على النخل بعد قوله قبله أخذ فيهما بالخرص ومع قوله بعده: وثمرهما مجتمع صريح في أنه أثبت المساقاة في العنب بالقياس على النخل لكن في كتاب اختلاف أبي حنيفة، وابن أبي ليلى له عبارة قد توهم أنه قال بثبوت المساقاة نصاً في العنب إلا أن في ذلك البحث نفسه ما يزيح ذلك الإيهام وذلك أن فيه بعد ذكر قول أبي حنيفة وقول ابن أبي ليلى في المزارعة حيث منعها الأول مطلقة وجوزها الثاني مطلقة تعقيباً من الشافعي بقوله: وإذا دفع الرجل إلى الرجل النخل أو العنب يعمل فيه على أن للعامل نصف الثمرة أو ثلثها أو ما تشارطا عليه من جزء فهذه المساقاة الحلال التي عامل عليها رسول الله ﷺ أهل خيبر.أ.هـ. فهذا يوهم أنه قائل: بأن النبي ﷺ ساقى أهل خيبر على العنب كما ساقاهم على النخل لكن هذا الوهم سرعان ما يتلاشى بإتمام قراءة كلامه إلى آخره حيث يقتصر بدءاً وعوداً على ذكر النخل فمراده هنا أن أصل المعاملة بما يخرج من الثمر بعد قيام الشجر الذي يساقى عليه قد فعلها النبي ﷺ، وذلك لأن غرضه منع جواز المزارعة على الأرض البيضاء وليس مراده ثبوت المساقاة من النبي ﷺ على العنب... ثم رأيت النصين الذي نقلته عن الأم والذي نقلته عن الكتاب المذكور في مختصر المزني ولم يُعرج الماوردي على النص الموهوم المذكور بل - بدلاً من ذلك - قال في كلامه على نص الأم المذكور: واختلف أصحابنا في جواز المساقاة في الكرم هل قال به الشافعي رضي الله عنه نصاً أو استنباطاً فقال بعضهم: بل قال به نصاً وهو ما روي أن النبي ﷺ ساقى في النخل والكرم، وقال آخرون - وهو الأشبه -: إنه قال به قياساً على النخل من وجهين

ذَكَرَهُمَا أَحَدُهُمَا اشْتَرَاكُهُمَا فِي وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِيهِمَا وَالثَّانِي بَرُوزِ ثَمْرِهِمَا وَإِمْكَانِ خِرْصِهِمَا. ١. هـ. وهذا هو ما قلته فله الحمد.

قال النووي في المنهاج: وجوزها القديم في سائر الأشجار المثمرة فقال ابن حجر في التحفة: لقوله في الخبر السابق: «من ثمر أو زرع» ولعموم الحاجة، واختير والجديد المنع، لأنها رخصة فتختص بموردها. ١. هـ.

وقال في شرح الروض: واختار النووي في تصحيحه صحتها على سائر الأشجار المثمرة وهو القول القديم واختاره السبكي فيها إن احتاجت إلى عمل ومحل المنع أن تفرد بالمساقاة فإن ساقى عليها تبعا لنخل أو عنب صحت كالزراعة كما سيأتي في بابها. ١. هـ. ولعلنا نوفق لذكر المذاهب في المساقاة على غير النخل - إن شاء الله تعالى.

قال المصنف رحمته:

(بجزء معلوم) بالجزئية (من الثمرة كثلث وربع) منها (كالقراض) هذه إشارة إلى اشتراط الصيغة وأنه يشترط فيها ذكر المشروط للعامل ومعرفته بالنسبة من جميع الثمر المساقى على شجره كقوله: ساقيتك على هذا النخل بنصف ثمره مثلا، وذلك لأن الجار والمجور وهو بجزء حال أيضا من الضمير الفاعل في تصح والحال قيد في عاملها فكأنه قال: لا تصح إلا بكذا وكذا، وفائدة قوله: كالقراض الإشارة إلى أن ما اعتبر ثم مما لم يذكر هنا يُعتبر وما شرط انتفاؤه ثم يشرط انتفاؤه هنا أيضا فلا يصح شرط جزء لثالث، ولا أن لي نصفها من المالك ولا على أن لك ثمر جزء معين أو شجر كذلك من الحائط - أي البستان - ويشترط انفراد العامل باليد، ولا يجوز شرط عمل المالك معه إلى غير ذلك فالظاهر أن قول المصنف: كالقراض حال أخرى من ذلك أيضا وفوائده كثيرة، والله أعلم.

قال: (ويملك حصته من الثمرة) أي جنسها (بالظهور) لها إن كان العقد قبلها، وهذا كالاستثناء من قوله: كالقراض وفرقوا بينه وبين عامل القراض بأن الربح ثم وقاية لرأس المال بخلاف الثمر ليس وقاية للشجر، أما إذا كان العقد بعد ظهور الثمرة لأنه يجوز قبل بدو الصلاح فيملكها بالعقد.

قال المصنف رحمته :

(ووظيفته أن يعمل ما فيه) أي بسببه (صلاح الثمرة) ويصح جعل في ظرفية للمبالغة كأن الصلاح مظروف وعمله ظرف له وذلك (كتلقيح) وهو ذرّ طلع ذكر النخل في طلع أنثاه ليجود الثمر عن تجربة (وسقي) للشجر (وتنقية ساقية) وهي الجدول الذي يأتي فيه الماء مما قد يحجز الماء أن يجري إلى الشجر (وقطع) أو قلع نحو (حشيش مضر) بقاؤه في خلال الأشجار لأنه يمتص رطوبة الأرض (ونحوه) أي نحو ما ذكر كسدّ الماء عند استغناء الشجر عنه وتعريش العنب وإصلاح الأجاجين حول الشجر يقف فيها الماء، وحفظ الثمر وجداده وتجفيفه إلى غير ذلك، ويحتمل عود الضمير إلى الحشيش فنحوه النبات غير الحشيش والقضبان اليابسة أو المضر بقاؤها، والأول أفيد إذ هذا يُستغنى عنه بجعل الحشيش عبارة عما يضر تركه هناك إطلاقاً للملزوم على اللازم كما أشرت لذلك بتقدير المضاف.

قال المصنف رحمته :

(وعلى المالك ما يحفظ الأصل) أي الشجر (كبناء حائط) حوله لحفظه من العوافي والسراق مثلاً (وحفر نهر) أو بئر يستمد منها النهر المعني به الساقية الكبرى الممتدة من الماء الكبير إلى أول البستان (ونحوه) أي شبه ما ذكر كإصلاح ما انهار من النهر لاقتضاء العرف ذلك قال في الروض: والأعيان على المالك كطلع التلقيح وقصب التعريش وظرف العناقيد وكذا المنجل والمعوّل والثور والخراج وما لا يتكرر أي كل سنة كحفر البئر ونصب الدولاب والأبواب على المالك، وأما وضع الشوك على الجدار والترقيع اليسير فبحسب العادة، وإن شرط على أحدهما ما على الآخر بطلت وله استتجاره عليه ولا أجره إن عمله بلا إذن.

قال المصنف رحمته :

(والعامل أمين) أي غير ضامن (فإن) ادعى عليه المالك الخيانة مجملة لم تسمع دعواه وإن ادعاها وبينها و(ثبتت خيانتها) المفصلة بينة أو إقرار من العامل أو يمين مردودة (ضم إليه مشرفاً) من أشرف على الشيء اطلع عليه وتعهد وأجرة المشرف

من ماله، وذلك (لأن المساقاة لازمة) أي هي عقد لازم (ليس لأحدهما فسخها) تفسير للزومها وقوله: (كالإجارة) تقريب بذكر نظيرتها، والعمل في الشجر حق واجب عليه فإذا أمكن بهذه الطريقة وجبت عليه (فإن لم يتحفظ) وقعت هذه اللفظة في النسخة المجردة من المتن وما عندي من المذهب والمنهاج والمنهج بالمشاة الفوقية أول الفعل على وزن التفعّل ووقعت في نسخة الفيض ونسختين من التنبيه بالنون بدل المشاة من الانفعال، فأما بالنون فلم أجد له وجهاً، لأن انفعل إنما يكون فيما فيه علاج أو فيما سُمع فيه نحو انطلق وانصرف ولا واحد من الأمرين هنا ثم إن صاحب الفيض فسر الضمير المستتر في الفعل بالعامل وليس المقصودُ بضم المشرف حفظ العامل، وإنما حَفِظُ الثمر فلو صح وجود انحفظ لوجب جعل الضمير للثمر أو البستان مثلاً، وأما بالتاء المشاة فوق فالذي وجدته في كتب اللغة التي عندي أن معنى التحفظ هو الاحتراز إلا أن في اللسان وتاج العروس زيادةً على ذلك أن التحفظ قلة الغفلة في الأمور والكلام والتيقُّظ من السقطة كأنه على حَذَرٍ من السقوط، وقد فسر صاحباً التحفة والنهاية الضميرَ في يتحفظ بالعامل كما فعل صاحب الفيض في ضمير يتحفظ فأقصى ما يمكن أن نحاوله في تصحيح استعمال هذه الكلمة هنا أن نشبه الخيانة بالسقطة وتركها بالاحتراز والحذر منها^(١) والمراد آخِرَ المطاف أنه إذا لم يترك الخيانة.

(ب) سبب ضم (المشرف) إليه (استؤجر عليه) من ماله (مَنْ يَعْمَلُ) عمل المساقاة بدلاً (عنه) ومُنِعَ من الوصول إلى المكان قال في شرح المنهج: نعم إن كانت المساقاة على العين فظاهر أنه لا يكتري عليه، وفي حواشيه أنه يثبت الخيار أي فله الفسخ وللعامل أجرة عمله، وفيه أنه لم يقع العمل مسلماً ولم يظهر أثره على المحل ١.١.هـ. وعبارة البغوي في التهذيب: وإذا ظهر من العامل خيانة فلا فسخ لرب المال، لأنه عقد لازم ونَصَّ ها هنا أنه يُكَارَى عليه من يعمل عنه وقال في موضع آخر: يُضَمُّ إليه

(١) فكأنه قال: فإن لم يحترز...

أمين وأجرته على العامل فمن أصحابنا من قال: فيه قولان ومنهم من قال: هي على حالين فإن كان العامل قوياً لا يقدر الأمين على منعه من الخيانة يُنتزَع من يده ويُمنَع من دخول الحائط ويُكترى عليه من يعمل عنه والأجرة عليه، وإن قدر الأمين على منعه ضم إليه أمين. ا.هـ. وهي عبارة مُريحة مליحة.

تتمة: لو مات أحدهما أو كلاهما لم ينفسخ العقد ويُتم وارثُ العامل العمل أو يستأجر من تركته مَنْ يتمه ويستحق نصيب العامل من الثمر، ولا يجبر على ذلك إذ ليست المعاقدة معه بل يكتري إذا امتنع الحاكم من التركة مَنْ يتم العمل فإن لم يحصل ذلك فللمالك فسح العقد إن كان قبل خروج الثمرة فإن كان بعد بدو الصلاح بيع نصيب العامل إما من رب المال، وإما من غيره. هذا ما في التهذيب وفي المنهج وشرحه أن محل ذلك إذا كانت المساقاة في الذمة أما إذا كانت على العين فتنفسخ بموت العامل كالأجير المعين، أما المالك فلا تنفسخ بموته بل يستمر ويأخذ العامل نصيبه. وفي شرح الروض عن السبكي وغيره: أنه ينبغي تقييد الانفساخ بموته بما إذا كان قبل بدو الصلاح أما إذا كان بعده فلا.

وأما إذا هرب العامل أو عجز عن العمل بنحو مرض فإن وجد من يتبرع بالعمل بقي حقه وإلا اكترى عليه الحاكم من يعمل عنه إن كانت في الذمة أيضاً فإن تعذر ذلك اقترض عليه ثم عمل المالك أو أنفق بإشهاد وشرط الرجوع إن أراده فإن عجز عن ذلك فله الفسخ إن كان قبل ظهور الثمرة وللعامل أجره عمله وإن كان بعد ظهورها فلا فسح وهي بينهما. كذا في شرح المنهج.

ذكر المذاهب في المساقاة وعلى ماذا تجوز؟

قال ابن المنذر: اختلف أهل العلم في الرجل يدفع نخله إلى آخر مساقاة على النصف أو الثلث أو الربع... فقالت طائفة: ذلك جائز وممن قال به سعيد بن المسيب، والشافعي، وأحمد بن حنبل، وإسحاق، وأبو ثور، ويعقوب، ومحمد.
[و] قال مالك: المساقاة في كل أصل وكرم وزيتون أو تين أو رمان أو فريسك - كزبرج: [الخوخ أو ضرب منه مثله في القدر أجرد أحمر وأصفر وطعمه كطعمه.

القاموس وشرحه] أو ما أشبه ذلك جائزة... وبعد أن ذكر كلام الشافعي حول ذلك قال: وقال أبو ثور: وإذا دفع رجل إلى رجل أرضًا معاملة وفيها نخل أو شجر أو كرم أو رطاب أو باذنجان أو ما يكون له ثمرة قائمة فذلك جائز إذا سمي ما لصاحبه مما يخرج وما للعامل، واحتج بدفع النبي ﷺ خير إلى اليهود.

وأنكرت طائفة المساقاة على النخل وسائر الشجر... هذا قول النعمان، وقد روينا عن النخعي: أنه كان يكره كل شيء يعمل بالثلث والربع، وذكرنا فيه عن الحسن شيئًا فيما مضى.

قال ابن المنذر: وبالخبر الثابت عن رسول الله ﷺ أقول وهو قول أبي بكر وعمر... ولا معنى لقول خالف قائله الثابت عن رسول الله ﷺ، وعن أبي بكر، وعمر، وما عليه أهل الحرمين قديما وحديثا إلى زماننا هذا. وقال الزحيلي: والفتوى عند الحنفية على قول الصحابين لعمل النبي ﷺ وأزواجه والخلفاء الراشدين وأهل المدينة وإجماع الصحابة على إباحة المساقاة... وقال: مورد المساقاة عند الحنفية: الشجر المثمر فتصح المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب - الفصة أو البرسيم - وأصول الباذنجان، لأن الجواز للحاجة وهي تعم الجميع، وأجاز متأخرو الحنفية المساقاة على الشجر غير المثمر كشجر الحور والصفصاف والشجر المتخذ للحطب لاحتياجه إلى السقي والحفظ.

قال: ومورد المساقاة عند المالكية الزروع كالحمص، والفاصولياء، والأشجار المثمرة ذات الأصول الثابتة مثل: العنب، والنخل، والتفاح، والرمان، ونحوها... وقال أيضًا: مورد المساقاة عند الحنابلة: الأشجار المثمرة المأكولة فقط فلا تجوز في الشجر غير المثمر. هـ.

أقول: في الإنصاف من كتب الحنابلة ما يلي: ... تجوز المساقاة في النخل وكل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته. هذا المذهب... وقال المصنف وتبعه الشارح: تصح على كل ثمر مقصود فلا تصح في الصنوبر وقال: تصح على ما يقصد ورقه أو زهره، وجزم به في النظم وتجريده العناية... إلى أن قال: وهو الصواب. هـ.

وحكى صاحب المغني جواز المساقاة على جميع الشجر المثمر عن الخلفاء الراشدين وسعيد بن المسيب، وسالم، والثوري، والأوزاعي، وأبي يوسف، ومحمد، وإسحاق، وأبي ثور إضافةً إلى الإمام أحمد قال: وقال داود: لا تجوز إلا في النخيل، لأن الخبر إنما ورد فيها ثم ذكر مذهب الشافعي... ثم ذكر امتناعها في الذي لا ثمر له أوله ثمر غير مقصود، وقال: إن القياس يقتضي جواز المساقاة على ما يقصد ورقه كالتوت والورد، لأنه في معنى الثمر إذ هو نماء يتكرر كل عام، ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه. ١.هـ.

وقال ابن حزم: كتاب المعاملة في الثمار: المعاملة فيها سنة وهي أن يدفع المرء أشجاره أي شجر كان من نخل أو عنب أو تين أو ياسمين أو موز أو غير ذلك مما يقوم على ساق ويُطعم كل سنة لمن يحفرها ويُزبّلها ويسقيها... فذكر الأعمال ثم قال: على سهم مسمى من ذلك الثمر أو مما تحمله الأصول كنصف أو ثلث أو ربع أو أكثر أو أقل...

ثم قال: وبهذا يقول جمهور الناس إلا أننا روينا عن الحسن، وإبراهيم كراهة ذلك ولم يجزه أبو حنيفة ولا زُفَرٌ، وأجازه ابن أبي ليلى، وذكر من ذكرناهم قبل قال وأبو سليمان وغيرهم. قال: ولم يجزه الشافعي في أشهر قوليهِ إلا في النخل والعنب فقط، ومن أصحاب أبي سليمان من لم يُجِز ذلك إلا في النخل فقط.

وعقب على ذلك بقوله: من منع من ذلك إلا في النخل وحده أو في النخل والعنب أو في بعض دون بعض أو في سقي دون بعل فقد خالف الحديث... ١.هـ. فهذا هو ذا لم يحك المنع في غير النخل عن داود نفسه ولا عن أصحابه إنما حكاه عن بعض أصحاب داود خلافاً للمشهور من عزو ذلك إلى داود أو الظاهرية جملةً.

أقول: فكما رأينا أشد المذاهب المُجَوِّزَة للمساقاة مذهب من قصرها على النخل ويليه من زاد العنب فقط، وأوسع الأقوال فيها هو قول القائلين بجوازها حتى في ذي الورق المقصود، وشجر الحطب، وأعدل المذاهب في نظري هو المذهب المجوز لها في ذات الثمار المأكولة، أو الأوراق المتتفع بها.

الاستدلال:

أما بالنسبة للدليل فالدليل على جوازها في النخل هو النص وفي غير النخل جملة هو القياس عليه فمن لا يقول بالقياس كابن حزم عليه أن يقتصر على النخل كما فعل دَوُّوُ رأيه في ذلك، وقوله: إِنَّ من قصرها على النخل أو عليه مع العنب فقد خالف الحديث ممنوعٌ فلا حديث هنا يَنْصُ على جوازها في غير النخل وما جعله دليلاً كغيره على ذلك لا يدل عليه - في رأيي - لأمر: أحدها: أن ذكر الثمر مطلق يصدق بالمقيد وهو ثمر النخل وليس فيه صيغة عموم حتى يشمل غيره. ثانيها: أنه إنما ورد في كلام الصحابي وليس في قول النبي ﷺ والعموم والخصوص إنما يعتبران في كلام الشارع. ثالثها: أنه لو كان عاماً ما صح عقلاً إذ لا يعقل وجود جميع الأشجار المثمرة في عهد النبي ﷺ بخير فيساقى عليها فالمعقول أنه عاملهم على الأشجار التي كانت عندهم إذ ذاك ولم نسمع باسمٍ خاصٍ منها سوى النخل فهو المحقق وغيره في حيز الإمكان.

وأما إلحاق العنب فقط بالنخل بجامع كونهما زكويين فهذا الوصف طردي بالنسبة للمساقاة والمعقول أن علة جواز المساقاة هي الحاجة من الجانبين وهي موجودة في غيرهما، ولو كان قائل ذلك يوجب الزكاة فيما سوى التمر والزبيب من الثمار لأمكن أن يُقَرَّب ذلك بعدم إمكان الخرص في غيرهما فقد يُضَرُّ بمستحقي الزكاة أما من لا يقول بذلك فلا يليق به ذلك التعليل فإن كان التعليل باستتار ثمر غيرهما لأنه يؤدي إلى الغرر فالقسمة إنما تكون بعد الجداد وكون الثمار على الأرض وإمكان الخيانة قبله موجود في التمر والعنب، ومثل هذه المعاملة إنما يعتمد على أمانة العامل، وقد احتيج في التمر، والعنب بالنسبة لبعض الأشخاص إلى ضم مشرف فاستتجارٍ أجيرٍ ولم يمنع كونهما بارزَي الثمار من الخيانة فيهما، والله أعلم.

فصل المزارعة

العملُ في الأرضِ ببعضِ ما يخرجُ منها إن كانَ البذرُ من المالكِ سُميَ مُزارعةً، أو من العاملِ سُميَ مخابرةً، وهما باطلتانِ، إلا أن يكونَ بينَ النخيلِ بياضٌ وإن كثرُ، فتصحُّ المزارعةُ عليه تبعاً للمساقاةِ على النخيلِ، وإن تفاوتَ المشروطُ في المساقاةِ والمزارعةِ، بشرطِ:

- ١ - أن يتحدَّ العاملُ في الأرضِ والنخيلِ.
 - ٢ - ويعسَّرَ إفرادُ النخلِ بالسقي، والبياضُ بالعمارةِ.
 - ٣ - وأن يتقدمَ لفظُ المساقاةِ، فيقول: ساقَيْتُكَ وزارَعْتُكَ.
 - ٤ - وأن لا يُفصَلَ بينهما.
- ولا تجوزُ المخابرةُ تبعاً للمساقاةِ.

بسم الله الرحمن الرحيم

«ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير».

«وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب».

قال المصنف رحمته:

(فصل) في حكم المزارعة والمخابرة وهما مفاعلتان من الزرع والخبر.

قال في المصباح: زرع الحراثتُ الأرضَ زرعاً حرثتها للزراعة وزرع الله الحرث أنبته وأنماه. وقال أيضاً: خبرتُ الأرضَ شقققتها للزراعة فأنا خبير ومنه المخابرة وهي المزارعة على بعض ما يخرج من الأرض. ١.هـ. فهما متحدتان لغة، وأما اصطلاحاً فهما مفترقتان كما قال المصنف: (العمل) أي المعاملة قال في شرح المنهج بعد أن عبر في المتن بالمعاملة: وتعيرى بالمعاملة تبعاً للمحرر أولى من تعبير الأصل - أي المنهاج - بالعمل، وذلك لأن المسمى بالمخابرة والمزارعة هو العقد لا العمل، ويمكن أن يجاب بأن العمل اسم مصدر عامل أو بتقدير مضاف أي عقد العمل (في

الأرض) البيضاء (ب) شرط (بعض ما يخرج منها) في المستقبل أي يُسْتَعْلَى (إن كان البذر) بالذال المعجمة بعد الباء المفتوحة وهو الحب يزرع في الأرض (من المالك) أي صاحب الأرض ولو مستأجرًا لها (سمي مزارعة أو) كان (من العامل) أي الحارث (سُمِّيَ) العقد (مخابرة وهما باطلتان) عندنا جمهور الشافعيين تبعًا لإمام الأئمة الشافعي. قال في الروضة: والمخابرة والمزارعة باطلتان، وقال ابن سريج: تجوز المزارعة. قال النووي من زيادته: قُلْتُ قد قال بجواز المزارعة من كبار أصحابنا أيضًا ابن خزيمة، وابن المنذر، والخطابي، وصنف فيها ابن خزيمة جزءا وبيّن فيه علل الأحاديث الواردة بالنهي عنها وجمّع بين أحاديث الباب ثم تابعه الخطابي، وقال: ضعّف أحمد بن حنبل حديث النهي، وقال: هو مضطرب كثير الألوان. قال الخطابي: وأبطلها مالك، وأبو حنيفة، والشافعي رضي الله عنه، لأنهم لم يقفوا على علته، قال - أي الخطابي - : فالمزارعة جائزة وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار لا يبطل العمل بها أحدٌ. قال النووي: والمختار جواز المزارعة والمخابرة، وتأويل الأحاديث على ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة، والآخر أخرى.

والمعروف في المذهب إبطالهما وعليه تفريع مسائل الباب فمتى أفردت الأرض بمخابرة أو مزارعة بطل العقد فإن كان البذر للمالك فالغلة له وللعامل أجره مثل عمله، وأجرة البقر والآلات إن كانت له، وإن كان البذر للعامل فالغلة له ولمالك الأرض عليه أجره مثلها، وإن كان لهما فالغلة لهما ولكل واحد منهما على الآخر مثل ما انصرف من منافعه إلى حصة صاحبه إلخ ما فرّعه على البطلان.

قال المصنف كغيره: (إلا أن يكون بين النخيل) أو العنب أو هما (بياض) وهو من الأرض ما لا عمارة فيها كما في المعجم الوسيط (وإن كثر) هذا البياض متخللا بين مغارس الشجر كما صورّه في النهاية. قال في الروضة: لو كثر البياض المتخلل مع عسر الأفراد فقليل: يبطل لأن الأكثر متبوع لا تابع والأصح الجواز للحاجة، وعبارة التهذيب: وهل يشترط أن يكون البياض أقل من النخيل؟ فيه وجهان: أحدهما: يشترط لأنه تبع... والثاني: الأصح - لا يشترط... لأن الضرورة موجودة في

الحالين. ١. هـ.

فقول المصنف: وإن كثر إشارة للخلاف قال: (فتصح المزارعة عليه) أي على
البياض (تبعاً) أي تابعة (للمساقاة على النخيل) أي الشجر (وإن تفاوت) الجزء
(المشروط) للعامل كائناً (في المساقاة والمزارعة) كأن شرط له النصف في أحدهما
والثلث مثلاً في الأخرى، وقيل: يشترط التساوي فيهما، لأن الاختلاف يزيل التبعية
وإلى رد هذا أشار المصنف بقوله: وإن وقيد الصحة بقوله: (بشرط أن يتحد العامل
في) زراعة (الأرض و) خدمة (النخيل) أي الشجر أي أن لا يكون عامل أحدهما غير
عامل الأخرى فلا يضر تعدد العامل فيهما معاً (و) بشرط أن (يعسر أفراد النخل) أي
الشجر (بالسقي و) أفراد (البياض بالعمارة) أي الزراعة لتخلله بين الشجر كما قلنا
(وأن يقدم لفظ المساقاة) في الإيجاب وفي نسخة الفيض ويقدم بالياء التحتية أول
الفعل ويوجد في النسخ المجردة وإن تقدم بالتاء المثناة فوق وهو غير ظاهر هنا
ولذلك اعتيد إصلاحه بزيادة ياء قبل التاء والموجود في نسخة الفيض أولى بالأخذ به
ما لم تتحقق نسخة أخرى أصلية فيها يتقدم لاسيما وهي المناسبة لقوله: (فيقول)
الموجب (ساقيتك) على الشجر (وزارعتك) على البياض فيقبل الآخر (و) بشرط أن
(لا يفصل بينهما) قال في الروضة: وأما لفظ المساقاة والمزارعة فلا يغني أحدهما
عن الآخر بل يساقي على النخيل ويزارع على البياض وحينئذ إن قدم المساقاة نُظِرَ
إن أتى بهما على الاتصال فقد اتحدت الصفة ووجد الشرط، وإن فصل بينهما فقليل:
تصح المزارعة لحصولهما لشخص، والأصح المنع لأنها تبع فلا تفرد كالأجنبي،
وإن قدم المزارعة فسدت على الصحيح لأنها تابعة، وقيل: تتعقد موقوفة فإن ساقاه
بعدها بانت صحتها وإلا فلا. ١. هـ. وفي التهذيب: ولو زرع العامل البياض من غير إذن
رب النخيل يقلع مجّاناً، وقال مالك رحمته: إن كان البياض أقل من ثلث الحائط دخل
في العقد تبعاً. قال: ولو كان بين النخيل أو في الكروم أشجار أحر كالتفاح والمشمش
والسفرجل ونحوهما... فهل تجوز تبعاً للنخيل والكرم؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم
من قال: تجوز كالمزارعة ومنهم من قال: لا تجوز، لأن الأشجار أصول لا يتبع

بعضها بعضا بخلاف البياض فإنه ليس بأصل فكان تبعا للأشجار. ا.هـ. قال النووي في زيادة الروضة قلت: أصحابهما الجواز. ا.هـ. وقال في الروض: وتصح المزارعة تبعا للمساقاة ولو على زرع موجود. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(ولا تجوز المخابرة) وهي كما قدمه ما كان البذر فيها من العامل (تبعا للمساقاة) قال في الروضة: قيل: تصح كالمزارعة والأصح المنع لأن الحديث ورد في المزارعة تبعا في قصة خيبر دون المخابرة، ولأن المزارعة أشبه بالمساقاة لأنه لا يتوظف على العامل فيهما إلا العمل. ا.هـ. وأراد بالحديث الحديث السابق أول الباب الذي فيه أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع فهم يحملون ذلك على أن الزرع كان متخللا بين الشجر فالمزارعة فيه كانت تبعا للمساقاة على الشجر. وفي حاشية البجيرمي أن ذلك اعترض بأنه لم يرد في شيء من الطرق أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع لهم بذرا وبعد أن ذكر أنه أجيب عنه باحتمال أنه كان زرعا لم يند صلاحه نقل أن الأولى في الجواب أنها لما فتحت عنوة صار النبي صلى الله عليه وسلم مالكا لها ولما فيها من الحب وغيره فلا إشكال. ا.هـ.

ذكر المذاهب في المزارعة والمخابرة المستقلتين:

قال ابن المنذر في الأوسط: اختلف أهل العلم في ذلك فروينا عن جماعة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وممن بعدهم أنهم أجازوا ذلك فأخرج بإسناده عن موسى ابن طلحة قال: أقطع عثمان نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله بن مسعود، والزبير، وسعد بن مالك، وأسامة بن زيد رضي الله عنهم فكان جاراي منهم ابن مسعود، وسعد يعطون أرضهم بالثلث والربع. وأخرجه من وجه آخر عن موسى المذكور أنه قال: كان جيراننا سعد بن مالك، والزبير، وخباب يعطون أرضهم بالثلث والربع، وأخرج عن مجاهد أنه قال: كان ابن عمر يُعطي أرضه بالثلث، وأسند عن ابن عمر أنه قال لمن سأله قائلا: أتاني رجل له أرض وماء وليس له بذر ولا بقر فأعطاني أرضه بالنصف فزرعتها ببذري وبقرتي فناصفت. قال ابن عمر: حسن وعن معاذ أنه لما أتى

اليمن وجدهم يُكْرُونَ المزارع بالثلث والربيع فأَمْضَاهُ.

قال ابن المنذر: وهذا مذهب سعيد بن المسيب، ومحمد بن سيرين، وطاووس، وعبد الرحمن بن الأسود، وموسى بن طلحة، والزهري، وعمر بن عبد العزيز، وعبد الرحمن بن أبي ليلى قال: وبه قال ابن أبي ليلى، وأحمد بن حنبل، ويعقوب، ومحمد.

ثم قال: وكرهت طائفة ذلك فذكر ممن كرهه ابن عباس، وعكرمة، وإبراهيم النخعي، وسعيد بن جبير، ومجاهدا، ومالكا. وذكر أيضًا عن بعض هؤلاء إجازة كون البذر من العامل منهم ابن عمر وسعد بن أبي وقاص، وابن مسعود، وحكى عن أحمد، وإسحاق أنهما قالوا: لا يعجبنا أن يكون البذر من عند الداخل. قال: وفيه قول ثالث قاله بعض أهل الحديث: لا تفسد المزارعة مِنْ عِنْدِ مَنْ؟ خَرَجَ البذر: إن أخرجته ربُّ الأرض جاز، وإن أخرجته العامل جاز، وإن أخرجاه جاز. قال: ولو لم يجز أن يكون البذر إلا من عند رب الأرض لا شرط النبي ﷺ ذلك عند دفعه خيبر إلى اليهود ففي تركه ذلك دليل على عدم اشتراط ذلك، والله أعلم. اهـ. باختصار.

الاحتجاجات:

قال البيهقي في السنن الكبرى: باب ما جاء في النهي عن المخابرة والمزارعة، وأخرج تحته بإسناده عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. وقال: رواه مسلم في الصحيح. وأخرج من طريق أبي داود عن جابر أيضًا قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من لم يَدْرِ المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله» وأخرج ابن عمر رضي الله عنه قال: كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسًا حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن ذلك فتركناه وقال: رواه مسلم في الصحيح ثم أخرج عن ثابت بن الضحاك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة، وقال: رواه مسلم في الصحيح. وأخرج في باب آخر بعد ذلك من طريق أبي داود عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة قال: ثابت بن الحجاج الراوي عنه قلتُ وما المخابرة قال: أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع.

ثم قال البيهقي: باب من أباح المزارعة بجزء مُشاع وحمل النهي عنها على التنزيه أو على ما لو تضمن العقد شرطاً فاسداً. وأخرج فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عن المزارعة، ولكن قال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً» وقال: أخرجه البخاري ومسلم، وفي لفظ مسلم: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يُحرّم المزارعة، ولكن أمر أن يُرفق الناس بعضهم من بعضهم. وأخرج أيضاً عن زيد بن ثابت أنه قال: يغفر الله لرافع بن خديج أنا والله كنت أعلم بالحديث منه إنما أتى رجلاً من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اقتتلا فقال: «إن كان هذا شأنكم فلا تُكروا المزارع» وبعد أن حمل البيهقي نفي ابن عباس، وزيد بن ثابت للنهي على نفي النهي عن الكراء بالذهب أو الفضة أو ما لا غر فيه قال: وإن كان ابن عباس عنى بما لم ينه عنه كراءها ببعض ما يخرج منها فقد روينا عن سمع نبيه عنه فالحكم له دونه، وقد روينا عن زيد بن ثابت ما يوافق رواية رافع بن خديج وغيره فدلّ أن ما أنكره غير ما أثبتته.

ثم قال البيهقي: ومن العلماء من حمل النهي على ما لو وقعت بشروط فاسدة نحو شرط الجداول والماذيات، وهي الأنهار وهي ما كان يشترط على الزرع أن يزرعه على هذه الأنهار خاصة لرب الأرض، ونحو شرط القسارة وهي ما بقي من الحب في السنبل بعد ما يداس ونحو شرط ما يسقي الربيع أي الجدول قالوا: فكانت هذه وما أشبهها شروطاً يشترطها رب المال لنفسه خاصة سوى الشرط على النصف والربع والثالث فيرى أن نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن المزارعة إنما كان لهذه الشروط لأنها مجهولة فإذا كانت الحصص معلومة، والشروط الفاسدة معدومة كانت المزارعة جائزة.

قال: وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل، وأبو عبيد، ومحمد بن إسحاق بن خزيمة وغيرهم من أهل الحديث وإليه ذهب أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من أصحاب الرأي والأحاديث التي مضت في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع دليل لهم في هذه المسألة وضعف أحمد بن حنبل حديث رافع بن خديج رضي الله عنه وقال: هو كثير الألوان يريد ما أشرنا إليه من الاختلاف عليه في إسناده

ومتنه إلخ ما ذكره. ١.هـ.

أقول: ومن أحب أن يرى كثرة ألوان حديث رافع بن خديج فليراجع سنن النسائي، وأبي داود، وقد قال النووي في شرح مسلم عند الكلام على حديث ابن عمر في معاملة أهل خيبر قوله من ثمر أو زرع: يحتج به الشافعي وموافقوه وهم الأكثرون في جواز المزارعة تبعاً للمساقاة... وقال مالك: لا تجوز المزارعة لا منفردة ولا تبعاً إلا ما كان من الأرض بين الشجر، وقال أبو حنيفة: وزفر المزارعة والمساقاة فاسدتان سواء جمعهما أو فرقهما ولو عُقِدَتَا فُسِخَتَا وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، وسائر الكوفيين، وفقهاء المحدثين، وأحمد، وابن خزيمة، وابن سريج، وآخرون: تجوز المساقاة والمزارعة مجتمعتين وتجاوز كل واحدة منهما منفردة. وهذا هو الظاهر المختار لحديث خيبر ولا يقبل دعوى كون المزارعة في خيبر إنما جازت تبعاً للمساقاة بل جازت مستقلة، ولأن المعنى المجوز للمساقاة موجود في المزارعة قياساً على القراض فإنه جائز بالإجماع وهو كالمزارعة في كل شيء، ولأن المسلمين في جميع الأمصار والأعصار مستمرين على العمل بالمزارعة، وأما الأحاديث السابقة في النهي عن المخابرة فسبق الجواب عنها وأنها محمولة على ما إذا شرطاً لكل واحد قطعة معينة من الأرض... ١.هـ. وهذا الجواب قد ورد على لسان رافع ابن خديج نفسه رواه البخاري وغيره ولعل في هذا القدر كفاية، والله ولي التوفيق والهداية، وقد ذهب ابن حزم إلى القول بنسخ أحاديث النهي بحديث معاملة خيبر، لأن النبي ﷺ تُوَفِّيَ على تلك المعاملة واستمرت بعده في الخلفاء الراشدين فعلم بذلك تأخرها، والله أعلم.

مسألة: ورد في كتاب: بغية المسترشدين ما يلي:

س: ما حكم المزارعة والمغارسة والمخابرة والمناشرة؟ ... وبعد الإجابة عن

حكم المزارعة والمخابرة ورد في الجواب ما يلي:

وأما المغارسة ويقال لها: المناصبية والمفاخذة والمخالعة وهي أن يدفع صاحب

الأرض أرضه لمن يغرستها من عنده ويكون الشجر بينهما أو بينهما وثالثٍ ويعمل ما

يحتاجه الغرس فقد قال السبكي: لا شك أن من منع المخابرة يَمْنَعُهَا ومن جوزها يحتمل أن يجوزها ويحتمل المنع، وأوسع المذاهب في ذلك مذهب ابن أبي ليلى، والحسن، والأوزاعي فمقتضى مذهبهم تجويز المغارسة أيضاً والفرق بينهما عسير ثم نقل عن السمهودي قوله: المشهور من مذهبنا أنه لا يجوز قال: وعن صاحب التقریب وجه أنه يصح كما قيل به في المزارعة وإلحاق ذلك بالمزارعة يقتضي أن مَنْ جَوَّزَ المزارعة والمخابرة جوزها أي لأنه إن كان الفسيل^(١) من المالك فكالـمزارعة وإن كان من العامل فكالـمخابرة بل الحاجة إلى المغارسة أكثر... قال علي بايزيد: وهو الأصلح للناس ولهذا درج عليه علماء الشَّخْر وحضر موت وغيرهم من غير كبير، وقد قضى بذلك الحنابلة... ثم نقل عن فتاوي باصهي: أن المغارسة بجهة حضر موت عَمِلَ بها مَنْ لا يُشْكُ في علمه وعمله وهو عمل أهل المدينة وهو المفتى به وهو الأصلح للناس بحسب ما شرطوه وتراضوا عليه مما لا يخالف المذاهب... وبعد أن ذكر ما اعتبره شروطاً لتلك المعاملة قال:

وأما المناشرة ويقال لها: المفاخذة وهي أن يدفع الأرض الدامرة لمن يَعْمُرُهَا وَيَقْوُمُ أسوامها وَيَرُدُّ مكاسرها ويحراثها بحيث تستعد للزراعة بجزء منها قال أبو صهي، وأبو حويرث، وأبو يزيد: إن عمل أهل حضر موت على ذلك قياساً على اختيار المخابرة ويقررهم علماءهم على ذلك وفيها ما فيها والأوفق بالصحة أن يؤجر المالك العامل على العمارة بجزء من الأرض لكن مع تعيين العمل ويزارعه على بعض الغلة... هـ.

أقول: وقد تصحفت نون المناشرة بباء موحدة في الفوائد المكية للسَّقَّاف ولم يتبين المعنى المقصود بها هناك فَضَّلَ بذلك أفهام فئام من الناس وزاد الطَّيْنِ بَلَّةً ذَكَرُ اسم المفاخذة معها فتوهموه إفتاءً بجواز الاستمتاع بالمُردان واغتربه كثيرون، فالله المستعان.

(١) الفسيل اسم جنس جمعي مفردة فسييلة وهي النبتة الصغيرة تغرس فتنمو سريعاً.

باب الإجارة

تصحُّ الإجارةُ ممن يصحُّ بيعُهُ.

وشرطها :

إيجابٌ: مثلُ آجرتكَ هذا أو منافعهُ، أو أكرتكَ.

وقبولٌ، وهي على قسمين: إجارةُ ذمَّةٍ، وإجارةُ عَيْنٍ.

فإجارةُ الذمَّةِ: أن يقولَ استأجرتُ منك دابةً صفتُها كذا، أو استأجرتُكَ لتحصِّلَ

لي خياطةَ ثوبٍ أو ركوبي إلى مكة.

وإجارةُ العينِ: مثلُ استأجرتُ منك هذه الدابةَ أو استأجرتُكَ لتخيطَ لي هذا

الثوبِ.

وشرطُ إجارةِ الذمَّةِ: قبضُ الأجرةِ في المجلسِ.

وشرطُ إجارةِ العينِ:

١ - أن تكونَ العينُ مُعيَّنة.

٢ - مقدورًا على تسليمها.

٣ - يمكنُ استيفاءُ المنفعةِ المذكورةِ منها.

٤ - ويتصلُ استيفاءُ منفعتها بالعقدِ.

٥ - ولا يتضمنُ الانتفاعُ استهلاكَ عينها.

٦ - وأن يعقدَ إلى مدةٍ تبقى فيها العينُ غالبًا، ولو مائةَ سنةٍ في الأرضِ.

فلا تصحُّ إجارةُ أحدِ العبدَيْنِ، ولا غائبٍ وأبقٍ، وأرضٍ لا ماءَ لها ولا يكفيها

المطرُ للزرعِ، وحائضٍ لكُنسِ مسجدٍ، ومنكوحَةٍ للرضاعِ بلا إذنِ زوجٍ، ولا

استئجارُ العامِ المُستقبلِ لغيرِ المستأجرِ - ويجوزُ له - ولا الشمعُ للوقودِ، ولا ما لا

يبقى إلا سنةً مثلاً أكثرَ منها.

وشرطُها: أن تكونَ المنفعةُ مباحةً متقومةً معلومةً، كقوله: آجرتُكَ لتزرعَ، أو تبني،

أو تحملَ قنطارَ حديدٍ أو قُطنٍ، في مدة معلومةٍ، وبأجرةٍ معلومةٍ، ولو بالرؤيةِ

جُزَافًا، أو منفعةً أخرى.
فلا تصحُّ على: زمرٍ، وحملٍ خمرٍ لغيرٍ إراقتها، وكلمة بَيَّاعٍ لا كُلفَةَ فيها وإن رَوَّجَتِ السَّلْعَةَ، وحملٍ قِنطَارٍ لم يُعَيَّنَ ما هو، وكلُّ شهرٍ بدرهمٍ ولم يُبَيِّنْ جُمْلَةَ المدة، ولا بالطَّعْمَةِ والكِسْوَةِ.

ثمَّ المنفعةُ قد لا تُعرفُ إلا بالزمانِ - كالسُّكنى والرِّضَاعِ - فتُقَدَّرُ به، وقد لا تُعرفُ إلا بالعملِ كالحجِّ ونحوه فتُقَدَّرُ به، وقد تُعرفُ بهما - كالخياطةِ والبناءِ وتعليمِ القرآنِ - فتُقَدَّرُ بأحدهما، فإن قُدِّرَتْ بهما فقال: لتخيطنَّ لي هذا الثوبَ بياضَ هذا اليومِ، لم يصحَّ.
وتُشترطُ معرفةُ الراكبِ بمشاهدةٍ أو وصفٍ تامٍ، وكذا ما يركبُ عليه من محمولٍ وغيره.

وفي إجارةِ الذمةِ ذكرُ جنسِ الدابةِ ونوعها، وكونها ذكرًا أو أنثى في الاستتجارِ للركوبِ لا للحملِ، إلا أن يكونَ لنحو زجاجٍ.
وما يُحتاجُ إليه للتمكُّنِ من الانتفاعِ كالمفتاحِ والزِّمامِ والحزامِ والقَتَبِ والسَّرَجِ فهو على المُكْرِي، أو لكمالِ الانتفاعِ كالمحمِلِ والغطاءِ والدلوِّ والحبلِ فعلى المُكْتَرِي.

وعلى المُكْرِي في إجارةِ الذمةِ الخروجُ معه والتحميلُ والحطُّ وإركابُ الشيوخِ وإبراكُ الجمَلِ للمرأةِ والضعيفِ، وللمكْتَرِي أن يستوفيَ المنفعةَ بالمعروفِ أو مثلها إما بنفسه أو مثله، فإذا استأجرَ ليزرعَ حنطةً زرعَ مثلها، أو ليركبَ أركبَ مثله، وإن جاوزَ المكانَ المُكْتَرِي إليه لزمه المسمى في المكانِ أجره المثل للزائد.

ويجوزُ تعجيلُ الأجرةِ وتأجيلُها، فإن أطلقا تعجلت.

ويجوزُ في إجارةِ الذمةِ تعجيلُ المنفعةِ وتأجيلُها.

وإن تَلَفَتِ العينُ المستأجرةَ انفسختُ في المستقبلِ، وإن تعيبتُ تَخَيَّرَ، فإن كانت الإجارةُ في الذمةِ لم تنفسخْ ولم يتخَيَّرْ بل له طلبُ بدلها ليستوفيَ المنفعةَ،

وإن تَلَفَتِ العَيْنُ التي استَوْجَرَ على العملِ فيها في يدِ الأجيرِ، أو العَيْنُ المستأجرة في يدِ المستأجرِ بلا عدوانٍ لم يضمنها.
 وإن ماتَ أحدُ المتكاريئينِ والعَيْنُ المستأجرة باقيةً لم تنفسخ، وإذا انقضت المدةُ لزمَ المستأجرُ ردَّ العَيْنِ وعليه مؤونَةُ الردِّ.
 وإذا عُقِدَ على مدةٍ أو منفعةٍ معيَّنةٍ فسلمَ العَيْنَ وانقضت المدةُ أو زمنٌ يمكنُ فيه استيفاءُ المنفعةِ، استقرَّت الأجرةُ ووجبَ ردُّ العَيْنِ، وتستقرُّ في الإجارةِ الفاسدةِ أجرةُ المثلِ، حيثُ يستقرُّ المُسمَّى في الصحيحةِ.

قال المصنف رحمته:

(باب الإجارة)

الإجارة فعالة لا إفالة كما قد يتوهم من كونها مثل الإجابة والإجازة والإجالة فإن همزة هذه فاء الكلمة، وهي بكسر الهمزة لغةً بمعنى الأجرة أي ما يُعطى بدلاً من العمل كما في المقاييس، والمصباح، والمعجم الوسيط. قال في المصباح: وأعطيته إجارته بكسر الهمزة أي أجرته وبعضهم يقول: أجارته بضم الهمزة لأنها هي العمالة فتضمها كما تضمها، وذكر هو وغيره أنه يقال: أجزت الدار مثلاً بقصر الهمزة من بابي قتل وضرب وأجزتها بالمد من أفعل إيجارا فأنا مؤجر وهي مؤجرة بإسكان الهمزة فيهما ونقل عن الزمخشري أنه لا يقال في نحو الدار مؤجرة من فاعل، وإنما يقال ذلك في الشخص الذي عُقد معه أجزت فلانا مؤجرة فأنا مؤجر وهو مؤاجر، ثم قال: ومنهم من يقول ذلك في الدار أيضاً، وفي المعجم الوسيط: وأجز العامل فلانا: رضي أن يكون أجيراً عنده، وفي التنزيل العزيز: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَابًا﴾ [القصص: ٢٧]: تكون أجيراً لي، وفيه أيضاً أن الإجارة تطلق على عقد يرد على المنافع بعوض، وقال شارح الروض: وهي لغة: اسم للأجرة، وشرعا: عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم فخرج بمنفعة العين وبمقصودة

التافهة... وبمعلومة القراض والجعالة على عمل مجهول وبقابلة لما ذكر: منفعة البضع وبعوض هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة وبمعلوم المساقاة والجعالة على عمل معلوم بعوض مجهول كالحج بالرزق ودلالة الكافر لنا على قلعة تجارية منها قال: نعم يرد عليه بيع حق الممر ونحوه، والجعالة على عمل معلوم بعوض معلوم. وفي حواشيه أن المساقاة تخرج بقوله: منفعة معلومة؛ لأن الأعمال فيها لا يمكن ضبطها.

أقول: ولا ضير في دخول الجعالة لأنها إذا كانت كذلك: إجارة أو يقال: إن التعريف على رأي المتقدمين المجوزين للتعريف بالأعم واشتراط الإطراد والانعكاس في التعريف أمر تبع فيه المتأخرون المنطقة.

والأصل فيها مع الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَتَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. قال الإمام الشافعي في الأم: فأجاز الإجارة على الرضاع... وإذا جازت عليه جازت على مثله... قال: وقد ذكر الله ﷻ في كتابه الإجارة وعمل بها بعض أنبيائه قال الله ﷻ: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [١٦] قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجِرَنِي تَمَنِّي حِجَابٌ ﴿ الآية [القصص: ٢٦، ٢٧] قال:... فدل على تجويز الإجارة قال: فمضت بها السنة وعمل بها غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ، ولا يختلف أهل العلم ببلدنا علمناه في إجازتها وعوام فقهاء الأمصار. هـ. وتبعه البيهقي في ذكر الآيتين والاستدلال بهما ثم فسر الآية الثانية بالتفسير المأثور ثم قال: أخبرنا السيد فلان فذكر بإسناده حديث الثلاثة الذين أوا إلى غار والذي فيه أن أحدهم قال: اللهم إني كنت استأجرت أجيورا بفرق... الحديث وهو متفق عليه، ولم يذكر شارح الروض ومن تبعه الآية آية شعيب وموسى عليهما الصلاة والسلام ولا هذا بناءً منهم - فيما يبدو - على أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا أو حدرا - على الأقل - من توجه الاعتراض بذلك إليهم لو استدلوا بهما، وهذا إمامهم الأول في الأصول والفروع قد استدل بالآية آية النبيين. هذا وقد ذكروا من

السنة كالبيهقي خبر البخاري في الهجرة أن النبي ﷺ والصدیق ﷺ استأجرا رجلا يهديهما الطريق يقال له: عبد الله بن الأرقط، وخبر مسلم أنه ﷺ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة، وذكر البيهقي خبر البخاري عن أبي مسعود ﷺ قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمرنا بالصدقة انطلق أحدنا إلى السوق يتحامل فيصيب المد... هذا وباب الإجارة غني بالأحاديث الصحيحة قال ابن المنذر بعد ذكره الآيتين وخبرا واحدا: وأنا ذاك باقي الأخبار الدالة على ثبوت الإجارة وجوازها فيما بعد إن شاء الله فقد ثبتت الإجارة بكتاب الله وبالأخبار الثابتة عن رسول الله ﷺ، واتفق على إجازتها كل من نحفظ قوله من علماء الأمة. ١. هـ.

قال علماؤنا: والمعنى فيها أن الحاجة بل الضرورة داعية إليها فجوّزت لذلك كما جوّز بيع الأعيان وأركانها أربعة عاقدان وصيغة فيها ذكر الأجرة ومنفعة، وأشار المصنف إلى صفة العاقلين فقال: (تصح) الإجارة (ممن يصح بيعه).

أقول: الاقتصار في مقام البيان يُعتبر كالحصر فكأن المصنف قال: لا تصح إلا ممن يصح بيعه، وهو المطلق التصرف المختار قال في شرح الروض: لكن تقدم أن للكافر استئجار المسلم وليس له شراؤه.

أقول: قد يجاب عنه بأنه لما لم يُقرّ في يده وأجبر على إزالة يده عنه وكان القصد الأصلي من البيع الانتفاع بالمبيع وهذا لم ينتفع بمن استأجره لم يُحتج إلى استثنائه، والله أعلم. وكذا ما أُورد من جواز إجارة السفينة نفسه لما لا يقصد من عمله ويصح تبرّعه به فإنه لما لم يقصد من عمله خرج عن الاعتبار.

قال المصنف مشيرا إلى الصيغة: (وشرطها) أي محققها فهو بمعنى الركن والحصر غير مراد له فكأنه قال: ومن أركانها (إيجاب) من أحد العاقلين (مثل) قول مالك: منفعة شيء (أجرتك هذا) بقصر الهمزة ومدّها كما مضى (أو) أجرتك (منفعة) وعبرة المنهاج: والأصح انعقادها بقوله: أجرتك منفعتها. ١. هـ.

ففي هذا خلاف قويّ ذكره في الروضة بقوله: ولو أضاف إلى المنفعة فقال: أجرتك أو أكريتك منافع هذه الدار فوجهان أصحهما الجواز وبه قطع في الشامل

وذكر المنفعة تأكيد كقوله: بعتك عين هذه الدار أو رقبته فإنه يصح البيع. والثاني: المنع وبه قطع الإمام لأن لفظ الإجارة وُضِع مضافاً إلى العين. اهـ.

قال المصنف رحمته:

(أو أكرتتك) هذا مثلاً وقوله: (وقبول) معطوف كما هو ظاهر على إيجاب كقوله: استأجرته أو أكرتته أو قبلت إجارته مثلاً فإن قال: بعتك منفعة هذه الدار مثلاً شهراً فوجهان: أحدهما: المنع، لأن لفظ البيع وَضَعهُ لتمليك العين لا المنفعة وكما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة، وعن ابن سريج الصحة، لأن الإجارة صنف من البيع.

قال المصنف رحمته:

(وهي) أي الإجارة (على قسمين إجارة ذمة وإجارة عين) بمعنى أن محل المنفعة قد يكون معيناً وغير معين (فإجارة الذمة) كذا بالفاء في نسخة الفيض وهي أولى من الواو التي في المجردة، لأنه تفريع على التقسيم لبيان القسمين بالمثل أي فأول القسمين المسمى بإجارة الذمة (أن يقول) أي مثل قوله: (استأجرت منك دابة صفتها كذا) أي فيحدها بذكر جنسها ونوعها إلى آخر ما يأتي فهذه الإجارة واردة على ذات غير معينة، وإنما هي موصوفة بما يميزها والمشغول بالمسؤولية عنها ذمة المخاطب، وقد مرّ أن الذمة معنى يصير الإنسان به أهلاً لوجوب الحق له أو عليه كما في المعجم الوسيط.

وقول المصنف: (أو استأجرتك لتحصّل لي خياطة ثوب أو ركوبي إلى مكة) مثلاً مثالان لا يوافق على كونهما من إجارة الذمة، وعبارة الروض هنا: والإجارة تكون على العين كاستئجار دابة معينة أو شخص معين لخياطة ثوب، وتكون في الذمة كاستئجار دابة موصوفة أو إلزام ذمته خياطة كذا ونحوه واستأجرتك لكذا إجارة عين قال شارحه: للإضافة إلى المخاطب، وقال في الروضة: وواردة على الذمة كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل أو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب أو بناء الحائط قبيل، وفي قوله: استأجرتك لكذا أو لتفعل كذا وجهان: أحدهما: أن الحاصل به إجارة عين للإضافة إلى المخاطب. والثاني: إجارة ذمة. وفي المنهاج مع

التحفة: ولو قال: استأجرتك أو اكتريتك لتعمل كذا أو لكذا أو لعمل كذا فلا فرق بين هذه الصيغ... فإجارة عين، لأن الخطاب دال على ارتباطها بعين المخاطب. وقيل: إجارة ذمة لأن القصد حصول العمل من غير نظر لعين فاعله ويُردُّ بمنع ذلك نظراً لما دل عليه الخطاب. ا.هـ. فقول المصنف: استأجرتك لتحصل لي إلخ لا يفترق من قوله: استأجرتك لكذا، أو استأجرتك لعمل كذا بل كان هذان أشبه بإجارة الذمة لتكرر الخطاب فيما ذكره دونهما لكن وقع في المهذب والتنبيه ما هو ظاهر فيما قاله المصنف وليس صريحاً فيه وعبارة الأول: ويجوز على عمل في الذمة مثل أن يكتري رجلاً ليُحصِّل له خياطة ثوب أو بناءً حائطٍ... وعبارة الثاني: وتصح على منفعة في الذمة كالاستئجار لتحصيل الحج وتحصيل حمولة في مكان. ا.هـ. وعبارة المهذب أدخل في الإيهام من عبارة التنبيه؛ لأن الاكتراء فيها وقع على الرجل والضمير الفاعل في يحصل رجع إليه في عبارة المهذب دون التنبيه، وإنما لم يكن ذلك صريحاً في نظري لإمكان تأويل قوله: أن يكتري رجلاً بأن يلزم ذمة رجل إلخ فإن كان أراد به ما صرح به المصنف فقد ضعفه شيخا المذهب وتابعوهما.

والحاصل: أن إجارة الذمة عندهم نوعان إجارة عين موصوفة غير معينة وإلزام ذمة المخاطب عملاً ما فما خرج عن هذين إجارة عين كالذي مثَّل به المصنف، والله أعلم.

قال المصنف رحمته:

(وإجارة العين مثل) قوله: (استأجرت منك هذه الدابة) الحاضرة المشاهدة مثلاً (أو) قوله: (استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب) أقول: يُشعر تغيير أسلوب هذه العبارة من المصنف في الاستئجار أن لإحكام كلمة تُحصِّل في الأول وتنكير الثوب فيه بخلاف هذا في الأمرين دخلاً في جعل الإجارة ذمِّيةً أو عينيةً وليس كذلك فالتعيين وعدمه إنما يعتبران بتعيين المستوفى منه وعدمه والثوب مستوفى به لا مستوفى منه وكلمة التحصيل لا أثر لها في ذلك وإن شُبَّه على أحد بإسنادها إلى ضمير الخطاب فذلك إن لم يجرَّها إلى إجارة العين لا يدفعُ بها إلى إجارة الذمة، لأن التحصيل كما

يكون بغيره يكون به نفسه بل هذا هو الأصل ونسأل من يظن ذلك هل لو قال: استأجرتك لتحصيل خياطة ثوب بصيغة المصدر ماذا كنت تحكّم على الإجارة؟ أعينية هي عندك أم ذمية فإن قال: هي عينية قلنا فالخطاب إن لم يؤكّد هذا المعنى لم يُضعفه، وإن قال: هي ذمية خالف ما نصّوا عليه في قوله: استأجرتك لعمَل خياطةٍ مثلاً. وهذا بينٌ فليس بين كلمتي التحصيل والعمل فرق، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(وشرط إجارة الذمة قبض الأجرة في المجلس) أي مجلس العقد، لأنها سلم في المنافع، ولذلك تنعقد بلفظه كأن يقول أسلمت إليك هذه الدراهم في خياطة هذا الثوب، أو في دابة صفتها كذا تحملني إلى مكة مثلاً، ولا يجوز الإبراء عنها ولا الاستبدال بها ولا الحوالة بها ولا عليها كراس المال في السلم.

قال: (وشرط إجارة العين) أي شروطها (أن تكون العين معينة) بالمشاهدة أو الوصف التام للغائبة المعروفة. وعبرة التنبيه: ولا يجوز إلا على عين معروفة فإن لم يعرف إلا بالرؤية كالعقار لم يجز حتى يرى وفهم منه أن إجارة العقار لا تكون إلا عينية، وفي المذهب: وفي استئجار عين لم يرها قولان: أحدهما: لا يصح، والثاني: يصح ويثبت الخيار إذا رءاها كما قلنا في البيع وسيذكر المصنف ما احترز عنه بهذا القيد كسائر القيود التي منها قوله: (مقدورا على تسليمها) المراد تسلّمها فإذا حصلت القدرة على التسلم صحت كما في البيع (يمكن استيفاء المنفعة) المقصودة (المذكورة) في العقد (منها و) أن يتصل استيفاء منفعتها بالعقد أي أن لا يمنع منه مانع فالمراد الاستيفاء إمكناً (و) أن (لا يتضمن الانتفاع) المعقود عليه (استهلاك) أي إهلاك (عينها) الإضافة بيانية (وأن يعقد) بالبناء للمعلوم أو المجهول عقداً منتهاها مقصوده وهو الانتفاع (إلى مدة تبقى فيها العين) بصفتها المقصودة بقاءً (غالباً) في مثلها (ولو) كانت (مائة سنة) مثلاً (في) إجارة (الأرض).

قال في التنبيه: ويجوز على مدة تبقى فيها العين في أصح القولين، ولا يجوز أكثر من سنة في الآخر، وقيل: فيه قول ثالث إلى ثلاثين سنة^(١). ا.هـ. وعبرة الروضة بناءً

(١) في المنهاج: الجزم بوجود هذا القول.

على الأصح: فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة والدابة تؤجر عشر سنين والثوب ستين أو سنة على ما يليق به والأرض مائة سنة وأكثر، وقال ابن كنج: يؤجر العبد إلى تمام مائة وعشرين سنة من عمره. والقول الثاني: لا يجوز أكثر من سنة مطلقاً. والثالث: لا يجوز أكثر من ثلاث سنين، وحكي وجه أنه يجوز أن يؤجرها مدة لا تبقى فيها العين غالباً لأن الأصل الدوام فإن هلكت لعارض فكانهدام الدار ونحوه. ا.هـ. قال في التحفة: وما ذكره من الممدد لا يحسب جميعه من حين عقد الإجارة... وإنما المراد حساب ما مضى من الولادة ومدة الإجارة... وقال سم في حاشيته عليها: هذا بعيد من عبارتهم وما المانع من إيجار عبد بلغ خمس عشرة سنة مثلاً ثلاثين سنة، لأنه يبقى إليها غالباً؟ ونقل الشرواني عن جماعة من أهل الحواشي أن المعبر هو ما بقي من العمر الغالب فإذا بلغ الستين لم يؤجر إلا سنة سنة. ا.هـ. ونقل في التحفة عن أبي حامد: أنه يجوز في الدابة عشرون، وفي الدار مائة وخمسون وفي الأرض خمسمائة فأكثر قال: وجوز في الشامل كالقفال بلوغها ألفاً واعترض بما مر في البيع أنه لا يجوز التأجيل بها لبعده بقاء الدنيا إليها. ا.هـ. وقد كتبت الرد على هذا الاعتقاد هناك ومما يؤيد ما كتبت أنه مدة بقاء الدنيا من وفاة صاحب الشامل وهو ابن الصباغ رحمته إلى الآن قاربت الألف فإنه توفي سنة سبع وسبعين وأربعمائة، وهذه السنة التي أكتب فيها هذا البحث هي الثالثة والثلاثون بعد ألف وأربعمائة فهي تسعمائة وست وخمسون - في ظني - ولما تظهر بعدُ أشراط الساعة الكبرى فقد شارف ما جوزه ابن الصباغ أن يتحقق فعلاً. فالصواب الكف عن الخوض في مثل ذلك. أقولها مكرراً لها، وبالله التوفيق.

ثم شرع المصنف في ذكر محترزات القيود التي ذكرها، ولقد أحسن جداً في هذا المقام جزاءه الله خيراً فقال: (فلا تصح) إجارة (أحد العبدین) أو إحدى الدابتين أو الدارين مثلاً فأولى بعدم الصحة أحدُ أشياء لإيهام ذلك فهذا محترز القيد الأول وما يليه وهو: (ولا غائب) متردّد بين ذلك وبين كونه من محترز القيد الثاني.

قال في المنهاج: ويشترط في إجارة العين تعيين الدابة قال في التحفة: أي عدم

إبهامها... وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب والأظهر اشتراطه وكذا يشترط قدرتها على ما استؤجرت لحمله.

(وَأَبَق) أي هارب من قبضة سيده إلا لقادر عليه، وكذا المغصوب فإن كان المؤجر أو المستأجر يقدر عليه فور العقد أي قبل مضي مدة لها أجرة صَحَّتْ. قال في التحفة: وألحقَّ الجلال البلقيني بذلك أي بنحو المغصوب ما لو تبين أن الدار مسكن الجن وأنهم يؤذون الساكن برجم ونحوه قال: وهو ظاهر إن تعذر دفعهم وعليه فَطُرُوهُ ذلك بعد الإجارة كطروء الغصب بعدها أي فيخير المكتري وهل دريت أن ذلك محترز القيد الثاني؟ نعم.

(و) لا إجارة (أرض لا ماء) معدُّ (لها) أي لريِّها (ولا يكفيها المطر) المعتاد غالباً ونحوه كالسيح نعم إن أمكن إعداد ماء لها في مدة لا تُقَابَلُ بأجرة والتزمه المؤجر صحت وخيَّرَ المستأجر إن لم يف المؤجر بوعدده وقوله: (للزراع) متعلق بإجارة المقدرة (و) لا إجارة (حائض) بالفعل (ل)نحو (كنس مسجد) وفرشه وقراءة قرءان وهذا من محترز القيد الثالث وعدم الإمكان فيه شرعي وفي الأول طبعي أو قُل: حِسِّي، أما الذي في قوله: (و) لا إجارة (منكوحة للرضاع بلا إذن زوج) فيه فهو جَعَلِيٌّ وذلك لاستغراق أوقاتها بحق الزوج، وإذا منعت من الإحرام والصوم من غير إذنه فما بَالُكَ بالرضاع وتقييد الحائض بالمسلمة لا يليق إذ نجاسة الكفر أكبر فإذا اجتمع مع الدم تضاعفت النجاسة، فالتجوز للذمية الحائض إذا أمنت التلويث تهوينٌ لما حَقُّهُ التهويل وقد يُرى مُكافأةً على الكفر... في رأبي.

(ولا استئجار العام) أو الشهر بل اليوم (المستقبل) أي ولا استئجار نحو الدار للمستقبل فلا يصح (لغير المستأجر) حالا (ويجوز) كائنا (له)، وعبارة المنهاج: ولا يجوز إجارة عين لمنفعة مستقبله فلو آجر السنة الثانية لمستأجر الأولى قبل انقضائها جاز في الأصح أي لاتصال المدتين ولا يقدح فيه احتمال طرؤ قاطع قبل حلول المدة الثانية، لأن الأصل العدم فإن طرأ فعلاً لم يؤثر في إجارة المدة الثانية إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء وشمل ذلك ما لو آجر مستأجر الأولى الدار لغيره فتصح إجارته هو المدة الثانية أي إجارة المالك له لا للمستأجر الثاني، ثم لو قال المصنف:

ولا إجارة العام أو حذف المضاف رأسًا كان أنسب بسابقه ولعل الاستتجار سرى إليه من عبارة غيره أما زيادته لا فقد وقعت موقعها، وقد كنت تمنيتها في وأرض فوجدتها في نسخة الفيض لكن مع ذباب ليل وهو «علّي».

قال: (ولا) إجارة (الشمع) بالتحريك وقد يخفف وهو وقاية العسل ورد في المعجم الوسيط عنه ما يلي: والشمع ما تفرزه النحل وتصنع منه بيوتها المسدسة وتحفظ فيها عسلها. ١. هـ.

وقول المصنف: (للو قود) بضم الواو كالورود متعلق بإجارة المقدره بعدلا والوقود المضموم مصدر وقَدَتِ النارُ واسمُ مصدرٍ أو قَدَتِ النارُ، أما المفتوح فهو ما يوقد كالحطب فهو الشمع نفسه ولا تنس أن هذا محترز قوله، ولا يتضمن الانتفاع بها استهلاك عينها (ولا) إجارة (ما لا يبقى إلا) مدة محددة (سنة) أجعلها (مثلا) للمدة فلا تجوز إجارتها مدة (أكثر منها) كستين، وهذا محترز الشرط الأخير كما لا يخفى على فطنة البصير.

قال المصنف رحمه الله:

(وشرطها) أي شرط الإجارة مطلقة عن التقييد بالعين أو الذمة ولم يقل، وشرط المنفعة أن تكون مباحة إلخ لئلا يوهم - فيما أحسب - قصر ذلك على المنفعة في إجارة العين، لأنه إنما ذكر كلمة المنفعة في خلال ذكر شروطها فعدل عن ذلك مع أنه المتبادر إلى قوله: وشرطها (أن تكون المنفعة مباحة متقومة) أي ذات قيمة شرعا (معلومة) لكن هذا الغرض لم يصل لبعض من كتب على هذا الكتاب المبتلى فهو يُشَرِّقُ إذا غَرَّبَ هذا وبالعكس ألا تعجبون من حصر شرط الإباحة في منفعة إجارة العين، أما منفعة إجارة الذمة فلا حرج أن تكون محرمة.

ولولا أن العقول بيد الله ما صدر مثل ذلك ممن عمدته شرح المنهج إذ لم يكن له - مثلي - قدم في الفقه فإن صنيع المنهج في المقام من أحسن وأوضح ما صنعه أحد من الأنام حيث قال رحمه الله: أركانها صيغة وأجرة ومنفعة وعاقده شرط فيه - أي في العاقد ما مر في البيع ثم تكلم على الصيغة ثم على الأجرة ثم على المنفعة من حيث هي، ثم ذكر أخيرا ما يخص إجارة العين وإجارة الذمة وكفى بشيخ الإسلام زكريا مهندسًا للتأليف.

قال المصنف رحمته :

وذلك (ك) المنفعة في (قوله: أجرتك) هذه الأرض (لتزرع) فيها (أو) أجرتها (لتبني) فيها أو أكرتكم إياها لتغرس فيها فالزراعة والبناء والغرس منافع مباحات متقومات ومعلومات (أو) قوله: أجرتك دابة صفتها كذا ل(تحمل) عليها (قنطار حديد أو قطن) مثلا فحمل ذلك على الدابة وإيصالها للمحل المعلوم منفعة مباحة.. إلخ والقنطار مقدار من الوزن مُخْتَلَفٌ في حده على أقوال كثيرة، وفي المعجم الوسيط: القنطار معيار مُخْتَلَفٌ المقدار عند الناس وهو بمصر في زماننا مائة رطل اهـ أي ما يعادل أربعة وأربعين كيلو غراما وتسعمائة وثمانية وعشرين غراما أو قُلُّ خمسة وأربعين كيلو غراماً إلا اثنين وسبعين غراما ويطلق على المال الكثير بلا حدٍّ، ولا يصح العقد عليه بهذا المعنى.

وشرطها أيضًا أن تكون (في مدة معلومة و) أن تكون (بأجرة معلومة ولو) كان علمها (بالرؤية جزافا) أي تخميننا لقدرها كذا يستعمله الفقهاء والذي في المعجم الوسيط أن الجزاف هو الشيء لا يُعلم كيله أو وزنه، وعلى هذا فجزافا في المتن حال أي غير معلومة الكيل والوزن وهو على الأول تمييز ويصح فيه غير ذلك، وقوله: (أو منفعة أخرى) أحسبه منصوبا بالعطف على محل الجار والمجرور كأنه قال: ولو مرئية غير معلومة القدر أو منفعةً أخرى والمعنى ولو برؤية ذاتها إن كانت عينا أو معرفة محلها إن كانت منفعة قال البغوي في التهذيب: ولو جعل الأجرة منفعة عين يجوز مثل أن أجر دارا بمنفعة دار أخرى أو بمنفعة عبد أو أجر دارا بمنفعة دارين يجوز لأنه لا ربا في المنافع فإنه لو أجر حليا من ذهب بذهب يجوز ولا يشترط القبض في المجلس وعند أبي حنيفة لا يجوز إجارة المنافع بالمنافع عند اتفاق الجنس وقال قبل ذلك:

ويشترط بيان الأجرة إما بالمشاهدة أو ببيان الوصف والمقدار فالمشاهدة أن يقول: استأجرتك لتعمل لي كذا بهذا الدينار أو بهذا الثوب والوصف والمقدار أن يقول: استأجرتك بدينار أو بمائة من حنطة يصفها فيجوز ولو استأجر بكف من

دراهم يشاهدها غير معلومة الوزن أو بشيء جزافا هل يجوز أم لا؟ نُظِر: إن كان العقد على منفعة في الذمة ففيه قولان: كالسلم وإن كان على منفعة معينة ففيه طريقتان من أصحابنا من قال: فيه قولان كما لو كان في الذمة ومنهم من قال: يجوز قولاً واحداً كيبيع العين يكون العوض فيه جزافاً. هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(فلا تصح) الإجارة (على زمر) قال في المصباح: زمر يزمر من باب ضرب وزميرا أيضاً ويزمُر بالضم لغة... وزاد المعجم الوسيط في المصدر زمراًناً وفسره بقوله: صَوَّتَ بالمزمار أو غَنَّى في القصب... ثم قال: زَمَّرَ بالمزمار نفخ فيه مُطَرَّباً، وقال أيضاً: الزامر النافخ بالمزمار أو القصب وفسر المزمار بألة من خشب أو معدن تنتهي قصبته ببوق صغير. هـ. وقد ترجم البيهقي في السنن الكبرى قائلاً: باب ما جاء في ذم الملاهي من المعازف والمزامير ونحوها، وَذَكَرَ تَحْتَهُ قول الله جل ذكره: ﴿ وَمَنْ أَلْتَأَسَ مِنْ يَشْتَرِي لَهُوَ الْحَدِيثُ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ [لقمان: ٦] فأخرج عقبه عن ابن عباس أنه قال في هذه الآية: نزلت في الغناء وأشباهه، ثم أخرج أحاديث منها ما أخرجه من طريق أبي داود من طريق غيره عنه بإسناده إلى نافع مولى ابن عمر قال: سمع ابن عمر زمماراً فوضع إصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي: يا نافع هل تسمع شيئاً فقلت لا فرفع إصبعيه من أذنيه وقال: كنت مع رسول الله ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا... الحديث. إِذَنْ فالزمر حرام فلا تصح الإجارة عليه.

(و) لا على (حمل خمر) أي مسكر إلى مكان ما (لغير إراقتها) لأنه حرام ملعون فاعله في الحديث، وإن شاء الله يأتي ذلك في كتاب الحدود أما لإراقتها فيحل ويصح لأنه فعل واجب فهذان مثالان لما احترز عنه المصنف بقوله: مباحة.

(و) لا على (كلمة بياع) البياع أصله مبالغة البائع قال في اللسان: ورجل يَبُوعٌ جَيِّدٌ البَيْعُ وَيَبَّاعٌ كَثِيرُهُ.

ولم يزد صاحب التاج على ذلك شيئاً ولم أجده في غيرهما من كتب اللغة التي عندي ولا من كتب الفقه مفسراً والذي تَلَقَّيْتُهُ من مُعَلِّمِيَّ أَنَّهُ بمعنى الدَّلَالِ الذي فسره

المعجم الوسيط بالوسيط الذي يجمع بين البيّعين ومن ينادي على السلعة لتُباع بالممارسة وهو ما يدل عليه تصرف الفقهاء أيضًا حيث قال في الروضة مثلاً: استئجار البيع على كلمة البيع أو كلمة يروج بها ولا تعب فيها باطل إذ لا قيمة لها قال الإمام محمد بن يحيى: هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد كالخبز واللحم، أما الثياب والعبيد وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين فيختص بيعها من البيع بمزيد منفعة وفائدة فيجوز الاستئجار عليه. قال النووي: ثم إذا لم يصح الاستئجار ولم يتعب البيّاع فلا شيء له وإن تعب بكثرة التردد أو كثرة الكلام في أمر المعاملة فله أجره المثل لا ما تواطأ عليه البيّاعون. ١.١. هـ. واعتمد حج تفصيل ابن يحيى الذي أقره النووي، واعتمد الرملي حمل كلامه على ما فيه تعب وإلا فلا فرق وهذا هو الظاهر.

وقول المصنف: (لا كلفة فيها) بوزن غرفة بمعنى قول غيره: لا تعب وأصلها ما تتحمله على مشقة (وإن رُوّجت السلعة) المبيعة أي جعلتها رائجة نافقة ومن هذا ما يقع في عصرنا من استئجار بعض البائعين لأحد المتفاحين ليروِّجوا لهم بعض السلع بكلمات قليلة طنانة وتسجل تلك الكلمات وتكرر إذاعتها فذلك على التفصيل المذكور في نظر المذهب الشافعي وظاهر أن ما ذكر محترز قول المصنف: متقومة ومن غير المتقومة شرعاً منفعة الكلب فلا يصح استئجاره لنحو صيد وحراسة على الأصح بخلاف الهرة والبازي والشبكية فتصح إيجارها.

(و) لا تصح الإجارة على (حمل قنطار) أي شيء محدد بالمقدار فقط و(لم يعين ما هو) أي أي جنس هو لاختلاف ضرر الموزونات والمكيّلات فيؤدي إلى الغرر ثم النزاع وكذا إجارة الأرض الصالحة لأكثر من منفعة لا تصح إلا بتعيين نوع المنفعة أو تعميمها أو التخيير بينها (ولا) إجارة (كل شهر بدرهم) أي إجارة نحو دار قائلاً: كل شهر بدرهم مثلاً (و) الحال أنه (لم يبين جملة المدة) أي مجموع مدة الإجارة أهي سنة أم غيرها وهذا محترز قوله: في مدة معلومة قال في الروضة: ولو قال: كل شهر بدرهم من الآن فباطل أيضًا على المشهور الصحيح، وقال في الإملاء: يصح في الشهر الأول وبه قطع الإصطخري. ١.١. هـ. ولو قال: آجرتك هذا الشهر بكذا وما زاد فبحسابه صح في الشهر الأول فقط ولو قال: آجرتك كل شهر من هذه السنة بكذا لم

يصح أيضًا فإن قال: أجرتك هذه السنة كل شهر بكذا صح.

(ولا) تصح الإجارة (بالطعمة) بضم الطاء قال في المصباح: والطعمة الرزق وجمعها طُعْم مثل غرفة وغرف والطُّعْمَةُ المأكلة. ا.هـ. وعبارة المعجم الوسيط في الثاني كل ما يُطْعَم.

(و) لا (الكسوة) بتثنية الكاف وإسكان السين على ما اشتهر واقتصر في المصباح على الضم والكسر فهما أفصح وقد فسرها باللباس وذلك للجهل بهما فهما مما احترز عنه بقوله: بأجرة معلومة. هذا وقد بقي مما عدّوه من شروط الإجارة كون المنفعة تحصل للمستأجر وخرج بذلك القُرب المحتاجة للنية كالصلاة والصوم فلا يستأجر عليها إذ المقصود بها امتحان المكلف بكسر نفسه وقسرها على مراد الله منه، وذلك لا يحصل بفعل غيره عنه وقد تقدم ما استثنى من ذلك في أبواب الحج والزكاة والوكالة، أما ما لا نية فيه فإن كان فرض كفاية شائعا أصالة كالجهاد فلا يصح استئجار مسلم له أو غير شائع كتجهيز الميت وتعليم القرآن جاز الاستئجار له ولو عرض تعينه، ويصح أيضًا لما هو شعار كالأذان.

قالوا: ولو استؤجر للإمامة ولو في نافلة كالترابيح لم يصح، لأن فائدتها إنما تحصل للأجير لا للمستأجر وكذا لا يجوز الاستئجار على القضاء ولا على التدريس إلا إذا عين ما يقضي فيه وما يُدرّسه والأشخاص فما يأخذه المنصوبون من الحكومات أو الأفراد في مقابلة أعمالهم أرزاق من مال المصالح أو أموال المتطوعين وليس على سبيل الإجارة الحقيقية.

قال المصنف رحمه الله:

(ثم المنفعة) المقصودة من الإجارة (قد لا تعرف) أي قد يتعذر تحديدها (إلا بالزمان كالسكنى والرضاع فتقدر به) لأنه الممكن (وقد لا تعرف إلا بالعمل) ومحلّه (كالحج ونحوه) كالعمرة وإقراء القرآن أو أي كتاب معين (فتقدر به) لذلك.

وفي كلام المصنف إدخال قد على الفعل المنفي، وقد نص النحاة على أنه لحن لكنه مشهور حتى لم يتحاش منه الأكابر ولقد فوجئت برؤيتي له في كتاب الإمام

الشافعي الأم قريبا فلعله لا يرى كونه لحنا فإنه ممن تؤخذ عنهم اللغة، والله أعلم.
(وقد تعرف بهما) أي بكل منهما (كالخياطة) يمكن تحديدها بما يخاط وبزمانه
(والبناء وتعليم القرآن) أي أبعاضه (فتقدر بأحدهما فإن قدرت بهما) معًا (فقال)
مثلا: استأجرتك (لتخيط لي هذا الثوب) فذكر العمل ومحلّه وهو الثوب (بياض هذا
اليوم) يعني طول هذا النهار مثلا (لم يصح) للغرر فقد يتقدم فراغ أحدهما على فراغ
الآخر نعم إن أراد بذلك التقدير بالعمل وذكر الزمان للتعجيل صح فيما اعتمده حج
ومر وفيما إذا كان الثوب صغيرا يُقطع بالفراغ من خياطته في أقل من النهار اعتمد
شيخ الإسلام تبعاً للسبكي الصحة ومال إليه في التحفة، واعتمد الرمليان البطلان فيه.
تنبيه: قال البغوي في التهذيب: وجملة هذا الفصل أن الإجارة على ضربين إجارة
عقار وإجارة غير عقار، أما العقار فلا تصح إجارته إلا أن يكون معيناً... وتقدير
منافعه يكون بيان المدة فيقول: أجرتك هذه الأرض سنة أو سنتين بكذا ولا يمكن
تقدير العمل فيه، وأما غير العقار فتجوز إجارته معيناً في الذمة فإن كان معيناً أمكن
تقدير المنفعة فيه بالمدة والعمل فالمدة كأن يقول: استأجرتك لتعمل لي كذا شهراً
أو العمل مثل أن يقول: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب أو اكرتيت منك هذه الدابة
لأركبها إلى موضع كذا وإن كان في الذمة فتعلم المنافع بالعمل أي لا بالمدة قال:
وكل منفعة هي مجهولة في نفسها مثل السكنى وسقي الأرض والرضاع يكون
تقديرها بالمدة، لأن السكنى وما يُروى به الأرض من السقي وما يشبع به الصبي من
اللبن لا يمكن ضبطه. اهـ.

قال في الروض: وما يستأجر غير محصور فلنذكر منه ثلاثة أنواع يقاس عليها
الأول الآدمي... فذكر ما يتعلق بالأعمال التي يُستأجر لها الإنسان ثم قال: النوع
الثاني العقار ولا يشترط معرفة من يسكن الدار اكتفاء بالعرف ثم ذكر ما يتعلق
باستئجار الحمام والأرض.

ثم قال: النوع الثالث: الدواب، فذكر ما في قول المصنف: (ويشترط) في إجارته
للكوب إجارة عين أو ذمة لينتفي الغرر (معرفة الراكب بمشاهدة) له (أو وصف تام)

أي مستوعب لجثته بالضخامة أو النحافة أو الاعتدال (وكذا معرفة ما يركب عليه) إن كان من المكثري بالرؤية (من محمل وغيره) أي أو غيره كسرج مثلاً ويكفي الوصف والوزن، وذلك إذا لم يكن عرفٌ معتاد يُحمل عليه وإلا حُمِل عليه، أما إذا كان ذلك من المكثري فلا يشترط ذلك ويحمله على ما يليق بدابته قاله في الروض .

قال المصنف رحمته :

(و) يشترط (في إجارة الذمة ذكر جنس الدابة) كفرس وبغل (ونوعها) إن تعدد في الناحية (وكونها) أي الدابة لأنها تطلق على كل (ذكر أو أنثى) وإنما يشترط هذا (في الاستئجار للركوب) لاختلاف الغرض بدينك فإن الذكر أقوى والأنثى أسهل سيراً غالباً مع ذكر صفة سيرها إن اختلف في محل الإجارة وحواليه (لا) في الاستئجار (للحمل) عليها فلا يشترط ذكر ذلك حتى الجنس، لأن المقصود منه إيصال المحمول إلى المكان المعين فلا يكبر اختلاف الغرض فيه (إلا أن يكون) الاستئجار (لحمل) (نحو زجاج) كبيض وخزف فيشترط ذلك فيه ويحتمل أن يكون التقدير إلا أن يكون الحمل حملاً لنحو... إلخ فاللام مقوية أو إلا أن يكون الحمل حمل نحو زجاج فاللام زائدة، والله أعلم.

أقول: قياساً على هذا الذي ذكره علماؤنا بحسب ما أمّلته عليهم ظروف أزمنتهم يلزم في عصرنا هذا عصر العربات والسيارات في استئجار نحو سيارة للركوب في الذمة ذكر نوعها وصفاتها من قدم أو حادثة أو تحديث، وإن كان يتعلق غرض بجنس نوع وقودها فكذلك وأهم من ذلك في نظري التأكد من كفاءة سائقها فلقد تكاثرت حملة التراخيص المزورة من المتهورين الذين لا خبرة لهم ولا يهتمون بأنفسهم فضلاً عن غيرهم نسوا الله فأنساهم أنفسهم أولئك هم الفاسقون بل يلزم الاهتمام بجُل ذلك في استئجار سيارات نقل الأمتعة والبضائع أيضاً، والله الموفق.

قال المصنف رحمته :

(وما يُحتاج إليه) من الآلات (للتمكن من) أصل (الانتفاع) بالدابة أو الدار المستأجرة مثلاً (كالمفتاح) للدار والصندوق وغرف الإيجار المعروفة في الفنادق

(والزمام والحزام) بكسر أوّليهما قال في المصباح نقلا عن بعضهم: الزمام في الأصل الخيط الذي يُشدُّ في البُرّة أو في الخِشّاش ثم يُشدُّ إليه المقود ثم سُمِّيَ به المقود نفسه. ا.هـ. والبُرّة حلقة تجعل في أنف البعير، والخِشّاش عود يجعل في أنف البعير يشد به الزمام، والزمام كالخطام وزنا ومعنى، وأما الحزام فهو ما يُشد به الإكاف على الدابة (والقتب) بفتحيتين وبكسر فسكون رحل البعير الذي على قَدْرِ سنامه كما في المعجم الوسيط (والسرج) للفرس إن اطرده به عرف (فهو على المكري) لنحو الدار والدابة، وعبارة المنهاج وإن آجر دابة لركوب فعلى المؤجر إكاف وبرذعة وحزام وثفر وبرة وخطام... إلى أن قال: والأصح في السرج إتباع العرف قال في التحفة: قطعا للنزاع هذا إن اطرده بمحل العقد وإلا وجب البيان. ا.هـ.

وعبارة المنهج وشرحه ويتبع في نحو جبر وكحل كقتب وخيط وصبغ وطلع عرف مطرد في محل الإجارة، لأنه لا ضابط له شرعا ولا لغة.... فإن لم يكن عرفاً أو اختلف وجب البيان. انتهت. بحذف.

(أو) ما يحتاج إليه (لكمال الانتفاع كالمحمل) كمجلس فسرّه في المعجم الوسيط بالهودج (والغطاء) بكسر أوله وهو السّتر الذي يجعل على أعواد المظلة في اكتراء الدابة (و) كال(الدلو والحبل) في الاستئجار للاستقاء. قال البغوي في التهذيب: فإذا اكرت دابة للاستقاء يجب أن يذكر جنس الدابة أنها بعير أو ثور أو بغل، ويجب أن يعرف عين البئر ويبين الدواب ويجب بيان المدة فيقول: تستقى اليوم من هذه البئر بهذا الدلو أو يبين العمل فيقول: تستقى خمسين دلو بهذا الدلو، ويجب تعيين الدلو وتكون آلات الاستقاء على المكثري... إلخ.

وعبارة الروضة: إذا اكرت للحمل فالوعاء الذي ينقل فيه المحمول على المستأجر إن وردت الإجارة على عين الدابة وعلى المؤجر إن وردت على الذمة، والدلو والرشاء - وهو الحبل - للاستقاء كالوعاء للحمل فيفرق بين العين والذمة. انتهت. فما أطلقه المصنف يحمل على إجارة العين.

قال المصنف رحمه الله:

(وعلى المُكْرِي في إجارة الذمة الخروج معه) أي مع المكثري (والتحميلُ) للمحمول على دابته (والحط) له أيضًا (وإركاب الشيوخ) أي إعانة من لا يقدر على الركوب بنفسه استقلالًا كالشيخ والمريض (وإبرك الجمل) والناقة (للمرأة والضعيف) بصغر أو كبر أو سمن أو غير ذلك من الأعذار. أما في إجارة العين فليس عليه إلا تسليم العين.

قال في المنهج: وجاز إبدال مستوفٍ ومستوفٍ به كمحمول ومستوفٍ فيه بمثلها لا مستوفٍ منه ومثل في شرحه للمستوفٍ فيه بطريق استأجر دابة لركوبها فيه، وللمستوفٍ منه بالدابة المعينة في العقد أو بالقبض، أما التي في الذمة فيجب إبدالها للتعب كالتلف ويجوز في حال سلامتها برضى المكثري.

وذكر المصنف ذلك في الأولين بقوله: (وللمكثري أن يستوفي المنفعة) استيفاء (ب) القدر (المعروف) في الناحية (أو مثلها) أي المنفعة فهذا من إبدال المستوفى به (إما بنفسه أو مثله) وهذا من إبدال المستوفى ومثل لذلك على الترتيب فقال: (فإذا استأجر) أرضاً (ليزرع حنطة زرع مثلها) في الضرر بقول أهل الخبرة (أو) استأجر دابة (لركوب أركب مثله) في الثقل (وإن جاوز المكان المكثري إليه) أي الذي اكترى الدابة للوصول إليه والطريق كما مضى مستوفى فيه فزاد فيه ولم يُبدله (لزمه المسمى) من الأجرة (في) المسافة إلى (المكان و) لزمه (أجرة المثل للزائد) عليه (ويجوز) في إجارة العين لا الذمة (تعجيل الأجرة وتأجيلها) حسب الاتفاق (فإن أطلقا) العقد عن ذكر ذلك (تعجلت) لأنه الأصل والغالب. وقد ورد من حديث ابن عمر رض وغيره مرفوعاً «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» رواه ابن ماجه وغيره عن غير ابن عمر وفي أسانيده مقال.

(ويجوز في إجارة الذمة) لا العين كما مضى (تعجيل المنفعة وتأجيلها) كألزمت ذمتك حمل كذا غرة الشهر الآتي كالسلم المؤجل لأنها نوع منه كما سلف.

ثم شرع المصنف في ذكر أحكام التلف ونحوه فقال: (وإن تلفت العين المستأجرة) كالدار والدابة والسيارة المعينتين (انفسخت) الإجارة كائنة (في

(المستقبل) لا الماضي فتَقَسَّطُ الأجرة عليهما بحسب القيمة وَيَرُدُّ المؤجر قسط المستقبل إن كان أخذه (وإن تعيبت) العين كأن مَرَضَت الدابة أو انقطع ماء البئر أو تغير بحيث يمنع الشرب أو انكسرت دعائم الدار أو اعوجَّجت كما في الروضة (تخير) المستأجر بين الفسخ وتركه نعم لو بادر المؤجر بإصلاح ما عَابَ سقط الخيار كما سلف (فإن كانت الإجارة في الذمة) فتلفت أو تعيبت في يده المُسَلِّمُ له عما في الذمة (لم تنفسخ) الإجارة في التلف (ولم يتخير) في التعيب (بل له طلب بدلها ليستوفي المنفعة) من البديل فإن لم يُبدَلْ فسوخ (وإن تلفت العين التي استؤجر) الشخص (على العمل فيها في يد الأجير) كالثوب المستأجر لخياطته أو صَبَّغِهِ أو كَيِّهِ وكالعربة التي استؤجر لقيادتها (أو) تلفت (العين المستأجرة) كالدابة والدار مثلا كائنة (في يد المستأجر) لها أو وكيله في حاجته تلفاً (بلا عدوان) منهما (لم يضمنها) كل منهما لأنه أمين عليها والأمين لا يضمن أو بُعدوانٍ ضمنها (وإن مات أحد المتكاريين) أو هما معا (والعين المستأجرة باقية لم تنفسخ) الإجارة، لأنها عقد لازم فإن كان المائتُ المستأجرَ خلفه وارثه في استيفاء المنفعة، وإن كان المؤجرَ بقيت العين المؤجرة بيد المستأجر إلى انقضاء المدة، أما إن مات الأجير المعين فتتنفسخ لأنه مَورِدُ العقد، وأما من التزم في الذمة ومات فإن كانت له تركة استؤجر منها، وإلا فإن أتم الوارث استحق الأجرة وإلا ثبت حق الفسخ للمستأجر وإن حبس المؤجرُ العين التي آجرها عنده حتى انقضت المدة انفسخت أو حبسها بعض المدة سقط قسطه وثبت الخيار في الباقي أما إذا لم يسلم التي في الذمة فلا انفساخ ولا خيار لأنها دين على المؤجر يُستوفى إذا أمكن.

قال المصنف رحمته:

(وإذا انقضت المدة) المُسْتَأْجِرُ عَلَيْهَا (لزم المستأجر ردُّ العين وعليه مؤنة الرد) هذا الذي جزم به المصنف هو ما رجحه الشيخ أبو إسحاق في التنبية: ولفظه: وإذا انقضت الإجارة لزم المستأجر رد العين وعليه مؤنة الرد، وقيل: يجب ذلك على المؤجر. ا.هـ. وفي الروضة: هل على المستأجر الرد ومؤنته؟ فيه وجهان: أصحُّهما عند الغزالي:

لا، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طَلَب، لأنها أمانة فاشبهت الوديعة وأقربُهما إلى كلام الشافعي رضي الله عنه: يلزمه الرد ومؤنته وإن لم يطلب المالك، لأنه غير مأذون بالإمساك بعد المدة، ولأنه أخذ لمنفعة نفسه فأشبهه المستعير... ١.١.هـ.

هكذا بلا ترجيح من أحد الشيخين وجزم ابن المقري في الروض بعدم اللزوم فقال: يد المستأجر يد أمانة ولو بعد المدة فلا يلزمه الرد قال شارحه: بل التخلية بينها وبين المالك إذا طلب كالوديعة ١.١.هـ. وفي حاشية الرملي: قوله: فلا يلزمه الرد فلو شرط عليه الرد فسدت الإجارة ١.١.هـ. وليس في المنهاج تعرض لمسألة الرد هنا بل للمبنية عليها، وعبارته: ويد المكثري على الدابة والثوب يد أمانة مدة الإجارة وكذا بعدها على الأصح فعقب على هذا صاحب التحفة بقوله: ما لم يستعملها استصحابا لما كان، ولأنه لا يلزمه الرد ولا مؤنته بل لو شرط أحدهما عليه فسد العقد وإنما الذي عليه التخلية كالوديعة ورجح السبكي أنه كالأمانة الشرعية فيلزمه إعلام مالكها بها أو الرد فوراً وإلا ضمن والمعتمد خلافه ويفرق بأن هذا وَصَّعَ يده بإذن المالك أولاً بخلاف ذي الأمانة الشرعية وإذا قلنا بالأصح أنه ليس عليه بعد المدة إلا التخلية فقضيته أنه لا يلزمه إعلام المؤجر بتفريغ العين ١.١.هـ. وفي النهاية مثله.

قال المصنف رحمته الله:

(وإذا عقد على مدة) معينة بأن قُدِّرَت الإجارةُ بها (أو منفعة معينة) بأن قدرت بمحل العمل (فسلم) المؤجرُ المستأجرَ (العين) المؤجرة (وانقضت المدة) في الأولى (أو) انقضت (زمن يمكن فيه استيفاء المنفعة) المعقود عليها في الثانية (استقرت الأجرة) على المستأجر سواء انتفع بها أو لم ينتفع (ووجب رد العين) إلى مالكها على ما سبق آنفاً. (وتستقر في الإجارة الفاسدة) لعدم استكمالها الشروط المعبرة (أجرة المثل حيث يستقر المسمى في) الإجارة (الصحيحة) وهو الانتفاع أو مضي المدة المذكورة بعد التسلم بالفعل لا التخلية في العقار والوضع بين يدي المستأجر مع امتناعه من القبض فلا تستقرُّ بهما أجرة المثل وإن استقر المسمى بهما في الصحيحة إذ سبب الغرم في الفاسدة هو وضع اليد على العين وهو لم يوجد فيهما بخلافه في الصحيحة فهو العقد

مع التمكين، والله أعلم.
 تنمة في فروع وردت في الروض: زمنُ الطهارة والصلاة المكتوبة ولو جمعةً
 والراتبة: مُسْتَنْبَى شرعا من إجارةٍ وقعت على مدة معينة لا تخلو منها وكذا سَبْتُ
 اليهود وأحدُ النصارى لا غيرهما من أعيادهم الكثيرة فعليهم شرط استثنائها في العقد
 وما استثنى شرعا لا تنقص به الأجرة.

ونقل الرملي في حواشيه عن قواعد العز ابن عبد السلام أنه لو شرط عليه أن لا
 يصلي الرواتب وأن يقتصر في الفرائض على الأركان والشرائط صح ووجب الوفاء
 بذلك، لأن تلك الأوقات إنما خرجت من الاستحقاق بالعرف فإذا صرح بخلاف
 ذلك مما يُجوزُ الشرع ويمكن الوفاء به جاز كما لو أدخل بعض الليل في الإجارة
 بالنص عليه...

وذكر أن زمان الأكل وسماعِ خطبة الجمعة والصوم الفرضِ مُسْتَنْبَى كذلك عرفا
 فهو كالمُشْتَرَطِ لفظا قال في التحفة: وهل زمن شراء ما يحتاجه لأكله كذلك؟ فيه نظر
 ويتجه أنه إن أمكنه إعداده قبل العمل أو إنابة من يشتريه له تبرعاً لم يُعْتَفِرْ له زمنه وإلا
 اغْتَفِرْ له بأقل ما يمكن أيضاً، وهل يَجْرِي ذلك في شراء قوت مموّنه المحتاج إليه؛ فيه
 نظر ظاهر دون نحو الذهاب إلى المسجد إلا إن قرب جداً وإمامه لا يطيل على
 احتمال أي للأذرع كما ذكره في شرح الروض. ١. هـ. وفي الروض: ولا يلزم مسافرا
 مستأجراً الدابة في الذمة قصرٌ ولا جمعٌ ولا تأخير الوقت ولا المبالغة في التخفيف
 وليس له التطويل ولا إيقافها لنافلة وأكل وشرب ونحوها لإمكانها على الدابة. ١. هـ.
 بأدنى زيادة من شرحه.

ويقاس على ذلك راكب السيارة بأجرة، والله أعلم.

ذكر المذاهب في بعض مسائل الإجارة:

١ - اكتراء الدار مثلاً مشاهرة:

قال ابن المنذر: اختلف أهل العلم في الرجل يكتري الدار كل شهر بكذا ثم حكى
 عن مالك، وأبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، وأبي ثور إجازته وحكى كراهته
 عن الثوري.

وقال الزحيلي: تشدّد الشافعيةُ في شرط معرفة المدة فقالوا في الصحيح عندهم: إن إجارة كل شهر أو كل جمعة أو كل يوم بكذا باطلة، وقال جمهور الفقهاء: تصح الإجارة في الشهر الأول وتلزم وأما ما عداها من الشهور فلا يلزم إلا بالدخول فيه، لأن الشروع فيه مع ما تقدم من الاتفاق على تقدير الأجر جارٍ مجرى ابتداء العقد عليه فصار كبيع المعاطة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي. ا.هـ. وفي المغني لابن قدامة أن هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور وأنه اختيارُ الخرقى، وذهب إليه القاضي وهو مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده... قال: واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر، وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري، والصحيح من قولَي الشافعي.

الاستدلال:

احتج صاحب المغني بما عراه إلى سنن ابن ماجه أن علياً رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء بما اجتمع له إلى النبي صلى الله عليه وسلم وعن رجل من الأنصار أنه فعل مثل ذلك فاستقى بنحو صاعين فجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال: وهو نظير مسألتنا ثم ذكر ما ذكره الزحيلي.

وذكر صاحب المغني أنه استدلل للبطلان بأن كلاً اسم للعدد فإذا لم يقدر العدد كان مجهولاً فيكون فاسداً كما لو قال: آجرتك مدة. ا.هـ. وحديث استقاء عليّ قال في التلخيص رواه ابن ماجه، والبيهقي من حديث ابن عباس وفيه حنشٌ راويه عن عكرمة عنه وهو مُضعفٌ وسياق البيهقي أتم ورواه أحمد من طريق عليّ بسند جيد ورواه ابن ماجه بسند صححه ابن السكن مختصراً قال: كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترط أنها جلدة.

أقول: حديث عليّ رضي الله عنه عند البيهقي أيضاً بإسنادٍ ناهيكَ به إلا أنه عن مجاهد قال: خرج علينا عليّ... فذكره، وفي تهذيب التهذيب أن الدوري قال: قيل لابن معين يُروى عن مجاهد أنه قال: خرج علينا عليّ... فقال: ليس هذا بشيء، وقال أبو زرعة مجاهد عن عليّ مرسل، وفيه أيضاً، وقد قال ابن خراش: أحاديث مجاهد عن عليّ

مراسيل لم يسمع منها شيئاً. ١. هـ. قيل: وإسناد أحمد أيضاً عن مجاهد كذلك وبذلك ضعفه أحمد محمد شاكر في تعليقه على المسند لكن في كتب المصطلح أن مراسلات مجاهدٍ حسانٌ والمرسل عند الشافعي ومن قال بقوله: إذا اعتضد بغيره يحتج به، وما هنا كذلك فقد ورد من حديث ابن عباس كما سلف، وقال البيهقي: أنه روى عن فاطمة رضي الله عنها في نزع علي رضي الله عنه ليهودي كل دلو بتمرة، وروى عن أبي هريرة في استقاء رجل غير مسمى. ١. هـ. وقد رواه ابن ماجه عن علي نفسه موقوفاً من طريق الثوري عن أبي إسحاق السبيعي عن أبي حية عنه رضي الله عنه مختصراً كما قال في التلخيص وهو الذي صححه ابن السكن وليس فيه إلا عنعنة أبي إسحاق إلا أن الراوي عنه وهو الثوري أثبت الناس فيه كما في التهذيبين. فالظاهر أن الحديث ثابت وليطلق عليه من شاء ما شاء ولم يعارضه من الطرف الآخر إلا لأن... لأن... والله أعلم.

٢- قال أبو المظفر الشيباني في اختلاف الأئمة...:

واختلفوا هل يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة بأكثر مما استأجرها به؟ فقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا أن يكون قد أحدث فيها شيئاً...

وقال مالك، والشافعي: يجوز سواء أصلح في العين شيئاً أولاً، وعن أحمد أربع روايات ثنتان منها كالمذهبين السابقين والثالثة لا يجوز بحال والرابعة يجوز بإذن المؤجر لا بغير إذنه، اهـ قال ابن المنذر: بقول الشافعي أقول كما يجوز للمكترئ الاسترباح فيما قبضه من الأجرة كذلك يجوز للمكترئ. اهـ بمعناه.

٣- واختلفوا في استئجار الخادم والظئر بالطعام والكسوة:

فقال أبو حنيفة: يجوز في الظئر دون الخادم. وقال مالك: يجوز فيهما. وقال الشافعي: لا يجوز فيهما، وعن أحمد: روايتان: أظهرهما: الجواز فيهما كقول مالك والأخرى المنع فيهما كقول الشافعي.

واختلفوا فيمن صمد نفسه لعمل ما من غير عقد الإجارة هل يستحق الأجرة؟ فقال مالك، وأحمد: يستحق الأجرة. وقال الشافعي: لا يستحق من غير عقد ولم نجد عن أبي حنيفة نصاً إلا أن أصحابه المتأخرين قالوا: يستحق الأجرة.

فصل الجعالة

إذا قال: مَنْ بَنَى لِي حَائِطًا فَلَهُ دَرَاهِمٌ، أَوْ مَنْ رَدَّ لِي أَبْقِي فَلَهُ كَذَا، فَهَذِهِ جَعَالَةٌ يُعْتَفَرُ فِيهَا جِهَالَةُ الْعَمَلِ دُونَ جِهَالَةِ الْعَوَضِ، فَمَنْ بَنَى، أَوْ رَدَّ إِلَيْهِ الْأَبْقَى - وَلَوْ جَمَاعَةً - اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ. وَمَنْ عَمَلَ بِلا شَرْطٍ لَمْ يَسْتَحَقَّ شَيْئًا، فَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا لَغَسَّالٍ فَقَالَ: اغْسِلْهُ، وَلَمْ يَسْمِّ لَهُ أَجْرَةً، فَغَسَلَهُ لَمْ يَسْتَحَقَّ شَيْئًا، فَإِنْ قَالَ: شَرَطْتُ لِي عَوَضًا فَأَنْكَرَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ. وَلِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُهَا، لَكِنْ إِنْ فَسَخَ صَاحِبُ الْعَمَلِ بَعْدَ الشَّرْعِ لَزِمَهُ قِسْطُهُ مِنْ الْعَوَضِ، وَفِي مَا سِوَى ذَلِكَ لَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل) في (الجعالة)

قال في المصباح: والجعل بالضم الأجر والجعالة بالكسر وبعضهم يحكي التثليث والجعيلة مثال كريمة لغات في الجُعْل. ا.هـ. وفي شرح الروض: بتثليث الجيم كما قاله ابن مالك وغيره واقتصر الجوهري وغيره على كسرهما وهي لغة: اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء... وشرعا: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول قال: والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢] وكان معلوما عندهم كالوسق وشرع من قبلنا شرع لنا إذا ورد ما يؤيده وهو هنا خبر الذي رقاها الصحابي بالفاتحة على قطع من الغنم كما في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وهو الراقي كما رواه الحاكم والقطع ثلاثون رأسا من الغنم وفي حاشية الرملي عليه أن الإجماع على جوازها حاصل قال شارح الروض: وأيضا الحاجة قد تدعو إليها فجازت كالمضاربة والإجارة. ا.هـ.

وفي متن الروض أن أركانها أربعة الصيغة والعاقدان والعمل والجعل قال المصنف:

(إذا قال) شخص (من بنى لي حائطا فله درهم) مثلا (أو) قال (من ردّ لي آبقى) أي رقيقى الهارب أو قال: ضالتي (فله كذا) لعوض معين (فهذه) الصيغة ونحوها (جمالة يغتفر فيها جهالة العمل دون جهالة العوض) المشروط إذ لا حاجة ماسة إلى جهالته بخلاف قدر العمل فالحاجة ماسة إليها، فيه ولا يشترط فيها القبول لفظا قال شارح الروض: لما فيه من التضييق في محل الحاجة. ا.هـ. وهذه العلة موجودة في غير هذا المبحث أيضا ولم يطرُدوها وكذا لو قال: من ردّ مال فلان إلخ (فمن بنى) له الحائط (أورد إليه الآبق) أو الضالة (ولو) كان الفاعل لذلك (جماعة) ممن سمع النداء المذكور ولو بواسطة (استحق الجعل) المذكور على القائل ولو كان المفعول له غيره ولم يقل هو: عليّ ولو ردّه من أخبره ثقة بقوله ذلك لم يستحق على المخبر شيئا بل على القائل إن صدّقه فإن أنكر الخبر لم تقبل شهادة الثقة عليه (ومن عمل) شيئا لأحد (بلا) علم (شرط) لشيء على ذلك العمل (لم يستحق شيئا) سوى الشكر سواء عرّف بذلك العمل بعوض أو لا (فلو دفع ثوبا لغسال) هذه الصيغة تدل على كونه معروفا بالغسل فغير المعروف أولى بالحكم منه (فقال) له (اغسله ولم يسم له أجره فغسله) له (لم يستحق شيئا) لأن فعله فعل متبرّع وقيل: له أجره مثله لاستهلاكه منفعته، وقيل: إن كان معروفا بذلك العمل بالأجره فله أجره مثله. وقال ابن عبد السلام: بل الأجرة المعتادة في مثل ذلك العمل وإلا فلا وقد يُستحسن ترجيحُه لوضوح مدركه إذ هو العرف وهو يقوم مقام اللفظ كثيرا ومن ثم يُقل عن الأكثرين وأفتى به كثيرون قاله حجج في التحفة قال الشرواني وعبارة المغني وعلى هذا عمل الناس وقال الغزالي: هو الأظهر. ا.هـ. وأما الرملي فقال في النهاية بعد قوله ونقل عن الأكثرين: والمعتمد الأول. ا.هـ. أي نفي الاستحقاق لشيء قال في التحفة: ولا يستثنى وجوبها على داخل حمام أو راكب سفينة مثلا بلا إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها إليه بخلافه بإذنه. ا.هـ. ومثله في النهاية وعلق ع ش على قوله: بخلافه بإذنه بقوله: أي فلا أجره عليه.

وقد ذكرنا المذاهب في هذه المسألة قبيل الفصل والظاهر هو قول الأكثرين، والله أعلم.

قال المصنف رحمته :

(فإن قال شرطت لي) على عملي (عوضا) عيَّنه (فأنكر) المقول له ذلك (فالقول) المصدق هو (قول المنكر) للشرط بيمينه، لأنه الأصل ولأنه مُدَّعَى عليه ثم ذكر المصنف أن الجعالة عقد جائز من الجانبين فقال: (ولكل منهما) أي من الجاعل والعامل (فسخها) متى شاء (لكن إن فسخ صاحب العمل بعد الشروع) من العامل في العمل وقبل الفراغ منه (لزمه قسطه من العوض) وعبارة المنهاج: وإن فسخ المالك بعد الشروع في العمل فعليه أجره المثل في الأصح. قال في التحفة: لاحترام عمل العامل فلم يُفَوِّتْ عليه بفسخ غيره ورجع ببذله كإجارةٍ فُسِّخَتْ بعيب. ا.هـ. وعبارة التنبيه مُوَافِقَةٌ لعبارة المنهاج ونصُّها: ويجوز لهما الفسخ قبل العمل فأما بعد الشروع في العمل فيجوز للعامل الرجوع فيه، ولا يجوز لصاحب العمل إلا بعد أن يضمن للعامل أجره ما عمل. ا.هـ. وعبارة المهذب أصرح من عبارة التنبيه وهي: وإن كان بعد ما شرع في العمل لزمه أجره المثل لما عمل، لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل. ا.هـ. لكن وافق المصنف على ما قاله: البلقيني في حواشي الروضة فقال: ينبغي أن يقال: يستحق من المسمى بقدر عمله إلى حين صدور الفسخ من المالك كما في نظيره من الإجارة. فإن فُرِقَ بأن هذا جائز بخلاف الإجارة انتقض بما لو مات المالك فقد جزم المصنف [النووي] تبعا لأصله بأنه يستحق من المسمى بقدر عمله في الحياة. ا.هـ.

وأجاب في شرح الروض بقوله: وإنما لم يجب قسط ما عمل من المسمى لارتفاع العقد بالفسخ، لأنه إنما يستحق المسمى بالفراغ من العمل فكذا بعضه وإنما استحق أجره المثل لئلا يحبط عمله بفسخ غيره واستشكل لزوم أجره المثل بما لو مات المالك في أثناء المدة حيث تنفسخ ويجب القسط من المسمى وأي فرق بين الفسخ والانفساخ ويجاب بأن الملتزم ثم لم يتسبب في إسقاط المسمى والعامل ثم تم العمل بعد الانفساخ ولم يمنع المالك منه بخلافه هنا. ا.هـ.

هذا ويمكن جعل من في قول المصنف من العوض بيانية وأل جنسية ليوافق المعتمد والله أعلم.

قال المصنف رحمته :

(وفيما سوى ذلك) من صور الفسخ سواء كان منه أو من الجاعل (لا شيء للعامل) أما قبل العمل فظاهر وأما إذا فسَخَ هو بعد الشروع في العمل فلأنه امتنع باختياره ولم يُحَصِّلْ غرضَ الجاعل سواء وقع ما عمله مُسَلِّمًا إلى الجاعل كأن بنى من الحائط جزءا وهو معه يشاهده أم لا نعم لو زاد المالك في العمل ولم يرض هو ففسخ لذلك فله أجره المثل.

تتمة: لو شرد المردود في أثناء الطريق أو مات أو غُصِبَ أو احترق نحو الثوب بعد أن خاط نصفه مثلا أو لم يتعلم الصبي منه لبلادته فلا شيء للعامل وإن مات الصبي في أثناء التعليم وجب القسط من المسمى لوقوعه مُسَلِّمًا، وإن منعه وليه أو الجاعل من إتمام التعلم وجب له أجره المثل، والله أعلم.

باب اللقطة واللقيط

إِذَا وَجَدَ الحُرُّ الرشيْدُ لُقْطَةً جازَ التقاطُها، فَإِنْ وثقَ بأمانةِ نفسه نُدِبَ، وَإِنْ خافَ الخيانةَ كُرهَ.

ثمَّ يُندَبُ أَنْ يَعْرِفَ جنسها وصفتها وقدرها ووعاءها ووكاءها وهو الخيط الذي رُبِطَتْ به، وَأَنْ يُشْهَدَ عليها.

ثمَّ إِنْ كانَ الالتقاطُ فِي الحَرَمِ أو كانت اللقطة جاريةً يحلُّ له وطؤها بملكٍ أو نِكَاحٍ، أو وجدَ في بَرِيَّةٍ حيوانًا يمتنعُ مِنْ صغارِ السباعِ كبعيرٍ وفرسٍ وأرنبٍ وطيبيٍّ وطيورٍ فلا يجوزُ فِي هذه المواضعِ أَنْ يلتقطَ إلا للحفظِ على صاحبها، فَإِنْ التَّقَطَّ لِلتَّمَلُّكِ حَرَمَ وَكانَ ضامناً، وفيما عدا ذلكِ يجوزُ للحفظِ والتَّمَلُّكِ.

فإن التَّقَطَّ للحفظِ لَمْ يلزمه تعريفُها، وتكونُ عندهُ أمانةً لا يتصرَّفُ فيها أبداً إلى أَنْ يجدَ صاحبها فيدفعها إليه، وَإِنْ دفعها إلى الحاكمِ لزمه القَبُولُ، نعم لُقْطَةُ الحَرَمِ مع كونها للحفظِ يجبُ تعريفُها.

وإن التَّقَطَّ للتَّمَلُّكِ وجبَ أَنْ يعرفها سنةً على أبوابِ المساجدِ والأسواقِ والمواضعِ التي وجدها فيها على العادة، ففي أولِ الأمرِ يُعرَّفُ طرفي النهارِ، ثمَّ في كلِّ يومٍ مرَّةً، ثمَّ في كلِّ أسبوعٍ، ثمَّ في كلِّ شهرٍ مرَّةً بحيثُ لا يُنسى التعريفُ الأوَّلُ ويُعلَمُ أَنَّ هذا تكرارٌ له، فيذكرُ بعضُ أوصافها ولا يستوعبها.

وإن كانت اللقطة يسيرةً وهي مما لا يتأسَّفُ عليه ويُعرَضُ عنه غالباً إذا فُقدَ لَمْ يجبَ تعريفها سنةً بلُ زماناً يُظنُّ أَنَّ فاقدها أعرَضَ عنها، ثمَّ إذا عرَّفَ سنةً لَمْ تدخلُ فِي ملكه حتى يختارَ التَّمَلُّكَ باللفظِ، فإذا اختاره ملكها، حتى لو تَلَفَتْ قبلَ أَنْ يختارَ لَمْ يضمَّنْها، وإذا تملكها ثمَّ جاءَ صاحبها يوماً من الدهرِ فلهُ أخذها بعينها إن كانت باقيةً وإلا فمثلها أو قيمتها، وإن تعيبتُ أخذها مع الأرشِ، ويُكرهُ التقاطُ الفاسقِ ويُنزَعُ منه ويُسلَّمُ إلى ثقةٍ، ويُضمُّ إلى الفاسقِ ثقةٌ يُشرفُ عليه في التعريفِ ثمَّ يتملِّكها الفاسقُ، ولا يصحُّ لِقْطُ العبدِ، فَإِنْ أخذها السيدُ منه كانَ السيدُ ملتقطاً.

وإذا لم يُمكن حفظ اللقطة كالبطيخ ونحوه يُخَيَّرُ بين أكله وبيعه ثم يُعرَّفُ سنةً،
وإن أمكن إصلاحه كالرطب فإن كان الأحظُّ في بيعه باعه، أو تجفيفه جفّفه.

قال المصنف رحمه الله:

(باب اللقطة واللقيط)

قال في المصباح: واللُّقطة بالضم ما التقطت من مال ضائع، واللُّقّاط بحذف الهاء واللقطة وزان رُطبة كذلك قال الأزهري اللقطة بفتح القاف اسم الشيء الذي تجده مُلقًى فتأخذه قال: وهذا قول جميع أهل اللغة وحُذِّقَ النحويين. وقال الليث: هي بالسكون أي للقاف ولم أسمع له غيره واقتصر ابن فارس والفارابي وجماعة على الفتح، ومنهم من يُعدُّ السكون من لحن العوام ووجه ذلك أن الأصل لقطة فخففوها تارة بحذف الهاء، وأخرى بحذف الألف فلو أسكنت كان إجحافاً بها... ثم قال على أن صاحب البارغ نقل فيها الفتح والسكون. ١.هـ. بحذف.

وقال شارح الروض: وهي لغة: الشيء الملقوط... وشرعاً: ما وُجد من حق ضائع محترم لا يُعرَّفُ الواجدُ مستحقه والأصل فيها قبل^(١) الإجماع: خبر الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن لقطة الذهب أو الفضة فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن لم تُعرف فاستئفها ولتكن ودیعة عندك فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر فأدها إليه وإلا فشانك بها...» الحديث... قال: وفي الالتقاط معنى الأمانة والولاية حيث أن الملتقط أمين فيما التقطه وولاه الشرع حفظه كالولي في مال الطفل، وفيه أيضاً معنى الكسب حيث إن له التملك بعد التعريف. ١.هـ. واللقيط: فعيل من لقط بمعنى المفعول. قال في المصباح: وقد غلب على المولود المنبوذ. ١.هـ.

(١) كلمة قبل هنا يكثر منها علماؤنا ولا تعجبني أنا وإن تبعتم فيها كثيراً.

وأرى إبدالها بكلمة (مع) والله أعلم.

قال المصنف رحمته :

(إذا وجد الحر الرشيد) ولو صبيا مميزا أو مجنونا له نوع تمييز (لقطة جاز) له من غير كراهة (التقاطها) وسيأتي له ذكر ما احترز عنه بقيدي الحرية والرشد وإن شاء الله أكمل الكلام فيها هناك ويبدو أنه تبع في هذا التعبير عبارة التنبيه وفصل الجواز بقوله: (فإن وثق بأمانة نفسه ندب) الالتقاط ولم يجب (وإن خاف الخيانة) من نفسه (كره) الالتقاط خوفا من الضياع أو الخيانة كما يكره تركه في الحالة الأولى. وقيل: أنه يجب فيها حفظاً لمال الآدمي وأجيب عنه بأنه إما ائتمان وإما كسب وكلاهما لا يجب واختار جمع تفصيلا في المقام أنه إن غلب على ظنه ضياعها وجب عليه التقاطها وإلا فلا، واعتمد في النهاية خلافا للتحفة أن محل ذلك إذا لم يتعين فإن تعين وجب قطعا وعبارة التنبيه: إذا وجد الحر الرشيد لقطة في غير الحرم في موضع يأمن عليها فالأولى أن يأخذها، وإن كانت في موضع لا يأمن عليها لزمه أن يأخذها، وقيل: فيه قولان في الحالين: أحدهما: يجب الأخذ. والثاني: يستحب. انتهت. ويتزعمها الولي من يد الصبي والمجنون وكذا السفهية فإن قصر في ذلك صار ضامنا.

قال المصنف رحمته :

(ثم يندب) على الأوجه وفاقا للأذرعى وغيره وخلافا لابن الرفعة في قوله: بالوجوب كما في التحفة والنهاية (أن يعرف) من المعرفة عقب أخذه فثم في المتن للتمهيل الرتبي في الذكر أو بمعنى الفاء. محل التقاطها و(جنسها وصفتها) المراد بها ما يشمل النوع (وقدرها) وزنا أو كيلا أو عدداً أو ذرعا (ووعاءها) بكسر الواو أي ظرفها (ووكاءها) بالكسر أيضاً (وهو الخيط) أو نحوها (الذي ربطت به) إن كان وأن يكتب عليها لقطة (وأن يشهد) من الإشهاد (عليها) أي على أخذه لها عدلين ويكفي عدل كالوديعة إن لم يخف منه محذورا كعلم ظالم بها. وقيل: يجب. قال في التحفة: واختير لخبر صحيح بالأمر به من غير معارض له بل قال الأذرعى: لو جزم بوجوبه على غير الواثق بأمانة نفسه لآتجه. ا.هـ. أي لكان قويا ظاهرا كما في المصباح والحديث المشار إليه أخرجه ابن حبان في صحيحه عن عياض بن حمار رضي الله عنه ولفظه في الإحسان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل ثم لا يكتم

ولا يُعَيَّرُ»... وأخرجه النسائي في الكبرى من طريق هشيم بلفظ: «من أخذ لقطه فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها ولا يُعَيَّبُ...» ولفظ أبي داود، وابن ماجه في نسخة، والبيهقي: «فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل...» وتمسك بهذه الرواية صاحبُ النهاية في صرف الأمر إلى الندب فقال: وصَرَفَهُ عن الوجوب ما صح من قوله ﷺ: «من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل» فالتخير بين العدل والعدلين يقتضي عدم الوجوب وإلا لم يكف العدل ودَكَرَ مع ذلك القياس على الوديعه فساق الرواية التي في الحديث الواحد المُسْتَدَلُّ به على الوجوب كأنها حديث آخر وليس كذلك وما المانع أن يكون التردد من شك الراوي بدليل الاختلاف ممن رَوَوْا الحديث عن خالد الحذاء في ذكر إسهاد العدل وتركه والحديث ذكره الطبراني من طريق شعبة كابن حبان عن خالد الحذاء بإسناده ولفظه: «من وجد ضالة فليشهد شاهدين ذوي عدل ولا يكتم فإن لم يجد صاحبه فهو مال الله يؤتاه من يشاء» ورواه من طريق عبد الوهاب الثقفي عن خالد الحذاء بلفظ: «فليشهد ذا عدل» ورواه من طريق حماد بن سلمة عن خالد فلم يذكر الإسهاد واقتصر على ذكر التعريف ورواه أيضًا من طريق حماد بن زيد عن أيوب عن أبي العلاء عن عياض فلم يذكر الإسهاد كذلك ورواه ابن ماجه من طريق عبد الوهاب المذكور في نسخة كما رواه الطبراني عنه وفي أخرى بزيادة أو ذوي عدل كما مضى، وقد رواه الإمام أحمد حدثنا هشيم أنبأنا خالد فذكره بلفظ شعبة فهذان شعبة وهشيم لم يَشْكَا في الثنية وهما في الحفظ بالمحل المعروف ومن حفظ حجة على من لم يحفظ فالظاهر ما قاله ابن حجر، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(ثم إن كان الالتقاط في الحرم) المكي لا المدني أيضًا خلافا للبلقيني (أو كانت اللقطة جارية يحل له) أي للملتقط (وطؤها) أي كانت بحيث يحل له ذلك (بملك أو نكاح أو وجد في برية) بتشديد الراء أي صحراء والمراد هنا ما ليس من القرى (حيوانا) ضالة (يمنع) بنفسه (من صغار السباع) كذئب ونمر وفهد، والامتناع يكون بقوة (كبعير وفرس أو) بعدو (كل أرنب وظبي) عليهما علامة ملك (و) بطيران (طير فلا يجوز في هذه المواضع) أي الأحوال فهي مواضع اعتبارية (أن يلتقط) ما ذكر (إلا

للحفظ على صاحبها) حتى يوجد (فإن التقط) فيها (للتملك) بعد التعريف أي بقصدِهِ (حرم) الالتقاط (وكان) أي صار بمجردهِ (ضامنا) له ولا يبرأ منه إلا بالتسليم للمالك أو الحاكم، أما للحفظ فيجوز للقاضي ونائبه جزماً ولأحد الرعية على الأصح إن لم يعرف مالكة وإلا جاز جزماً كما في التحفة وجواز الالتقاط للأحد هو ما صححه في المنهاج وجزم به في الروض، وأما أبو إسحاق فلم يجزم أو يُصَحِّح في التنبيه، وعبارته: وإن التقط للحفظ فإن كان حاكماً جاز، وإن كان غيره فقد قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز. انتهت. وصحح البغوي في التهذيب المنع وعبارته: وإن كان الواحد من الرعية لا يجوز أخذها للتملك، وهل يجوز أخذها للحفظ على المالك؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز، وإذا أخذ لا يكون ضامناً كالإمام والثاني - وهو الأصح - لا يجوز، لأن النظر في مال الغير ليس إليه. اهـ. وقد ذكر المزني والماوردي في الحاوي: أن الإمام الشافعي روى حديث زيد بن خالد الجهني في اللقطة. قال الماوردي: بتمامه وهو الذي فيه قال: «فضالة الإبل؟» قال: «مَالِكٌ ولها معها سقاؤها وحذاؤها تَرُدُّ الماء وتَأْكُلُ الشجر حتى يلقاها ربها» قال الماوردي: قوله: «مَالِكٌ ولها» أي لا تأخذها. وقال المزني: قال الشافعي: وبهذا أقول، والبقر كالإبل لأنهما يَرِدَانِ المياه وإن تباعدت ويعيشان أكثر عيشهما بلا راع فليس له أن يَعْرِضَ لواحد منهما. وقال - أي الشافعي - فيما وضعه بخطه - لا أعلمه سَمِعَ منه -: والخيلُ والبغالُ والحُميرُ: كالبعير لأن كَلَّها قويٌّ ممتنع من صغار السباع بعيد الأثر في الأرض ومثلها الظبي والأرنب والطائر لبعده في الأرض وامتناعه في السرعة وذكر الماوردي أن ضوَالَّ الحيوان إذا وجدت في صحراء فعلى ضريين: أحدهما: ما يصل إلى الماء والرعي بنفسه ويدفع عن نفسه صغار السباع فهذا النوع لا يجوز لواجده أن يتعرض لأخذه إذا لم يعرف مالكة لقوله ﷺ في ضوَالَّ الإبل: «مالكٌ ولها» الحديث، وبعد أن ذكر حكم الالتقاط للتملك ذكر أنه إذا كان للحفظ على مالكة فإن كان عارفاً بمالكها لم يضمن وإلا ففي وجوب الضمان وجهان: أحدهما: لا ضمان. والثاني: عليه الضمان؛ لأنه لا ولاية له على غائب فإن كان والياً فلا ضمان عليه... ثم ذكر

حكم غير الممتنع عن نفسه فهو بعد أن ذكر عدم جواز أخذه مطلقا ذكر الوجهين في الضمان من غير ترجيح. وقد حكى ابن المنذر عن الشافعي أنه قال في البعير: ليس له أن يعرض له وكذلك قال الأوزاعي وقال الليث بن سعد: إذا وجدها في القرى عرفها وقال في الصحاري: لا يقربها قال ابن المنذر: بظاهر الحديث نقول: لا يأخذ ضالة الإبل أين وجدها من الأرض. ١.٥هـ.

ذكر المذاهب في التقاط الممتنع من صغار السباع:

قال الخرقى من الحنابلة: ولا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه فقال صاحب المغني: كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض له... وبهذا قال الشافعي، والأوزاعي، وأبو عبيد، وقال مالك، والليث في ضالة الإبل: من وجدها في القرى عرفها، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها ورواه المزني عن الشافعي... وقال أبو حنيفة: ... يباح التقاطها لأنها لقطة أشبهت الغنم.

الاستدلال:

استدل صاحب المغني بحديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال لما سئل عن ضالة الإبل: «مالك ولها؟...» وبحديث عبد الله بن الشخير عن النبي ﷺ أنه سأل عن ضوال الإبل فقال: «ضالة المؤمن حرق النار» رواه بهذا اللفظ ابن المنذر، ورواه ابن ماجه، والإمام أحمد، والنسائي في الكبرى، وبما ورد عن ابن مسعود رضي عنه أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يأوي الضالة إلا ضال» قال ابن قدامة: رواه أبو داود بمعناه... قال: والبقر كالإبل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي، وأبي عبيد، وحكى عن مالك أن البقرة كالشاة... ١.٥هـ.

أقول: في حديث زيد بن خالد الجهني ما يكفي في الاستدلال فإنه ورد في الصحيح بألفاظ بعضها أشد من بعض ففي الصحيح من طريق قتبية بن سعيد حدثنا إسماعيل بن جعفر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «عرفها سنة...»

فقال: يا رسول الله فضالة الغنم؟ قال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»
قال: يا رسول الله فضالة الإبل؟ قال: فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه
أو احمر وجهه قال: «مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها...» وفي رواية يحيى بن
أيوب عن إسماعيل بن جعفر عند مسلم بعد قوله: مالك ولها: دَعَهَا... وهي أيضًا
عندهما من رواية سليمان بن بلال عن يحيى بن سعيد عن يزيد مولى المنبعث.
وأخرج البيهقي عن الجارود قال: قلت: يا رسول الله تأتي علي ضالة الإبل فأتركها؟
قال: «ضالة المسلم حرق النار» أخرجه من طرق عن أبي مسلم عن الجارود، وأخرج
أيضًا حديث ابن الشخير السابق.

أقول: فهل كان يغضب رسول الله ﷺ على من سأله جاهلاً بالحكم لو كان فيه
تفصيل وفرق بين نية الحفظ ونية التملك فإن هذا الفرق لا يُعرَف إلا بتوقيف
والسائل أعرابي كما في بعض الروايات. ثم رأيت قول الحافظ ابن حجر في الفتح:
والجمهور على القول بظاهر الحديث في أنها لا تُلتَقَطُ. وقال الحنفية: الأوَّلَى أن
تلتقط وحمل بعضهم النهي على من التقطها ليملكها لا ليحفظها فيجوز له وهو قول
الشافعية... والخلاف عند المالكية أيضًا... ١.هـ. وأنا مع النص والجمهور.

قال المصنف رحمه الله:

(وفيما عدا ذلك) أي ما ذكر من الأحوال الثلاث (يجوز) الأخذ (للحفظ
والتملك) بعد التعريف بها وفقد صاحبها (فإن التقط للحفظ لم يلزمه تعريفها) أي
البحث عن صاحبها وإعلامه بها ففي المعجم الوسيط عرّف الضالة نشدها. وفي
المصباح: نشد الضالة وأنشدها عرّفها ودل عليها.

وعدم لزوم التعريف إذا كان الأخذ للحفظ هو ما جزم به في التنبيه، وعزاه في
المنهاج إلى الأكثرين فقال: ولم يُوجِب الأكثرون التعريف والحالة هذه قال في
التحفة: أي كونه أخذها للحفظ، لأن الشرع إنما أوجبه لأجل أن له التملك بعده.
وقال الأقلون: يجب أي حيث لم يخف أخذ ظالم لها... لئلا يفوت الحق بالكم
واختاره [النووي] وقواه في الروضة وصححه في شرح مسلم واعتمده الأذرعى لأن

لأنها وقت تفرّق الناس. ١.هـ. ومن تعليقه يؤخذ أن المراد الليالي التي ليست مجامع للناس ولا يلزمه السفر لأجل التعريف بل يرسلها مع ثقة بأمر الحاكم وإلا يضمن. وإن وجدها بالصحراء عرفها في طريقه ومقصده وأن بعد وإن مرّت به قافلة تبعها حتى يُعرّف فيها ويكون التعريف (على العادة) قال في التحفة: زمنًا ومحلاً وقدراً (ففي أول الأمر) الذي هو التعريف (يُعرّف) كلّ يوم (طريفي النهار) أي صباحا ومساء حين يجتمع الناس خارج المساكن ويكون ذلك أسبوعاً (ثم) يعرف (كل يوم مرة) أسبوعاً أيضاً (ثم في كل أسبوع) مرة أو مرتين إلى سبعة أسابيع (ثم في كل شهر مرة) والضابط أن يكون (بحيث لا ينسى التعريف الأول) أي السابق (ويُعلم أن هذا) الذي بعده (تكرار له) أي لما سبق وإنما زيد في التعريفات الأولى لكونها في مظنة تطلب المالك قال ابن حجر: الظاهر أن هذا التحديد كله للندب لا للوجوب، لأن الأصح أن السنة المتفرقة تجزئ ما لم يفحش التأخير بحيث ينسى التعريف السابق وابتداء السنة من التعريف ولو مات الملتقط بعد شروعه في التعريف بنى وارثه وقيل: يستأنف (فيذكر) في المنهاج ويذكر بالواو ويمكن اعتبار الفاء للتفريع على التعريف أي فإذا عرف يذكر معه ندبا (بعض أو صافها ولا يستوعبها) لئلا يعتمد عليها خائن فيدعيها.

والاستيعاب حرام يضمن به فإذا ذكر جنسها لم تجز الزيادة عليه على ما اعتمده الأذرعى كما في التحفة والنهاية.

تنبيه: من قصد التملك فمؤنة التعريف الواقع بعد قصده: عليه خبر سواء قصده أولاً أو بدا له بعد حينٍ وسواء حصل له التملك أولاً ومن قصد الحفظ ولو بعد قصد التملك فهي على بيت المال إن أمكن وإلا فعلى المالك بمعنى أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقترض عليه ولو من الواجد أو يأمره بالإنفاق عليها ليرجع على المالك. كذا في الروض وشرحه.

قال المصنف رحمته:

(وإن كانت اللقطة يسيرة) ولم تكن تافهةً جداً كما قيدها بقوله: (وهي مما لا

يتأسف عليه) كثيراً (ويُعرض عنه) غالباً بعد حينٍ (إذا فُقد) بعد طلبه قليلاً (لم يجب تعريفها سنة بل زمنًا يُظنُّ) بَعْدَهُ (أن فاقدها أعرض عنها) وعبارة الروض مع شيء من شرحه: ما لا يتمول لقلَّة كحبة بُرُوزَ بَيِّةٍ لا يُعرَف، وإن تُموَّل فالقليل منه لا يعرف سنة بل إلى أن يُظنُّ إعراض صاحبه عنه غالباً والقليل ما يُظنُّ أن فاقده لا يُكثرُ الأسفَ عليه ولا يطول طلبه غالباً. انتهت. وهي مُفادُ عبارة المصنف مع ما قَدَّرته فيها لِظَنِّي إرادته له ومثل ما في الروض في التحفة.

وقال في التنبيه: وقيل: إن كان قليلاً كفاه أن يعرفه في الحال ثم يملكه وقُدِّر القليل بالدينار وقُدِّر بالدرهم وقُدِّر بما لا يقطع فيه السارق وظاهر المذهب أنه لا فرق بين القليل والكثير. ا.هـ. وقال البغوي في التهذيب: وإن كانت اللقطة شيئاً يسيراً نُظِر إن كان شيئاً لا يطلب كالتمرَّة واللقمة فلا يعرفه لحديث أنه ﷺ مرَّ على تمرَّة في الطريق فقال: «لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» متفق عليه، وإن كانت مما يطلب لكنه قليل ففيه وجهان: أحدهما: يجب تعريفه سنة. والثاني: يكفي فيه ثلاثة أيام ثم ذكر الاختلاف في حدِّ القليل.

تنبيه: ذكر في الروض وشرحه أن من التقط كلباً يُقتنى أي لمنفعة فيه بلا ضرر، وجب عليه تعريفه سنة قال شارحه أو ما يليق به ثم اختص به فإن ظهر صاحبه أخذه إن وجدته وإلا فلا شيء له وعلل الرملي في حواشيه وجوب التعريف سنة بأن مصلحته دائمة فهو ككثير المال.

قال المصنف رحمته:

(ثم إذا عرف) اللقطة (سنة) وفقد صاحبها (لم تدخل) بذلك (في ملكه حتى يختار التملك باللفظ) كأن يقول: تملكها أو اخترت تملكها وكاللفظ ما يقوم مقامه مما مر قال في شرح الروض: والظاهر أن ولد اللقطة مثلها إن كان حملاً عند الالتقاط منفصلاً قبل التملك وإلا تملكه تبعاً لأمه (فإذا اختاره) لفظاً (ملكها حتى لو تلفت) بلا تفريط (قبل أن يختار) تملكها (لم يضمَّنْها، وإذا تملكها ثم جاء صاحبها يوماً) أي وقتاً ما (من الدهر) المديد ولو بعد نسيانها (فله أخذها بعينها إن كانت باقية) ولم

يتعلق بها حق لازم (وإلا) تكن باقية، أو تعلق بها ذلك (ف)له أخذ (مثلها) إن كانت مثلية (أو قيمتها) يوم التَّمَلُّكِ إن كانت متقومة (وإن) وجدها قد (تعيَّنت) بعد التملك (أخذها مع الأرش) له فإن أراد المالك بدلها والملتقط ردها مع الأرش أُجيب الملتقط، لأن الناقصة مع الأرش كالعين الكاملة وقد فهم من قول المصنف: فله أخذها أن له أيضًا أخذ بدلها وهو كذلك ويرد معها زيادة متصلة مطلقًا ومنفصلة حدثت قبل التملك لا بعده فلو التقط حائلًا فحملت قبل التملك وولدت بعده رد الولد مع أمه دون الذي حملت به بعد التملك ولو ظهر المالك قبل انفصاله لحدوثه في ملك الملتقط.

ثم ذكر المصنف ما احترز عنه بقوله أول الباب: الرشيد فقال: (ويكره التقاط الفاسق) ولو أمينا عند نفسه وغيره في المال وقيل: يحرم التقاطه (ويُنزَع منه) ما التقطه أي ينزعه القاضي (ويسلم إلى) عدل (ثقة) بأجرة من بيت المال إن طلبها كما في شرح الروض عن الأنوار قال الرملي: إلا إن أراد الفاسق التملك فهي في ماله (ويضم إلى الفاسق ثقة يشرف عليه في التعريف) ويبدو أن أجرته كسابقه ثم رأيت في التحفة (ثم) إذا تم التعريف (يتملكها الفاسق) ومثل الفاسق الكافر ولو مرتدا إلا في النزع منه إن كان عدلا في دينه المُقَرَّر عليه.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا يصح لقط العبد) أي القن جميعه رجلا أو امرأة ما لم يأذن له مالكة (فإن) أخذها أخذها السيد منه) إن أراد (وكان السيد) بذلك (ملتقطا) ويبرأ العبد من الضمان ويُعرَّف السيد ويتملكها ولا يعتد بتعريف القن وللسيد إقرارها بيده إن كان أمينا وإلا صار ضامنا بإقراره لها في يده بعد علمه فإن لم يعلم تعلق الضمان برقة القن وللاجنبي أيضًا أن يأخذ اللقطة من يد القن فيصير ملتقطا قال في الروض: وهل الإذن في الاكتساب إذن في الالتقاط؟ وجهان فقال الرملي في حواشيه: أحسهما: نعم. ونقله الشارح عن بحث الزركشي وأقره أما المكاتب والمبعض ففي المنهاج أن المذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة ومن بعضه حر وهي له ولسيده فإن كان مهياً فلصاحب النوبة في الأظهر. هذا ولم يذكر المصنف حكم الصبي

والمجنون والسفيه، وهذه عبارة الروض: وينزعها الولي من الصبي ويعرفها لا من مال الصبي بل يرفع إلى القاضي قال شارحه: لبيع جزء منها لمؤنة التعريف قال في الروض: ويتملك له الولي حيث يقترض فإن قصر في انتزاعها فتلفت أو أتلفها الصبي ضمن الولي كما لو قصر في حفظ ما احتطبه وإلا ضمن الصبي بالإتلاف لا التلف فيعرف الولي تالفة ضمنها ويتملك للصبي القيمة^(١) بعد قبض الحاكم لها والسفيه المجنون كالصبي لكن السفيه يصح تعريفه. ا.هـ. وفي حواشي الرملي عليه: يجوز للولي ولغيره أخذ اللقطة من الصبي والمجنون على وجه الالتقاط ليعرفها ويتملكها لنفسه على الأصح ويبرأ الصبي والمجنون من الضمان. ا.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(وإذا لم يمكن حفظ اللقطة) بأن كانت مما يفسد سريعاً (كالبطيخ ونحوه) من الفواكه والأطعمة الرطبة التي لا تجف (بخير) الملتقط (بين أكله وبيعه) وحفظ ثمنه (ثم يعرف سنة) ويتملك الثمن (وإن أمكن إصلاحه) بالتجفيف نظر (فإن كان الأخط) أي الأئف وهو تفسير بالمراد (في بيعه) يبدو أن في زائدة، وفي نسخة الفيض: كان الحظ وعليها ليست في زائدة.

(باعه) وحفظ ثمنه (أو) كان (في تجفيفه جففه) وحفظه على مالكه ويتملك ما حفظه من ذينك بعد التعريف.

تنبيه: ما ذكره من ذلك هو بحسب زمانهم الذي لم يكن فيه ثلاثيات أما الآن فهو عصر الثلاثيات التي تحفظ ما أودع فيها سنين فيظهر تفريعا على ما قالوه إنه إن أراد الملتقط التملك بعد التعريف وكان له ثلاثة فعليه أن يحفظه فيها وإن لم تكن له لم يكلف تحصيلها، لأنها ليست من مؤن التعريف فيفعل ما في المتن وإن أراد الحفظ على المالك فقط وكانت له ثلاثة لم يكلف الحفظ فيها مجاناً فإن كان بقربه مال عام شاور متوكله ليجعل له أجرة من المال العام فإن تيسر ذلك فذاك وإلا فعل ما في المتن إن لم يسمح بإنائها ولا بإجارة صاحب اللقطة مع الإشهاد على ذلك وأنه نأو للرجوع عليه، والله أعلم.

(١) القيمة بمعنى البدل.

• ذكر المذاهب في إرسال الضالة بعد أخذها:

قال ابن المنذر: روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لرجل وجد بعيرا وذكر أنه شغله وعمّالته: اذهب فأرسله من حيث وجدته وذكر إسناده به ثم قال: وبه قال مالك، وقال الشافعي: لا يرسله فإن فعل صَمِين.

قال ابن المنذر: من كان مذهبه اتباع الواحد من أصحاب النبي صلّى الله عليه وآله إذا لم يجد له مخالفا أخذ بقول عمر، ومن حمل الأشياء على النظر فيما لا كتاب فيه ولا سنة أخذ بقول الشافعي، لأنه أشبه بالنظر. ١.هـ. والحديث عن عمر أخرجه البيهقي في الكبرى قال وبمعناه رواه مالك بن أنس وليس فيه ما يدل على سقوط الضمان عنه إذا أرسلها فهلكت.

أقول هذا مبني على جواز أخذ البعير أما على امتناعه فلا يظهر لوجوب الإرسال عليه والله أعلم.

وقال أبو المظفر الشيباني: واختلفوا فيما إذا أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها فقال أبو حنيفة: إن أخذها ليردها إلى صاحبها ثم ردها إلى موضعها الذي وجدها فيه فلا ضمان عليه وإن أخذها وهو لا يريد ردها ثم بدا له فردها إلى موضعها فسُرقت ضمنها. وقال أحمد، والشافعي: يضمن على كل حال وقال مالك: إن كان التقطها بنية الحفظ على صاحبها فردها فلا ضمان عليه. ١.هـ.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار: واختلف ابن القاسم وأشهب - وهما صاحبا مالك - في الذي يأخذ الضالة ثم يبدو له فيردها إلى موضعها فقال ابن القاسم: إن تباعد ثم ردها ضمن، وقال أشهب: لا يضمن، وإن تباعد. وقال الشافعي: يضمن على كل حال إذا ردها بعد أخذه لها وهو قول طاووس...

وقال أيضاً: وقد اختلف العلماء في اللقطة والضالة فكان أبو عبيد يفرق بين اللقطة والضالة، ويقول: الضالة لا تكون إلا في الحيوان واللقطة في غير الحيوان. ١.هـ.

أقول: وفي المصباح: والأصل في الضلال الغيبة ومنه قيل للحيوان الضائع: ضالة بالهاء للذكر والأنثى... ويقال لغير الحيوان: ضائع ولقطة، وضل البعير غاب وخفي موضعه وأضللته فقدته. ١.هـ. والفرق الذي حكاه ابن عبد البر عن أبي عبيد وأيده ما

نقلته عن المصباح يُفهمُ واضحًا من حديث زيد بن خالد المتفق عليه حيث إن فيه أن السائل سأل أولًا عن اللقطة مجملَةً فأتى الجوابُ: اعرف عفاصها ووكاءها... ثم سأل عن ضالة الغنم ثم سأله عن ضالة الإبل فلو كانت اللقطة تشملهما ما كان ليفصلهما السائل ولأجابه النبي ﷺ أول مرة بجواب يشمل حكم ضوال الحيوان فلما أجابه بجواب لا يشملها إذ لا عفاص ولا وكاء لها عَلِمْنَا يقينا أنه لم يفهم من كلمة اللقطة إلا ما عدا ضوال الحيوان وهذا بيِّنٌ، والله أعلم.

فصل التقاط المنبوذ

التقاط المنبوذ فرض كفاية، فإذا وجد لقيط حُكِمَ بحريته وكذا بإسلامه إن وجد في بلد فيه مسلم وإن نفاه، فإن كان معه مال متصل به أو تحت رأسه فهو له، فإذا التقطه حرٌّ، مسلمٌ، أمينٌ، مقيمٌ، أقرَّ في يده، ويلزمه الإشهاد عليه وعلى ما معه، ويُنفق عليه من ماله بإذن الحاكم، فإن لم يكن حاكمٌ أنفق منه وأشهد، فإن لم يكن له مالٌ فمن بيت المال، وإلا اقترض على ذمة الطفل، وإن أخذه عبداً، أو فاسقاً، أو من يظعن به من الحضر إلى البادية، وكذا كافرٌ وهو محكومٌ بإسلامه انتزع منه، وإن التقطه اثنان وتنازعا فالموسر المقيم أولى.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل في أحكام اللقيط)

في المعجم الوسيط أن اللقيط: الوليد الذي يوجد مُلقًى على الطريق لا يُعرف أبواه، وفي الروض وشرحه ويسمى ملقوطاً باعتبار أنه يلقط ومنبوذاً أيضاً باعتبار أنه بُدِّ و يُسمى دَعِيًّا أي باعتبار أنه سَيِّدَعِيٌّ فما عدا المنبوذ من هذه الأسماء من مجاز الأول قبل أخذ الولد وما عدا الأخير حقائق بعد أخذه ويكون هو حقيقةً بعد ادعائه، وقد يقال: إن اللقيط صار حقيقة عرفية أو شرعية في الولد الذي لا يعرف والده وكذلك الدعي، والله أعلم. قال في شرح الروض: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧]، وقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] ثم ذكر حديثاً أخرجه البيهقي من طريق الشافعي أنبأنا مالك عن ابن شهاب عن سُنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجاؤا به إلى عمر فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدت ضائعة فأخذتها قال: فقال له عريفي إنه رجل صالح قال: أكذلك قال: نعم، قال عمر: اذهب فهو حر لك ولاؤه وعلينا نفقته، وأخرجه البيهقي ثانياً من طريق آخر عن ابن شهاب بنحوه، قال في

الروض: وفيه بابان الأول في الأركان وهي ثلاثة الالتقاط واللقيط والملتقط فالالتقاط ذكره المصنف في قوله: (التقاط المنبوذ فرض كفاية) حفظا للنفس المحترمة من الهلاك ولقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]، وفارق اللقطة حيث لم يجب أخذها لما سبق أنفا فلو لم يعلم بالمنبوذ إلا واحد تعين عليه فلو علم به غيره قبل أن يأخذه وجب عليهما وأشار إلى اللقيط بقوله: (فإذا وجد لقيط) وهو المنبوذ المذكور (حكم بحريته) لأن الأصل في الإنسان الحرية (وكذا) يحكم (بإسلامه إن وجد في بلد فيه مسلم) واحد بين ملايين الكفار لأن الإسلام يَعْلُو ولا يُعَلَى عليه (وإن نفاه) المسلم المذكور أي نفي كونه ولده فيتبعه في إسلامه وإن انتفت بُنُوته له.

قال في الروض: واللقيط كل صبي منبوذ لا كافل له ولو مميزا فلو وجد الكافل وجب رده إلى الكافل أو القاضي فإن لم يكن في البلد مسلم فهو محكوم بكفره ولا أثر لعابر سبيل، وقد اعتمد الرملي في حواشيه على شرح الروض ما نقله عن الأذرعى أنه قال: لا بد من النظر إلى كون المسلم بها وقت إمكان العلوق به، أما لو طرقها مسلم ووجد بها بعد شهر منبوذ فلا يحكم بإسلامه لاستحالة كونه منه.

قال المصنف رحمه الله:

(فإن كان معه مال متصل به) بأن وجد مربوطا به أو في جيبه مثلا (أو) كائن (تحت رأسه) أو منشور عليه (فهو له) كتيابه وفراشه قال في التحفة: إجماعا لأن له يدا واختصاصا وأشار المصنف إلى ما يعتبر في الملتقط فقال: (فإذا التقطه حر مسلم أمين مقيم) وعبارة المنهج وإنما تثبت ولاية الالتقاط لمكلف حر مسلم عدل رشيد. ا.هـ. وتكفي العدالة الظاهرة وإنما يشترط الإسلام إن حكم بإسلام اللقيط وإلا فللكافر العدل في دينه التقاطه.

وعبارة المصنف هي عبارة التنبيه ذاتها ونصها فإن التقطه حر مسلم أمين مقيم (أقر في يده) وذكر ما احترز عنه بقوله: مقيم فقال: وإن أخذه ظاعن فإن لم يختبر أمانه لم يُقَرَّ في يده، وإن اختبر نظر فإن كان ظاعنا إلى البادية واللقيط في حضر لم يُقَرَّ في يده

وإن كان ظاعنا إلى بلد آخر ففيه وجهان.

أقول: قال في المنهاج: والأصح أن له نقله إلى بلد آخر وأن للغريب نقله إلى بلده قال في التحفة: لكن يشترط تواصل الأخبار وأمن الطريق وإلا امتنع ولو لدون مسافة القصر قال صاحب التنبيه: وإن كان اللقيط في البادية فأخذه حضري يريد حمله إلى الحضرة جاز، وإن كان بدويا فإن كان له موضع راتب أقر في يده، وإن كان يتنقل من موضع إلى موضع فقد قيل: يُقَرُّ، وقيل: لا يقر. ١. هـ. وفي المنهاج مع التحفة: وقيل: إن كانوا ينتقلون للنجعة أي لطلب الرعي أو غيره لم يقر بيده، لأن فيه تضييعا لنسبه، والأصح أنه يقر، لأن أطراف البادية كمحال البلد الواسعة والظاهر أنه من أهلها فيكون احتمال ظهور نَسَبِهِ فيها أقرب من البلدة وعلم مما تقرر أن له نقله من بلد أو قرية أو بادية لمثله ولأعلى منه لا لدونه وأن شرط جواز النقل مطلقا أمن الطريق والمقصد وتواصل الأخبار واختبار أمانة اللاقط. ١. هـ.

والحاصل: أن شرط الإقامة في الملتقط هو إذا وجد اللقيط بمحل الإقامة وهم يقولون: أن المفهوم إذا كان فيه تفصيل لا يعترض به. قال في النهاية: والأوجه كما بحثه الأذرعي اعتبار البصر وعدم نحو برص إذا كان الملتقط يتعاهده بنفسه كما في الحاضنة، وقد ذكر ابن حجر في التحفة بحث الأذرعي ولم يستَوْجِهْهُ ومثَّلَ ع ش نحو البرص بالجذام ونحوه مما يُنْفَرُ عادة.

قال المصنف رحمه الله:

(ويلزمه) أي الملتقط (الإشهاد عليه) أي على التقاطه (وعلى ما معه) من الأمتعة والمال إن كان ولو كان الملتقط مشهور العدالة وفارق ما هنا ما في اللقطة بأن النسب يُحتاطُ له أكثر ووجوبه على المال وقع تابعا للنسب وعدد الشاهد رجلا ن ظاهرا العدالة كما نقله الشرواني عن ع ش قال: حج ومتى ترك الإشهاد لم تثبت له ولاية الحضانة إلا إن تاب وأشهد من جديد فيكون التقاطا من حينئذ ونقل عن السبكي أن تركه مفسق وعن الماوردي تقييده الوجوب بما إذا لم يسلمه إلى الحاكم فإن سلمه إليه سُنَّ ولم يجب.

فإن شق التوزيع على جميعهم وزَّعها على من يراه منهم فإن استووا في نظره تخير ومن المراد بمياسير المسلمين؟ أجاب في التحفة وتبعه في النهاية بأنه يظهر ضبطهم بمن يأتي في نفقة الزوجة فلا تعتبر قدرته على الكسب. ا.هـ. والموسر هناك من له ما يكفيه له ولعياله العمر الغالب، ولو كلف مدين لم يعد إلى استحقاق الزكاة ولعلك تستصعب هذه العبارة فاعلم أني بذلت جهدا كبيرا في تحصيلها وتسهيلها ولم أجد عندهم إلا عبارات مغلقة أعلى بكثير من هذه وسبحان الله العظيم. وفي الروض وشرحه: وللقاضي أن يأذن للملتقط في الإنفاق على اللقيط إذا احتيج للاقتراض ليرجع به. ا.هـ. وهذا أيسر طريق في ذلك إن لم يسمح الملتقط بالإنفاق وما قبله أقرب إلى الخيال منه إلى واقع وتحتمل ذلك عبارة المتن أيضا بجعل الضمير للملتقط.

قال المصنف رحمته:

(وإن أخذه) أي اللقيط (عبد أو فاسق أو من يظعن به من الحضر إلى البادية وكذا) الحكم إن أخذه (كافر وهو) أي اللقيط (محكوم بإسلامه) بوجوده في بلد به مسلم (انتزع) بالبناء للمفعول لعلم فاعله وهو السد في الرقيق والحاكم فيمن بعده (منه) أي ممن ذكر فإن أذن أو أقره السيد بيد رقيقه... وهو عدل رشيد غير مكاتب كان هو الملتقط، أما المكاتب فلا يصح التقاطه ولو بإذن السيد إلا أن يقول له: التقط لي فالتقط له فيصح والمبعض يصح التقاطه بإذن السيد إذا لم تكن بينهما مهياة أو كانت والتقط في نوبة السيد أما في نوبته فلا يصح. قال الرملي: في أوجه الوجهين قال ع ش: ما لم يقل له: عني أي فيصح.

قال المصنف رحمته:

(وإن التقطه اثنان) أهلان للالتقاط (وتنازعا) فيه وكذا الأكثر (فالموسر) أولى أي مقدم على المعسر إذ قد يواسيه بماله و(المقيم أولى) أي مقدم على من يظعن به وعبارة التنبيه: وإن التقطه رجلان من أهل الحضارة وأحدهما موسر والآخر معسر فالموسر أولى وإن كان أحدهما مقيما والآخر ظاعنا فالمقيم أولى. انتهت.

وفي الروض وشرحه ما يلي: ويقدم في التقاط لقيط بلد أو قرية بلدي أو قروي

مقيم بها على ظاعن يظعن به منهما إلى بادية أو قرية لا على ظاعن إلى بلدة أخرى بل يستويان. ١. هـ. وفي المنهاج: وإن التقطاه معا وهما أهل فالأصح أنه يقدم غني على فقير وعدل على مستور فإن استويا أقرع. قال في التحفة: وليس للقارع ترك حقه كالمفرد بخلافه قبل القرعة. ١. هـ. وهذا إذا أخذه بالفعل فإن وصلا إليه معاً أو سبق إليه أحدهما ولم يأخذه بل وقف عنده وتنازعا في أخذه وهما أهلان وضعه الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما كما في الروض مراعيًا حظ اللقيط أما إن أخذه أحدهما فيمنع الآخر من مزاحمته.

تتمة: قال في التنبيه: وإن ادعى كل منهما أنه الملتقط فإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه، وإن كان في يدهما أقرع بينهما، وإن لم يكن في يد واحد منهما سلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما وإن أقام أحدهما بينة حكم له وإن أقاما بينتين مختلفتي التاريخ قدم أقدمهما تاريخاً وإن كانتا متعارضتين سقطتا في أحد القولين وصار كما لو لم تكن بينة. ١. هـ. وقد جزم بهذا القول في شرح الروض وزاد أنه لو كان بيد أحدهما وأقام بينة وأقام الآخر بينة بأنه انتزعه منه قدمت بينة الانتزاع أي لأن معها زيادة علم، والله أعلم.

ذكر المذاهب فيما ينفقه الملتقط من مال نفسه على اللقيط:

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا التقط لقيطاً أن نفقته غير واجبة عليه وجوبا يؤخذ عليه كما يؤخذ المنفق على ولده، واختلفوا في الرجل ينفق على اللقيط بغير أمر حاكم فقالت طائفة: لا شيء له وهو متطوع فيما فعل رويناه هذا القول عن شريح والشعبي، وبه قال عوام أهل الفتيا من علماء الأمصار منهم مالك، والثوري، والأوزاعي، والنعمان، والشافعي، وابن الحسن ومن تبعهم من أهل العلم وبه نقول، وذلك أنه متطوع فيما فعل إنما يجب القيام بأمره ونفقته من بيت مال المسلمين. وقالت طائفة: يرجع بالنفقة عليه إذا أشهد رويناه عن النخعي، وشريح، وعن عمر بن عبد العزيز وعنه قول آخر وهو أنه يُستحلف أنه لم ينفق عليه احتساباً فإن حلف استُشعي أي اللقيط وفيه قول رابع عن

عليّ: إن طلبَ المنفقُ نفقته من اللقيط وكان اللقيط موسرًا رَد عليه، وإلا كان صدقة وقول خامس: أن نفقته من بيت المال وهو قول أحمد، واحتج بما سلف من أثر عمر، وقول سادس لإسحاق: إن كان حين أنفق نوى أخذه عَوْض من بيت المال وإن تبرّع فلا شيء له، فأما اللقيط فلا يكون عليه شيء من ذلك، وقول سابع عن عمر بن عبد العزيز أنه يُقَاصُّ اللقيطُ مُنْفَقَةً بما خدمه وما بقي فمِن بيت المال. قال ابن المنذر: وكل هذا إذا أنفق من غير إذن الإمام، فأما إذا أنفق بأمره فإن ذلك يلزم اللقيط إذا بلغ في قول الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي قال ابن المنذر: وإذا كان في مكان ليس به إمام وجب على الملتقط وعلى سائر المسلمين أن يقوموا به ويُخَيِّوه ولا يرجعون بشيء مما أنفقوه عليه.

ذكر بعض المذاهب في الإنفاق على اللقيط من ماله:

قال ابن المنذر: قال الشافعي في الذي يجد المنبوذ: إن كان ثقة أمره الحاكم أن ينفق عليه ويشهد بما وجب عليه وإن كان غير ثقة نزعه الحاكم منه وما أنفق عليه بغير إذن الحاكم ضمن، وإن لم يكن له مال وجب أن ينفق عليه من مال الله... قال ابن المنذر: وفي إنفاقه عليه مما وجد معه بغير أمر الحاكم قول ثان، وهو أن لا شيء عليه فيما أنفق عليه بالمعروف وذلك أن اللقيط يوجد بالمواضع التي ليس بها حكام فإذا كان كذلك وجب على المسلمين القيام بأمره والنفقة عليه من ماله فإذا فعل ذلك الفاعل فلا شيء عليه فيما بينه وبين الله ولا في الأحكام لأنه قام بما يجب على الحاكم أن يقوم به. هذا قول مالٍ إليه بعض أصحابنا من أهل العلم. اهـ. وقال صاحب المغني من الحنابلة بعد كلام: إذا ثبت هذا فإن لملتقطه الإنفاق عليه بغير إذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد، لأنه ولي له فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم كوصي اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره كتبديد الخمر، وذكر أن بعض الحنابلة قاس كالشافعي على ما لو كان عند إنسان ودائع لرجل فأنفقها المودع على ولد الرجل بغير إذن الحاكم، وفرق صاحب المغني بين المسألتين بوجهين: أحدهما: أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فإن له ولاية أخذه وحفظه. الثاني: أنه ينفق على اللقيط من ماله وزاد أن الإنفاق على الولد

المذكور مشروط بثبوت احتياجه إليه بفقد غيره وهو لا يثبت بدعوى الوديع فاحتيج فيه إلى الرفع إلى الحاكم بخلاف ما هنا قال: ومتى لم يجد حاكماً فله الإنفاق بكل حال. اهـ. وفي الإنصاف من كتبهم أنه يستحب للملتقط الإشهاد على اللقيط وعلى ما معه على الصحيح من المذهب. وقيل: يجب. وفيه أيضاً قوله: وله الإنفاق مما وجد معه بغير إذن حاكم. هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطع به ابن حامد والمصنف [ابن قدامة] في الكافي والوجيز وغيرهم... إلخ.

بابُ المسابقةِ

تجوز على العوض بين الخيل والبغال والحمير والإبل والفيلة، بشرط اتحاد الجنس، فلا تجوز بين بعير وفرس، ويشتراط معرفة المركوبين وقدر العوض والمسافة.

ويجوز أن يكون العوض منهما أو من أحدهما أو من أجنبي، فإن كان من أحدهما أو من أجنبي جاز بلا شرط، فمن سبق أخذه.

وإن كان منهما اشتراط أن يكون معهما محلل، وهو ثالث على مركوب كفاء لمركوبيهما لا يخرج عوضاً، فمن سبق من الثلاثة أخذ، وإن سبق اثنان اشتركا فيه.

المناضلة:

وتجوز على النشاب والرمح وآلات الحرب، والعوض منهما، أو من أحدهما أو من أجنبي، والمحلل معهما إذا كان منهما على ما تقدم، ويشتراط تعيين الرميات، وعدد الرشق، والإصابة، وصفة الرمي، والمسافة، ومن البادئ منهما، ولا تجوز بالعوض على الطيور، والأقدام، والصراع.

قال المصنف رحمته:

(باب المسابقة) على الخيل والسهام ونحوهما

ورد في المعجم الوسيط: وسابق بين الخيل أرسلها وعليها فرسانها لينظر أيها أسبق وسابق فلانا جراه وباراه، وسباق الخيل إجراؤها في مضمار تتسابق فيه والسبق المسابق، والسبق ما يتراهن عليه المتسابقون وفي الغرر. قال الأزهري: النضال في الرمي والرهان في الخيل والسباق فيهما وهي سنة إذا قُصد بها التأهب للجهاد والأصل فيها مع الإجماع قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ الآية [الأنفال: ٦٠]، وفسر النبي صلى الله عليه وسلم القوة فيها بالرمي كما رواه مسلم ثم ذكر أخباراً فعلية في المسابقة بين الخيل والإبل وخبر سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: خرج النبي صلى الله عليه وسلم على

قوم من أسلم يتناضلون فقال: «ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان راميا» وقال: رواها البخاري قال: وخبر: «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل» وقال: رواه الترمذي وحسنه، وابن حبان وصححه، وذكر أن السَّبَق إذا كان بفتحيتين فمعناه المال الذي يُدْفَعُ إلى السابق. ١.هـ. وفي التلخيص أن حديث أبي هريرة: «لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر» رواه أحمد، وأصحاب السنن، والشافعي، والحاكم من طرق وصححه ابن القطان، وابن دقيق العيد، وأعلَّ الدارقطني بعضها بالوقف، ورواه الطبراني وأبو الشيخ من حديث ابن عباس. ١.هـ. وبهامشه أن الهيثمي قال في مجمع الزوائد: إن في إسناد حديث الطبراني عبد الله بن هارون الفروي وهو ضعيف، وأنَّ في الباب عن ابن عمر أخرجه ابن حبان.

قال المصنف رحمته:

(تجوز) المسابقة (على العوض بين الخيل والبغال والحمير والإبل والفيلة) بكسر الفاء وفتح الياء المثناة جمع فيل بكسر فسكون وهو حيوان ضخم الجسم... ذو خرطوم طويل يتناول به الأشياء كاليد وله نابان بارزان كبيران يتخذ منهما العاج. كذا في المعجم الوسيط ويجمع أيضًا على أفيال وفيول كما في المصباح وإنما تجوز كذلك: (بشرط اتحاد الجنس) للمتسابقين. قال في التنبيه: المسابقة على عوض كالإجارة في أحد القولين وتصح ممن تصح منه الإجارة، ولا يجوز فسخها بعد لزومها ولا الزيادة فيها ولا الامتناع من إتمامها وحكمها في خيار الشرط وخيار المجلس حكم الإجارة ويجوز أخذ الرهن والضمين فيها وكالجعالة في القول الآخر فيجوز فسخها والزيادة فيها والامتناع من إتمامها ويفسخها متى شاء ولا يأخذ فيها الرهن والضمين...

ثم قال: ولا تجوز المسابقة بين الجنسين (فلا تجوز بين بعير وفرس) مثلا وتجوز على نوعين كالعربي والبرذون وهو بكسر فسكون ففتح فسكون التركي من الخيل على ما في المصباح عن المُطَرِّزي، وفي تحرير التنبيه للنووي هنا أن البرذون هو ما أبواه عجميان، والعتيق ما أبواه عربيان والهجين ما أبوه عربي وأمه عجمية والمُقرِّف

بضم الميم وسكون القاف وكسر الراء ما أبوه عجمي وأمه عربية وأن ذلك يكون في الناس والخييل، وقال ابن الوردي في البهجة:

صح السباق باتحاد الجنس له من دَبَّةٍ وإبلٍ وفيله
والسهم والمزراقِ رمح ذي قَصْر وزانة الديلم أيضا والحجر
من منجنيقٍ أو يدٍ وأن يُجال سيفٌ على مالٍ ولو من بيت مال

وفسر شارحها الزانة بأنها التي لها رأس دقيق وحديثتها عريضة تكون مع الديلم وهم جيل من الناس قال: وخرج بالمذكورات السباق على بقر وكلاب وغيرها مما لا ينفع في الحرب قال: وفي جعله المزراق والزانة جنسين نظر فإنهما نوعان للرمح فيجوز السباق بهما معا. ا.هـ. وسيأتي ذلك إن شاء الله.

قال المصنف رحمته:

(ويشترط معرفة المركوبين) بإشارة إليهما أو وصف كما في السلم وكذا تعيين الراكبين بإشارة لا وصفٍ ويتعين المركوبان بالتعيين فلا يجوزُ إبدالُهما فإن تعذر أحدهما بنحو موت أُبدِلَ الموصوفُ وانفسخت في المعين وإن مات الراكب قام وارثه مقامه ولو بنائبه فإن أبى استأجر عليه الحاكم.

ويشترط أيضا إمكان قطع المسافة وإمكان سبق كل منهما فإن كان يُقطع بتخلف أحدهما أو بُندور سبقه لم يَجْز (و) معرفة (قدر العوض) المشروط بالرؤية أو الوصف التام كما في الثمن، فإن جهل وتساوبا عليه استحق السابق أجره المثل (و) معرفة (المسافة) المُتسابقِ فيها بالذرع أو المشاهدة إن لم يغلب فيها عرف يعرفانه وإلا كَفَى ويشترط أيضا التساوي في المبدأ والغاية، ويجوز أن يُعَيَّنَا غايةً وبعدها أخرى إن لم يحصل سبقٌ عند الأولى ويشترط في مُخرِجِ العوض كونه مطلق التصرف في ماله.

قال المصنف رحمته:

(ويجوز أن يكون العوض منهما) أي من كل منهما بفرض سبق الآخر له (أو من أحدهما) فقط (أو من أجنبي) أي خارج عن السباق أو من بيت المال (فإن كان من

أحدهما أو من أجنبي) أو من بيت المال (جازت) المسابقة (بلا شرط) لشيء آخر يأتي (فمن سبق) من المتسابقين (أخذه) أي العوض (وإن كان منهما) بالمعنى السابق (اشتراط أن يكون معهما محلل) بصيغة اسم الفاعل (وهو) شخص (ثالث على) مركوب كفاءٍ أي مماثل (لمركوبيهما لا يُخْرَجُ) هذا الثالث (عوضاً) وذلك ليُخْرَجَ السَّبَّاقُ الشرعي عن صورة القمار المحرم شرعاً واستدل عليه في التحفة بقوله: للخبر الصحيح: «من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يُسَبَّقَ فليس بقمار ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أَمِنَ أن يُسَبَّقَ فهو قمار» قال: فإذا كان قماراً عند الأمان من سبق فرس المحلل فعند عدم المحلل أولى وقوله فيه: بين فرسين للغالب فيجوز كونه بجنب أحدهما إن رضيا وإلا تعين التوسط ويكفي محلل واحد بين أكثر من فرسين فالتثنية في المتن على طَبَقِ الخبر وُسْمِيَّ محللاً، لأنه حلل العوض منهما، أما إذا لم يكافئ مركوبه مركوبيهما فلا يصح. ١.هـ. ببعض إصلاح والحديث المذكور قال في التلخيص: أخرجه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، والحاكم، والبيهقي، وابن حزم، وصححه من حديث أبي هريرة وذكر الحافظ ما قيل حول الحديث، وحكى عن أبي حاتم قوله: أحسن أحواله أن يكون موقوفاً على سعيد بن المسيب قال: وكذا هو في الموطأ عن الزهري عن سعيد، وذكر قبل ذلك أن معمرًا، وشعيبًا، وعُقَيْلاً رووه عن الزهري عن رجال من أهل العلم قاله أبو داود وقال: وهذا أصح عندنا. ١.هـ.

أقول: لكن يُقَوَّى الحديث ما عزاه في المنتقى إلى أحمد من حديث ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الخيال ثلاثة فرس للرحمن، وفرس للإنسان، وفرس للشيطان». وذكر أن فرس الشيطان الذي يُقَامَرُ أو يُرَاهَنُ عليه، ومن حديث رجل من الأنصار نحوه، وقد حكى الشوكاني عن مجمع الزوائد للهيثمي أنه قال في حديث ابن مسعود: رجاله ثقات أقول زاد الهيثمي على هذا قوله فإن كان القاسم بن حسان سمع من ابن مسعود فالحديث صحيح. ١.هـ. وذلك في باب... فيما جاء في الخيل وارتباطهما ج ٥ من المجلد (٣) ونقل د/ بشار عواد في تعليقه على تهذيب الكمال عن كتاب ابن أبي حاتم في الجرح... أن أبا حاتم الرازي قال: لا نعلم سماعه منه... ١.هـ. وفي الحديث الآخر رجاله رجال الصحيح. ١.هـ.

قال المصنف رحمته :

(فمن سبق من الثلاثة) المتعاقدين والمحلل (أخذ) العوض جميعه (وإن سبق اثنان) فوصلا إلى الغاية معا (اشتركا فيه) واقتسماه نصفين، وعبرة التنبيه: فإن سبقهما أي المحلل أحرز سببهما وإن سبقه أحرز كل واحد منهما سبقه، وإن سبق أحدهما مع المحلل أحرزا سبق المتأخر وإن سبق أحدهما أخذ السبقين قال: وإن كانوا ثلاثة فشرط - أي من هو خارج السباق - لاثنين دون الثالث أو أربعة فشرط لثلاثة دون الرابع جاز وإن شرط للجميع وسوى بينهم لم يجز، وإن فاضل فجعل للسابق عشرة ولمن يليه تسعة، وللثالث ثمانية مثلا فقد قيل: يجوز. وقيل: لا يجوز. ا.هـ.

وفي المنهاج أن الأصح في مثل هذا الجواز قال: وإن تسابق ثلاثة فصاعدا وشرط للثاني مثل الأول فسد قال في التحفة: لأن كلا لا يجتهد في السبق لوثوقه بالمال سبق أو سبق والأصح في الروضة كالشرحين الصحة، لأن كلا يجتهد أن يكون أو لا أو ثانيا ليفوز بالعوض... ونقل الشرواني عن المنهج والمغني والنهاية أنه المعتمد قال في التحفة: ولو كانوا عشرة فشرط لكل واحد سوى الأخير مثل أو دون من قبله جاز على ما في الروضة قال الشرواني تقدم اعتماده أنفا.

ثم سبق إبل وكل ذي خف كفيل عند إطلاق العقد بكتف أو بعضه وسبق خيل وكل ذي حافر بعنق. وقيل: العبرة بالقوائم مطلقا، والله أعلم.

فائدة: في فقه اللغة للثعالبي عن الفراء أنه ذكر عشرة أسماء لسوابق الخيل وهي السابق ثم المصلي ثم المسلمي ثم التالي ثم المرتاح ثم العاطف ثم الحظي ثم المؤمل ثم اللطيم ثم السكيت، وعن الجاحظ قال: كانت العرب تعد السوابق من الخيل ثمانية ولا تجعل لما جاوزها حظا، فأولها السابق ثم المصلي ثم المقفي ثم التالي ثم العاطف ثم المدمر ثم البارع ثم اللطيم، وكانت تلطم الآخر وإن كان له حظ. ا.هـ. وفي المصباح: والصلا وزان العصا مغرز الذنب من الفرس، ومنه قيل للفرس الذي بعد السابق في الحلبة: المصلي لأن رأسه عند صلا السابق، وفيه أيضا: السكيت مصغرا والتخفيف أكثر من الثقليل: العاشر من خيل السباق وهو آخرها، ويقال له: الفسكل أيضا. ا.هـ. وفيه أيضا الفسكل بكسر الفاء والكاف الفرس يجيء آخر الخيل

في الحلبة قال السَّرْفُسطِي: فَسَكَلَ الرجل والفرس إذا أتى سُكَيْتًا فهو فِسْكَولٌ وفُسْكَولٌ وزاد الفارابي فُسْكَولٌ بضم الفاء والكاف وامتنع جماعةٌ من إثباته. ا.هـ. وفي تحرير التنبيه للنووي هنا أن الأول يقال له: المُجَلِّي والثاني المُصَلِّي، وأنه لا خلاف في ذلك وإن وُجِدَ خِلافٌ في ترتيب غيرهما. ا.هـ. وذلك مشهور وقد استغرَبْتُ فَقَدَ المُجَلِّي في المصباح وفقه اللغة، وفي المعجم الوسيط: جَلَّى الفرس تجلية سبق في الحَلْبَةِ. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(وتجوز) المسابقة بمعنى المناضلة أي المغالبة في الإصابة بالرمي يقال: ناضلته (وناضلته من باب نصر أي غلبته في ذلك (على الشاب) بضم النون وشد الشين المعجمة في القاموس، والمعجم الوسيط: الشاب: النبل الواحدة بهاء وبالفتح مُتَّخِذُهُ وقوم نَشَابَةٌ يرمون به. ا.هـ. وفي المنهاج مع التحفة: وتصح المناضلة على سهام عربية وهي النَّبْلُ وعجمية وهي الشُّابُّ وعلى جميع أنواع القسي...)

قال المصنف رحمته:

(والأرماع) جمع رمح بضم فسكون وهو قناة في رأسها سِنَانٌ يُطَعَنُ به كذا في المعجم الوسيط (و) سائر (آلات الحرب) القديمة منها والحديثة فتدخل في معنى ذلك البنادق والأسلحة الأرضية والجوية والبحرية كلها بل هذه هي آلات الحرب اليومَ أما التي في المتن وما شاكله فقد غاب بها الزمان وطلع بهذه فلا فائدة كبيرة لتلك اليومَ فتجوز للرجال التمارين المتعلقة بهذه اليومَ بل تجب على الكفاية (والعوض منهما) أي من المتباريين بالمعنى السابق (أو من أحدهما أو من أجنبي) أي من غيرهما والجملة في محل نصبٍ حالٌ كالتي في قوله: (والمحلل معهما إذا كان العوض (منهما على ما) أي الوجه الذي (تقدم) أنفا من بيان حال السبق وعدم الجواز عند فقد المحلل ويصح جعلُ عَلَيَّ للتعليل.

قال المصنف رحمته:

(ويشترط تعيين الرماة) جمع رام كقضاة لقاض وكونه كذلك هو ما في نسخة الفيض وهو الصحيح لأمرين: أحدهما: أنه الموافق لما في التنبيه وغيره. وعبرة التنبيه: ولا يجوز حتى يتعين الرماة فإن كانوا حزينين لا يجوز حتى يعرف كل واحدٍ

من رأس الحزبين أصحابه قبل العقد. انتهت. وسأذكر ما في غيره. ثانيهما: أنَّ الرميات التي في النسخ المجردة لا يشترط تعيينها على المعتمد ويحمل المطلق على واحد واحد لكن إن أريد بها الرميات التي يرميها كل منهما أي مجموع رمياته كل على حدة كان اشتراطه صحيحا، وعبارة المنهاج ويشترط للمناضلة بيان أن الرمي مبادرة وهي أن يبدُر أي يسبق أحدهما بإصابة العدد المشروط أو مُحاطة، وهي أن تُقابل إصابتهما وي طرح المشترك فمن زاد بعدد كذا فناضل قال في التحفة: والمعتمد في أصل الروضة والشرح الصغير أنه لا يشترط لصحة العقد بيان ما ذكر ويحمل على المبادرة وإن جهلاها لأنها الغالب... ثم قال أي المنهاج والتحفة معًا: ويشترط للمناضلة بناءً على خلاف المعتمد المذكور بيان عدد نُوب الرمي في كل من المحاطة والمبادرة لينضبط العمل وذلك كأربع نُوب كل نوبة خمسة أسهم وكسهم سهم أو اثنين اثنين ويجوز شرط تقدم أحدهما: بجميع سهامه فإن أطلقا حمل على سهم سهم... وبه يعلم ضعف ما في المتن كما تقرر أما بيان عدد ما يرميه كل فهو شرط مطلقا.

قال المصنف رحمه الله:

(وعدد الرشق) هو بفتح الراء بمعنى الرمي فعلى نسخة الرميات في سابقه يكون مكررا، وقد تقدم أنفا الكلام عليه وبكسر الراء نوب الرمي أي مجموعة الرميات التي يرميها طرف ثم يعقبه غريمه بمثلها وقد سبق حكم بيانها أنفا أيضا (و) عدد (الإصابة) للغرض المرمي خمسة من عشرين، لأن الاستحقاق بها وبها يتبين حدُّ الرامي قال في التحفة، وقضية المتن أنهما لو قالوا: نرمي عشرة فمن أصاب أكثر من صاحبه فناضل لم يصح، لكن جزم الأذرعى بخلافه فعليه لا يشترط بيان هذا كالذي قبله، وقوله: (وصفة الرمي) عطفه على ما قبله يفيد أن بيانه شرط أيضا عند المصنف لكنه ضعيف أيضا والمراد بالرمي هنا الإصابة وإليك عبارة المنهاج مع التحفة: وليبين ندبا صفة الرمي المتعلقة بإصابة الغرض من قرع بسكون الراء وهو إصابة الشن المعلق وهو الجلد البالي والمراد هنا مطلق الغرض بلا خدش له أي أنه يكفي فيه ذلك لا أن

ما بعده يضر وكذا في الباقي أو خزق بفتح فسكون للمعجمتين وهو أن يثقبه، ولا يثبت فيه أو خسق كذلك في الحركة وضدها أي السكون والسينُّ مهملة وهو أن يثبت فيه أو مرق بالراء الساكنة أيضًا وهو أن ينفذ منه ويخرج من الجانب الآخر، والحوابي من حبا الصبئي وهو أن يقع السهم بين يدي العَرَض ثم يَثْبَ إليه. قال في التحفة: ولا يتعين ما عَيْنَاه من هذه مطلقا بل كل يغني عنها ما بعدها والعبرة بإصابة النصل. قال النووي: فإن أطلقا اقتضى القرع فقال: حج لأنه المتعارف وبه يعلم أن الأمر في قوله: ولْيَبِينَا للندب كما مر دون الوجوب...

قال المصنف رحمته:

(و) تعيين (المسافة) المرمي فيها وهذا صحيح وكذا قوله: (و) تَعَيِّنُ (مَنْ الباديُّ منهما؟) لئلا يؤدي إلى النزاع ففي المنهاج: والأظهر اشتراط بيان البادئ بالرمي قال ابن حجر: مطلقا، وإن أطال البلقيني في خلافه لاشتراط الترتيب بينهما فيه ولئلا يشته المصيب لو رميا معاً. ا.هـ. وفي حواشيه: فإن لم يبيناه فسد العقد. ا.هـ.

قال المصنف رحمته:

(ولا تجوز) المسابقة (بالعوض على الطيور) بأن يُسَابِقَا بين طائريهما فمن سبق طائره فله كذا (و) لا على عَدُو (الأقدام) بأن يتراهنا على أن من سبق منهما سَعِيَ على قدميه فله كذا أو من غلب بطول الوقوف على القدم قال في العُرر وكل ما لا ينفع في الحرب كلعب بشطرنج وخاتم وكرة صولجان ورمي ببندق أي من طين ووقوف على رجل ومعرفة ما بيد من شفع أو وتر وسباحة وزوارق فلا يجوز بعوض، ولا يجوز مطلقا على مناطحة شياه.. وكذا على الغطس في الماء إلا إن جرت عادة بالاستعانة به في الحرب فكالسباحة. ا.هـ.

(و) لا (الصراع) بكسر الصاد ودعاني إلى ضبطه مع ظهوره لأنه مصدر صارعه أي رأيته مضبوطا بضمها ولا أدري أهو سبق قلم أم عمد فإن كان عمدا فهو صُداع والصراع مغالبة من الصرع أي الطرح على الأرض فلا تجوز في الأصح لعدم نفعها في الحرب ومثلها السباق السائد في عالم اليوم والذي تُنْفَقُ فيه الملايين ألا وهو سِبَاقُ

كرة القدم الذي جُنَّ به المتعاقلون فإنه لا يسمن ولا يغني شيئاً في الدفاع عما تجب حمايته وإنما هو لهُوٌ يُشغَلُ به العاطلون عن المال بل وعن العقل كالدين، فالله المستعان. وأجاب العلماء عن مصارعتة ﷺ رُكَاةً عَلَى شِيَاهِ بِأَنَّهَا كَانَتْ لِدَعْوَتِهِ إِلَى الْإِسْلَامِ حَيْثُ صَرَعَهُ مَعَ شِدَّتِهِ وَتَمَرُّنِهِ عَلَى الصَّرَاعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ لَهُ ﷺ عِلَاقَةٌ بِذَلِكَ، وَلِذَلِكَ رَدَّ عَلَيْهِ شِيَاهَهُ لَمَّا أَسْلَمَ بِسَبَبِ ذَلِكَ، أَمَا إِذَا كَانَ مَا ذَكَرَ بِلَا عَوْضٍ وَلَا تَفْوِيتِ حَقٍّ وَلَا ظَلْمٍ لِحَيَوَانَ وَلَا أَيِّ مَعْصِيَةٍ، فَيَصِحُّ جُزْماً لَا سِيَّماً مَا فِيهِ رِيَاضَةٌ لِلْبَدَنِ وَنَفْعٌ فِي الصَّحَّةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ذكر المذاهب في بعض مسائل المسابقة :

قال أبو المظفر: اتفقوا على أن السبق والرمي مشروعان ويجوزان على العوض واتفقوا على أن السبق بالنصل والخف والحافر جائز. واختلفوا في المسابقة على الأقدام بعوض فقال أبو حنيفة: تجوز. وقال مالك، وأحمد: لا تجوز، وعن الشافعي كالمذهبين، فإن كانت المسابقة على الأقدام بغير عوض فهي جائزة إجماعاً.

واتفقوا على أن اللعب بالنرد حرام وأنه تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ، وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ اللَّعْبَ بِالشَّطْرَنْجِ حَرَامٌ إِلَّا مَا يَرَوَى عَنِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ فِي إِبَاحَتِهِ قَالَ: وَأَمَّا الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ الشِّيرَازِيَّ فذَكَرَ كِرَاهَتَهُ وَأَنَّهُ لَا يَحْرَمُ. ١. هـ.

أقول: لاحظت فيما رأيته من نسخ العمدة خُلُوًّا مِنْ ثَلَاثَةِ أَبْوَابٍ مَشْهُورَةٍ فِي كِتَابِ الْمَذْهَبِ حَتَّى فِي تَقْرِيبِ أَبِي شَجَاعٍ وَهِيَ أَبْوَابُ الصَّلْحِ وَإِحْيَاءِ الْمَوَاتِ وَالْإِقْرَارِ، فَرَأَيْتُ أَنَّ أَضْعَافَ هُنَا تَكْمِيلًا لِفَائِدَةِ الْكِتَابِ، وَلَكِنْ بَاخْتِصَارًا، وَاخْتَرْتُ هَذَا الْمَكَانَ لِأَنَّ بَابَ الْمَسَابِقَةِ آخِرَ الْأَبْوَابِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِكَسْبِ الْمَالِ وَبَابِ الْوَقْفِ الْآتِي أَوَّلَ أَبْوَابِ إِخْرَاجِ الْمَالِ عَنِ الْمَلِكِ لِلَّهِ تَعَالَى فَمِنْ الْمُنَاسِبِ وَضْعُهَا هُنَا عَلَى التَّرْتِيبِ السَّابِقِ لِتَتَّصِلَ الْبَابَانِ الْأَوْلَانِ بِأَبْوَابِ الْكَسْبِ، وَبَابِ الْإِقْرَارِ بِبَابِ الْوَقْفِ لِأَنَّ فِي كُلِّ مِنْهُمَا اعْتِرَافًا بِالْحَقِّ لِصَاحِبِهِ، وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ.

الباب الأول

باب الصلح

وقدَّمته على الآخرين لأن له شبهة بالمسابقة في التنازع والتزاحم على مطلوب. والصلح: لغة: قطع النزاع، واصطلاحًا: عقد يحصل به ذلك وهو أنواع منها الصلح بين المسلمين وغيرهم، والصلح بين الإمام والبغاة والصلح بين الزوجين عند الشقاق ولهذه أبواب تَخُصُّها، ومنها الصلح في المعاملة بين متعاملين وهذا مقصود الباب، والأصل في الصلح من حيث هو قوله ﷺ: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] ونحو خبر ابن حبان: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا» ثم الإجماع على مشروعيته إذ لا شك في شرعية السلام وشرعية الخصام، ثم الصلح يستدعي سبْق الخصومة فلا صلح قبلها إلا أن ينوي به البيع فيصح، فإذا تصالح خصمان فصلحهما نوعان صلح معاوضة بالحق الذي كان فإن كان العوض عينا فحكم الصلح حكم البيع فيثبت له جميع ما مضى في البيع من الأحكام، وإن كان العوض منفعة كسكنى دار مدة معلومة فهو إجارة تثبت له أحكامها ويصح الصلح عن دين بدين إذا خلا عن الربا وعُيِّن العوض في المجلس، وإن لم يقبض والنوع الثاني صلح حَطيطة، وهو أن يصلح عمالَهُ ببعضه فهو إن كان عن عين ببعضها فهو هبة لبعضها الآخر فيشترط فيه القبول والقبض، وإن كان عن دين فهو إبراء عن باقيه فتثبت فيه أحكامه فلو قال: صالحتك عن الألف الذي لي عليك على خمسمائة صار مُبرِّئًا للخمسمائة الأخرى، واشترط القبول وإن قال أبرأتك عن خمسمائة من ديني عليك لم يشترط القبول، ولا يشترط فيه تعيين الباقي، ولا يجوز تعيين الخمسمائة المصالح عليها كان يقول: صالحتك من ديني على هذه الخمسمائة عند بعضهم، والأصح صحته والصلح مع الإنكار باطل وقوله: صالحني عما تدعيه لا يكون إقرارا وأبرئني منه مثلاً إقراراً ويصح إبراء المنكر ولو بعد التحليف، ولو اختلفا هل اصطلحا عن إقرار أو إنكار صدق المنكر، لأن الأصل عدم الصحة.

فصل الطريق النافذ مباح لكل الناس ولا يُتصرف فيه بما يضر المارة ولكل أحد الانتفاع به بالمعروف فلا يبنى فيه دكة ولا يُغرس فيه شجرة مثلاً ويجوز فتح باب إليه وإشراع جناح، وتظليل بنحو سقيفة بشرط عدم الضرر.

أما الطريق غير النافذ فهو مملوك لأهله وهم من نفذت أبواب دورهم إليه لا من لاصقته جدرانهم وتختص شركة كل منهم بما بين باب داره ورأس السكة فلا يتصرف في غير ذلك إلا برضا أهله، وإن وقف أحدهم داره مسجداً شاركهم المسلمون في حق المرور إليه، ولصاحب الدار فتح كوات في جداره ومنع جاره من وضع جذع عليه في القول الجديد للأدلة العامة في حرمة مالٍ وحق المسلم على غيره إلا برضاه وأذنه، والقول القديم أنه ليس له ذلك لحديث الصحيحين أنه عَلَيْهِ السَّلَام قال: «لا يمتنع أحدكم جاره أن يضع خشبة في جداره» والقائلون بالأول يحملون هذا على الكراهة جمعاً بين الأدلة والظاهر عندي التمسك بالخاص، لأنهم علموا أن الخاص يقضي على العام وليس العكس، والله أعلم.

الباب الثاني

باب إحياء الموات

والموات: الأرض لم تعمر في الإسلام وليست حريم معمور قال الله سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، وقال - عز شأنه: ﴿جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ فِي الْأَرْضِ﴾ [فاطر: ٣٩]، وقال - جل جلاله: ﴿وَعَدَّ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ [النور: ٥٥]، وقال ﷺ: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزُّبُورِ مِن بَعْدِ الذِّكْرَاتِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرْثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ﴾ [الأنبياء: ١٠٥]، وقال أيضًا في أمة خلت على لسان نبيٍّ من أنبيائه وأقره: ﴿وَأَسْتَعْمِرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود: ٦١] أي جعلكم تعمرونها بأنواع الغرس والبناء إلى غير ذلك من آيات ذكر الله سبحانه فيها امتنانه علينا بخيرات الأرض، وأخرج البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: «من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها» وأخرج أبو داود، والبيهقي، من طريقه عن سعيد بن زيد رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من أحيى أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»، وأخرج أيضًا من طريقه عن عروة أنه قال: أشهد أن رسول الله ﷺ قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله، ومن أحيى مواتا فهو أحق به. جاءنا بهذا عن النبي ﷺ الذين جاءونا بالصلوات عنه، وأخرج البيهقي من طريق ابن إسحاق عن يحيى بن عروة بن الزبير عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيى أرضا ميتة لم تكن لأحد قبله فهي له وليس لعرق ظالم حق» وأخرج من طريق كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيى مواتا من الأرض في غير حق مسلم فهو له وليس لعرق ظالم حق» وذكر البيهقي أن هشاما وهو ابن عروة فسر العرق الظالم بأن يأتي مال غيره فيحفر فيه قال في التلخيص: وفي الباب عن فضالة بن عبيد، ومروان عند الطبراني، وعن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من أحيى أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العوافي - أي طوالب الرزق - منها فهو له

صدقة» رواه أحمد، والنسائي، وابن حبان في صحيحه قال في شرح المنهج فهو سنة لذلك.

فالموات إن كان ببلاد الإسلام فللمسلم تملكه بالإحياء وإن لم يأذن فيه الحاكم اكتفاء بإذن الشارع، وإن كان عليه أثر عمارة جاهلية فكذلك أو عمارة إسلامية فأمره إلى الإمام كسائر الأموال الضائعة وليس لكافر إحياء بدار الإسلام قال الرملي: وكل ما لا يرجئ ظهور مالكه فهو لبيت المال فيجوز للإمام أن يأذن فيه كسائر مال بيت المال وهل له إقطاعه؟ فيه وجهان: قال في الكفاية ورجح في البحر جوازه، وإن لم يعرف أنها إسلامية أو جاهلية فكالإسلامية والمراد ببلاد الإسلام ما أحياه المسلمون وإن غلب الكفار عليه بعد أو أسلم أهله عليه أو فُتِح قهراً أو صلحا بشرط ملك الأرض للمسلمين، وإن كان الموات ببلاد الكفر فللكافر إحياءه وكذا للمسلم إن لم يذُوبوا عنه فإن ذبوا عنه لم يملكه المسلم بالإحياء كمعمورهم، ويملك المحيي والمشتري مع المُحْيَا حريمه ولا يُفردُه بالبيع، وحريم الشيء ما يتم الانتفاع به بسببه فحريم القرية نحو مرتكض الخيل وملعب الصبيان والنادي وهو مجتمع القوم للحديث ومطرح الرماد والكناسة والمرعى المستقل والمحتطب كذلك القربيان وكذا البعيان في الأصح، وحريم الدار في الموات مطرح الكناسة ونحوها والممر إلى بابها وفناء الجدران وهو ما يتطرق الأذى إليها بنحو الحفر فيه.

وحريم البئر المحفورة في الموات مطرح ما يُخْرَجُ منها عند نَزْحها ومُتَرَدِّدُ النوازح حولها ومجتمع الماء لسقي الماشية أو نحو الزرع منه، وحريم بئر القناة ما ينقص ماؤها أو ينهار ترابها بالحفر فيه قال الرملي في حواشي شرح الروض: المراد ببئر القناة هي التي يعلو الماء بنفسه منها ويجري في الساقية إلى الأرض، وما لا موات حوله لا حريم له كالدور المتجاوزة المحيية معاً، والله أعلم.

فصل: من شرع في الإحياء أو نصب علامة صار متحجراً لا مالكا فهو مستحق لملكه بإتمام الإحياء ويُورثُ هذا الحقُّ منه، ولو أحاط على ما فوق كفايته أو ما يعجز عنه فلغيره إحياء الزائد، وينبغي أن يشرع في العمارة عقب تحجره فإن أخره بلا عذر أمره ولي الأمر بالإحياء أو رفع يده عنه فإن استمهل أمهله ما يراه فإن مضت

المهلة ولم يشرع بطل حقه، وإن أحيى أحد ما تحجره آخرٌ بغير إذنه أثم وملكه،
وحكم الإقطاع من الوالي حكم التحجر.

والإحياء يختلف باختلاف المقصود منه فللزريبة التحويط ونصب الباب
وللمسكن ذلك وتسقيفُ شيءٍ منه وللزراعة التحويط بمعتاد وتسوية الأرض وحرثها
وإعداد ماء لها إن لم يكفها المطر المعتاد والتي لا يمكن إعداد الماء لها يكفي فيها ما
عدها مما يعد عرفا عمارة لها وللبستان ذلك وغرسُ بعضه.

فرع من جلس في شارع لنحو معاملة ولم يضيق على المارة لم يُمنع وله تظليل
مقعده لا البناء ويختص بمكانه وما حوله مما يحتاجه لمتاعه ومُعامله فليس لغيره
مزاحمته ولا حجبُه بالوقوف عنده وللوالي أن يُقَطِّعه مكانه مجانا لا على سبيل
التمليك بل الإرفاق وإن تنازع مستويان أقرع بينهما، ومتى قام من مكانه ليعود لم
ينقطع حقه ما لم يمض زمن ينقطع عنه مَنْ أَلْفَهُ من المشترين لكن لغيره الارتفاق
بالمكان حتى يعود وكالشارع في ذلك مقاعد الأسواق الأسبوعية مثلا ومن ضيقَ
الشارع بحيث يضر ضررا ظاهرا فعلى ولي الأمر منعه.

فرع آخر: في الروضة أن المياه قسمان:

أحدهما: المباحة النابعة في موضع لا يختص بأحد ولا صنَعَ للآدميين في إنباطه
وإجرائه كالفرات وجيحون وسائر أودية العالم والعيون في الجبال وسيول الأمطار
فالناس فيها سواء، فإن حضر اثنان فصاعداً أخذ كل ما شاء فإن قل الماء أو ضاق
المشروع قدم السابق فإن جاء معا أقرع، وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب
فالشارب أولى أي مستحق مقدم على الآخر ومن أخذ منه شيئا في إناء أو جعله في
حوضٍ ملكه ولم يكن لغيره مزاحمته فيه... قال: وإذا أراد رجل إحياء موات وسقيه
من هذا النهر نُظِرَ إن ضيق على السابقين مُنَع، لأنهم استحقوا أرضهم بمرافقتها والماء
من أعظم مرافقتها وإلا فلا مُنَع وعمارة هذه الأنهار من بيت المال هذا كله في الأنهار
والسواقي المباحة، أما إذا كانت مملوكة بأن حفر نهرا يدخل فيه الماء من الوادي
العظيم أو من النهر المنخرق فيه فالماء باق على إباحته لكن مالك النهر أحق به

كالسيل يدخل ملكه فليس لأحد مزاحمته لسقي الأرضين وله الشرب وسقي الدواب والاستعمال منه، ولو بدّلوا كما في الروض.

أقول: يؤخذ من هذا حكم ماء الأنابيب الخاصة الممدودة من الماء العام فيجوز استعماله في القليل من الأغراض ولو بلا إذن لجريان العادة به بحيث لا يؤثر تأثيراً بيناً في الرسوم المضروبة على تلك القناة الخاصة ولولا الرسوم لقلّت: أن الماء كماء الساقية الخاصة الممدودة من النهر الكبير يجوز استعماله في غير سقي الأرض ولو كان كثيراً، والله أعلم.

ثانيهما: المختصة فمن حفر بئراً مثلاً في موات للتملك: ملك ماءها كالموضع لكن يجب عليه بذل الفاضل عن شربه لشربه غيره وعن ماشيته وزرعه لماشية غيره، ولا يجب بذله لنبات غيره، ولا يجب أيضاً عليه إعاره آلات الاستقاء، ولا يصح بيع ماء البئر والقناة المملوكتين وحده دون القرار لأنه يزيد ويختلط، ولأنه مجهول وبعضه معدوم فإن باع الأرض والماء معا أو نصيبه المشاع منهما، وقد عُرف عمق الماء صح أما بيع الماء الجاري مع قراره فهو باطل فيهما للجهالة قاله في الروض، وهذا البحث قد ينفع في مسألة معروفة مُعاصرة، والله أعلم.

الباب الثالث

باب الإقرار

الإقرار لغة: الاعتراف والإثبات، وشرعا: إخبار الشخص بحق عليه لغيره، والأصل في مشروعيته آيات منها قوله ﷺ: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] قال شيخ الإسلام زكريا: فسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار، وأخبار منها خبر الصحيحين: «اغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» حيث دل على أن الاعتراف له تأثير في ثبوت الوصف ثم العقاب، وأفاد شارح المنهج انعقاد الإجماع على ذلك قال: والقياس جوازه لأننا قبلنا الشهادة بالإقرار فلأن يُقبل الإقرار أولى، وأركانه أربعة: مُقَرَّرٌ، ومُقَرَّرٌ له، ومقر به، وصيغة، وهي لفظ يشعر بالتزام بحق عليه نحو قوله لفلان: علي كذا، أو عندي بدل علي، وتستعمل علي، وفي ذمتي للدين ومعني وعندني للعين، وفي معنى اللفظ ما مضى من الإشارة والكتابة، وقوله: بلى أو نعم مثلا، أو صدقت أو أنا مقر به بعد قول آخر له: أليس لي عليك كذا مثلا إقرارٌ وكذا ما دل على الاعتراف دلالة ظاهرة، ويشترط في المقر كونه مطلق التصرف مختارا فلا يصح إقرار محجور عليه بصبا أو نحو جنون ومكره بغير حق، وإذا ادعى الصبي بلوغه باحتلام صدق بلا تحليل إن أمكن بأن استكمل تسع سنين أو بسنِّ فلا يصدق إلا ببينة، وأما السفیه فيصح إقراره بموجب عقوبة ووصية وتدابير وطلاق، وأما المُفلس فيقبل إقراره بعين أو جناية مطلقا، وبدين معاملة أسنده إلى ما قبل الحجر عليه دون غير ذلك، والمريض يقبل إقراره ولو لوارث، لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذب فالظاهر أنه صادق ويشترط في المقر له تعيين وأهلية استحقاق المقرِّ به وعدم تكذيبه فلا يصح إقرارٌ لما لا يملك كدابة فإن قال: علي بسببها لفلان كذا صح، ويصح الإقرار للحمل إن لم يسند إلى سبب لا يتصور من الحمل كالبيع والقرض ولو كذبه المقرُّ له ترك المقرُّ به في يد المقر فلو رجع عن اعترافه قبل وإن رجع المقر له عن التأكيد إلى التصديق لم يعط

إلا بإقرار جديد، ولو قال لرجل: عليّ كذا لم يصح بخلاف عليّ لأحد هؤلاء، ويشترط في المقر به أن لا يكون ملكا لغير المقرّ له، وأن يكون بحوزة المقر ولو مآلاّ ليُسَلَّم بالإقرار للمقر له، ويصح الإقرار بمجهول كمال وحق وشيء ويُرجع في تفسيره إليه فيقبل إذا أقر بشيء تفسيره بغير عيادة ورد سلام ونجس لا يجوز اقتناؤه وإن لم يتمول كفلسٍ وحبّة بُرٍّ وقودٍ وحق شفعة وزبل، لأن كلا منها يصدق عليه شيء مع أنها محترمة ويقبل تفسير الحق بالعيادة ورد السلام ويقبل تفسير المال بما قل أو أكثر منه وإن وصّفه بنحو العظم ومتى أقر بمبهم وطولب بالبيان فأبى حُسٍ حتى يبين فإن كذبه المقر له في بيانه فليبين هو ويدّع ويحلف المقر على نفيه إن لم تكن لذلك بينة ويخلف سبيله ويحلف أيضًا إذا قال لفلان: عليّ أو عندي أو معي كذا ثم فسره بوديعة فادعى المقر له أن له عليه غير ذلك، ثم إذا ادعى تلفا بعد التفسير يُصدّق أيضًا.

ويصح الاستثناء في الإقرار كما في سائر الكلام إذا نواه قبل فراغ صيغة الإقرار واتصل به عرفا ولم يستغرق المستثنى منه ولا يجمع المفرق لا في المستثنى منه ولا في المستثنى، فلو قال: له عليّ عشرة إلا تسعة لزمه واحد وإن زاد في الاستثناء بعد إلا تسعة فقال: إلا ثمانية لزمه تسعة، لأن الاستثناء الثاني يرجع إلى التسعة المستثناة أو لا لعدم الجمع في المستثنى فيرجع كل من الاستثناءين إلى متلوه فكأنه قال: يلزمني الباقي من عشرة منها تسعة أُخرج منها ثمانية وتسعة رُفِع منها ثمانية ثمانية وعشرة أُخرج منها تسعة واحد والمجموع تسعة وقس على ذلك، ويصح الاستثناء من غير الجنس كألف إلا ثوبا ويبين بثوب قيمته دون ألف، ومن المعين مثل: هذه البيوتُ له إلا هذا البيت وهذه الكتب له إلا هذا الكتاب، وهذا الكتاب له إلا هذا الجزء، والله أعلم.

باب الوقف

هو قربةٌ، ولا يصحُّ إلا من مُطلقِ التصرفِ، في عينٍ مُعيَّنةٍ، يُنتفعُ بها مع بقاءِ عينها دائماً، كالعقارِ والحيوانِ، على جهةٍ مُعيَّنةٍ، غيرِ نفسه، وغيرِ مُحَرَّمَةٍ، إما قربةً كالمساجدِ والأقاربِ وسبيلِ الخيرِ، وإما مباحةً كالأغنياءِ وأهلِ الذمَّةِ، باللفظِ المنجِّزِ، وهو: وقفتُ وحبستُ وسبَّلتُ، أو: تصدقتُ صدقةً لا تباعُ.

فحينئذٍ ينتقلُ الملكُ في الرِّقبةِ إلى الله تعالى، ويملكُ الموقوفُ عليه غلتهُ ومنفعته، إلا الوطاءَ إن كانَ جاريةً.

وينظرُ فيه مَنْ شَرَطَ الواقفُ إما بنفسه، أو الموقوفِ عليه، أو غيرهما، فإن لم يشرطْ فالحاكمُ، وتُصرفُ الغلَّةُ على ما شَرَطَ مِنَ المفاضلةِ، والتقديمِ، والجمعِ، والترتيبِ، وغير ذلك.

وإن وقفَ شيئاً في الذمة، أو إحدى الدارينِ، أو مطعوماً، أو ريحاناً، أو وقفَ ولم يُعيِّنِ المَصْرِفَ، أو وقفَ على مجهولٍ، أو على نفسه، أو على مُحَرَّمٍ كعمارةٍ كنيسيةٍ، أو علَّقَ ابتداءً وانتهاءً على شرطٍ، كقوله: إذا جاء رأسُ الشهرِ فقدُ وقفتُ، أو وقفتهُ إلى سنةٍ، أو على أن لي بيعه، أو على من لا يجوزُ ثمَّ على من يجوزُ، كعلَى نفسه ثمَّ للفقراءِ، بطلَ.

ولو وقفَ على مُعيَّنٍ اشترطَ قبوله، فإن رَدَّه بطلَ، وإن وقفَ على زيدٍ ولم يقل: وبعدهُ إلى كذا، صحَّ، ويُصرفُ بعدَ زيدٍ لفقراءِ أقاربِ الواقفِ، وإن وقفَ على عبدٍ نفسه بطلَ، وإن أطلقَ فهو لسيدِهِ.

قال المصنف رحمته:

باب الوقف

الوقف مصدر وقفه يقفه إذا أقامه ومنعه من الحركة. قال في المصباح: ووقفت الدار حبستها في سبيل الله وشيء موقوف ووقف تسميةً بالمصدر والجمع أوقاف. ١. هـ. أي مثل وقت وأوقات والقياس كون الوقف مصدر وقف المتعدي كما

قُلْتُ والوقوف مصدرٌ وَقَفَ اللازم أي قام وسكن، وعلى ذلك يدل صنيع المعجم الوسيط وفي الألفية:

فَعَلَ قِياس مصدر المعدى من ذى ثلاثة كَرَدَ رَدًا
وَفَعَلَ اللازم مثل قعدا له فعول باطراد كغدا

والأصل عدم الاشتراك، والله أعلم، وهذه سائحةٌ جرَّها صنيع المصباح. وأوقفت بالهمز. قال في المصباح: لغة تميم، وأنكرها الأصمعي، وقال: الكلام وقفت بغير ألف. هـ. وفي الصحاح ووقفت الدار للمساكين وقفا وأوقفتها بالألف لغة رديئة وليس في الكلام أوقفت إلا حرف واحد أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه أي أَقْلَعْتُ... ثم حكى عن أبي عمرو أن كلَّ شيءٍ تُمَسِّكُ عنه تقول فيه: أوقفت قال: وحكى ابن السكيت عن الكسائي: ما أوقفك ها هنا أي أيُّ شيءٍ صَيَّرَكَ إلى الوقوف. هـ. وفي التاج مثله وزيادةٌ فقد تما لأ القوم على وصف أوقف بالرداءة وسلك سبيلهم شراح الفقه عندنا كأصحاب الأسنى والتحفة والمغني.

قال شارح الروض: هو لغة الحبس يقال: وقفت كذا أي حبسته، ويقال: أوقفته في لغة رديئة، وشرعاً: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح. قال في التحفة: وأصله قوله تعالى: ﴿لَنْ نَنالُوا الْبِرَّ حَتَّى نُنْفِقُوا مِمَّا نُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢] فَإِنْ أبا طلحة رضي الله عنه لَمَّا سمعها بادَرَ إلى وقف أحبِّ أمواله إليه بِيْرْحا وهي حديقة مشهورة، ثم ذكر صاحب التحفة إشكالا مذهبيا أجاب عنه مُحَشِّياهُ ولا يَعْنِينا ذلك هنا إِنما يَعْنِينا أن الصحابة فَهَمُّوا- وهم أهل اللسان- من الآية شمولها للصدقات بأنواعها ومنها الوقف وكذا العتق فقد ورد من غير وجه أن زيد بن حارثة رضي الله عنه تصدق لَمَّا سمعها بفرس له كان يحبها وقال: يا رسول الله هذه في سبيل الله الحديث أخرج ابن جرير وغيره، وأخرج عبد بن حميد، وابن جرير، وابن المنذر كما في الدر المنثور عن عمر رضي الله عنه أنه ابْتَيْعَتْ له جاريةٌ من سَبِيِّ جُلُولاء فدعا بها عمر فقال: إن الله يقول: ﴿لَنْ نَنالُوا الْبِرَّ حَتَّى نُنْفِقُوا مِمَّا نُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢]

فأعتقها عمر.

قال السيوطي: وأخرج عبد بن حميد، والبزار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: حَضَرْتَنِي هَذِهِ الْآيَةَ: ﴿لَنْ نَأْخُذَ بِكُفْرَتِكَ...﴾ فذكرت ما أعطاني الله فلم أجد شيئاً أحب إليّ من مَرَجَانَةٍ جَارِيَةٍ لِي رُؤْمِيَّةٌ فَقُلْتُ: هِيَ حُرَّةٌ لَوْ جَاءَهُ اللَّهُ فَلَوْ أَنِّي أَعُودُ فِي شَيْءٍ جَعَلْتَهُ اللَّهُ لِنَكْحَتِهَا فَأَنْكَحَهَا نَافِعًا فَإِنْ كَانَ مَا ذَكَرَهُ أَبُو عَمْرٍ فِي التَّمْهِيدِ مِنْ أَنَّ حَسَّانَ بْنَ ثَابِتٍ بَاعَ نَصِيْبَهُ مِنْ حَدِيْقَةِ أَبِي طَلْحَةَ الَّتِي تَصَدَّقُ بِهَا عَلِيُّ أَقَارِبِهِ وَقَسَمَهَا بَيْنَهُمْ صَاحِبًا كَمَا تَمَسَّكَ بِهِ التَّرْكَمَانِيُّ فِي عَدَمِ كَوْنِ صَدَقَةِ أَبِي طَلْحَةَ وَقَفًّا فَذَلِكَ لَا يَقْدَحُ فِي أَصْلِ الْفَهْمِ الْعَامِ، وَأَخْرَجَ الشَّيْخَانُ وَغَيْرُهُمَا أَنَّ عَمْرًا رضي الله عنه قَالَ لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم: إِنِّي أَصَبْتُ مَا لَا بَخِيرَ لَمْ أَصِبْ مِثْلَهُ قَطُّ، وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ فَقَالَ لَهُ: «حَبْسِ الْأَصْلِ وَسَبْلِ الثَّمَرَةِ» وَأَخْرَجَ مُسْلِمٌ كَمَا فِي التَّلْخِيصِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ» وَذَكَرَ مِنْهَا: «صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ» وَهِيَ مَفْسُورَةٌ بِالْوَقْفِ وَنَحْوِهِ، وَأَخْرَجَ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مَسْرُوقٍ عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم جَعَلَ سَبْعَ حَيْطَانٍ لَهُ بِالْمَدِينَةِ صَدَقَةً عَلَى بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ وَبَنِي هَاشِمٍ.

وأخرج عن مالك أن زيد بن ثابت كان قد حبس داره التي في البقيع وداره التي عند المسجد قال مالك: وَحَبَسُ زَيْدٌ بَنَ ثَابِتٍ عِنْدِي يَعْنِي كِتَابَ الْوَقْفِ، وَأَسْنَدُ الْبَيْهَقِيِّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْحَمِيدِيِّ شَيْخِ الْبَخَارِيِّ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ، وَعَمْرًا، وَعِثْمَانَ، وَعَلِيًّا، وَالزُّبَيْرَ، وَسَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَاصٍ، وَحَكِيمَ بْنَ حَزَامٍ، وَعَمْرًا وَبْنَ الْعَاصِ رضي الله عنهم تَصَدَّقُوا بِدُورٍ لَهُمْ عَلَى أَوْلَادِهِمْ إِلَّا عِثْمَانَ فَإِنَّهُ تَصَدَّقَ بِبَيْتِ رُؤْمَةَ صَدَقَةً عَامَّةً، وَقَالَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه فِي الْأَمِّ بَعْدَ أَنْ رَوَى أَوْقَافَ عَمْرٍ، وَعَلِيٍّ، وَفَاطِمَةَ رضي الله عنهن وَمَوَالِيَهُمْ: وَلَقَدْ حَفِظْنَا الصَّدَقَاتِ عَنْ عَدَدٍ كَثِيرٍ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ لَقَدْ حَكَى لِي عَدَدٌ كَثِيرٌ مِنْ أَوْلَادِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ أَنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا يَلُونُ صَدَقَاتِهِمْ حَتَّى مَاتُوا يَنْقُلُ ذَلِكَ الْعَامَّةُ مِنْهُمْ عَنِ الْعَامَّةِ لَا يَخْتَلِفُونَ فِيهِ، وَإِنْ أَكْثَرَ مَا عِنْدَنَا مِنَ الصَّدَقَاتِ بِمَكَّةَ وَالْمَدِينَةَ لِكَذَلِكَ... وَإِنْ نَقَلَ الْحَدِيثَ فِي ذَلِكَ كَالْتَكْلُفِ وَإِنْ كُنَّا قَدْ ذَكَرْنَا بَعْضَهُ... هـ.

ثم أركان الوقف أربعة: موقوف، وموقوف عليه، وصيغة، وواقف، وقد بادر

المصنف بذكر حكمه ثم أتبعه بذكر شرط الواقف فقال: (هو قرينة) إلى الله ﷻ والقرينة ما يتقرب به إلى الله تعالى من أعمال البر قال الله ﷻ: ﴿ وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيَتَّخِذُ مَا يُنْفِقُ قُرْبَاتٍ عِنْدَ اللَّهِ وَصَلَوَاتِ الرَّسُولِ أَلَا إِنَّهَا قُرْبَةٌ لَهُمْ ﴾ [التوبة: ٩٩].

(ولا يصح إلا من مطلق التصرف) في ماله مختار أهل تبرع في الحياة فيصح من كافر ولو لمسجد ومن مبعوض لا مكره بغير حق ولا محجور عليه بفلس أو غيره، وذكر ما يعتبر في الموقوف بقوله: (في عين) أي كائنا في عين مملوكة (معينة) ولو مغصوبة أو غير مرئية قابلة للنقل (يُتَنَفَّعُ بِهَا) انتفاعا مباحا مقصودا ولو مالا (مع بقاء عينها دائما) أي وقتا ممتداً فلا يصح وقف منفعة ولا ما في ذمة ولا غير مملوك للواقف نعم يصح وقف الإمام من بيت المال بشرط ظهور المصلحة فيه ولا ما لا نفع فيه كزمن لا يرجى ولا ما لا يقبل النقل كحمل ولا آله لهو للهو بها إذا كان محرما ولا نحو دراهم للزينة، لأنه غير مقصود وذلك (كالعقار) أي غير المنقول من الأرض والبناء (والحيوان) وغيرهما كالأثاث، والكتاب، والثوب وغيرها. وسيذكر المصنف بقية المحترزات وبيّن شرط الموقوف عليه بقوله: (على جهة معينة) كالفقراء والصلحاء والأشراف وطلبة العلم والمرضى والغرباء والمسافرين ونحوها (و) أي أو ذات (غير نفسه) فالواو بمعنى أو والمعطوف مقدر وقوله: غير نفسه نعت لذلك المقدر ويصح جعل الواو للتقسيم أيضا.

ووصف الجهة أو الذات أو كليهما بقوله: (غير محرمة) أي معصية بها وهذا هو ما في النسخ المجردة ومعناه ظاهر، وأما الذي في نسخة الفيض وهو: على جهة غير نفسه وغير محرمة فهو غير صحيح عندي، وإن اعتيد التحويل إليه ولا أقول: الإصلاح إذ لا يُعَقَلُ كون الجهة نفسه حتى يحترز عنها بقوله: غير نفسه، لأن المراد بالجهة غير الشخص مما يتوجه إليه لفعل الخير في اعتقاد الفاعل كالفقراء والمساجد والرُّبُط والواقف شخص معين فلا يصدق عليه مفهوم الجهة أصلاً حتى توصف الجهة بكونها غير نفسه وهذا واضح لولا غطاء التقليد على الفهم قال في الروضة: القسم الثاني: الوقف على غير معين كالفقراء والمساكين، وهذا يسمى وقفا على

الجهة، لأن الواقف يقصد جهة الفقر والمسكنة لا شخصا بعينه. ا.هـ.
وقال في الروض: الركن الثالث الموقوف عليه، وهو قسمان: معين وغيره فالأول
المعيّن ويشترط صحة تملكه فيصح على ذمي لا مرتد وحربي وجنين... إلى أن قال:
ولو وقف على نفسه أو على الفقراء على أن يأخذ معهم لم يصح... ثم قال: القسم
الثاني غير المعين وهو الجهة العامة فإن كان معصية كالسلاح للقطّاع والوقف على
الكنائس لم يصح ولو من ذمي... إلخ، ولا يصح التعلّق - في نظري - بما ذكره أن من
حيل الوقف على النفس أن يقف على بني فلان ويصفهم بصفة ليست متحققة في غيره
لأن الراجح في هذا صحة الوقف فلا يصح الاحتراز عنه بتسليم دخوله في مفهوم الجهة.
قال في التحفة: ومن حيل الوقف على النفس أن يقف على أولاد أبيه ويذكر
صفات نفسه فيصح كما قاله جمع متأخرون واعتمده ابن الرفعة وعمل به في حق
نفسه فوقف على الأفقه من بني الرفعة، وكان يتناوله وخالف فيه إلا سنوي وغيره تبعا
للغزالي والخوارزمي فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صحّ لغيره قال السبكي:
وهو أقرب لبعده عن قصد الجهة. ا.هـ. فمن أبطلوه أبطلوه لكونه وقفا على النفس
معنى ومن جوزوه جوزوه لكون الموقوف عليه لفظا جهة لكن عرّض انحصار
وصفها في واحد هو نفسه وعلى كل فالجهة غير المعين والعكس.

ومما يصرح بذلك قول المنهج وشرحه: وشرط في الموقوف عليه إن لم يتعين بأن
كان جهة عدم كونه معصية فصور غير المتعين بالجهة، وقول المصنف: غير محرمة
خرج به نحو الوقف على عمارة الكنائس ومَحَلّات المعاصي وخدامها وسيذكره
المصنف.

وقوله: (إما قربة) أي ذات قربة أي يظهر فيها قصد القربة (ك-بناء وترميم
(المساجد) أو على المساجد أنفسها (والأقارب) للواقف (وسبيل الخير) كذا
بالإفراد في المجردة ونسخة الفيض، وفي التنبيه وسبل الخير بصيغة الجمع وهي أظهر
والأولى صحيحة أيضًا، لأن إضافة المفرد قد يقصد بها التعميم (وإما مباحة) أي لا
يظهر فيها قصد القربة (كالأغنياء) نظرا إلى أن الوقف تمليك كالوصية والصدقة

عليهم والغني هنا من تحرم عليه الزكاة (و) ك(أهل الذمة) وتظهر القرية في هاتين بنية حثّ الأغنياء على فعل الخير وقصد جلب قلوب الكفار إلى الإسلام بتحسين صورته لهم ثم ذكر الصيغة بقوله: (باللفظ المنجز) أي غير المعلق بشيء كمجيء زيد أو الشهر إلا أنه إن علقه بالموت كوقفت داري على كذا بعد موتي صح وهو وصية له حكم الوصايا في اعتباره من الثلث ومنع الوارث منه وجواز الرجوع في الحياة عنه.

وحكم الأوقاف في التأييد بعد موت الواقف (وهو) أي اللفظ المذكور نحو (وقفت) بالتخفيف (وحبست) بالتخفيف والتشديد (وسببت) بالتشديد فقط: كذا على كذا (أو تصدقت) بكذا على كذا (صدقة لا تباع) أو لا توهب أو صدقة محرمة أو مؤبدة أو موقوفة ونصب صدقة إن كان على أنه مفعول مطلق فوضفها بذلك باعتبار متعلقها أي لا يباع محلها مثلا بجعل الصدقة اسم مصدر تصدق كما في حاشية يج على شرح المنهج وقد أفاد صحة جعلها حالا على أنها اسم للعين والذي في المعجم الوسيط هو أن الصدقة ما يعطى على وجه القربى إلى الله تعالى لا المكرمة فهي على هذا في رأيي مفعول به بتضمين الجعل في التصدق أو تقديره بعده لدلالته عليه.

وقوله: تصدقت بكذا على الفقراء مثلا كناية في الوقف ومن الكناية حرّمته وأبدتُه والإشارة والكتابة (فحينئذ) أي حين إذ قال ذلك عارفا بمدلوله قاصدا له يحصل الوقف (ويتقل الملك) في الرقبة أي ينتفي اختصاص الإنسان بها ويرجع (إلى الله تعالى) فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه (ويملك الموقوف عليه غلته) كالثمرة والأجرة والولد (ومنفعته) كالسكنى والعمل والخدمة واللبس وقوله: (إلا الوطء إن كانت) العين الموقوفة (جارية) استثناء متصل من المنفعة بمعنى الانتفاع ومنقطع منها بمعنى محل النفع.

ويختص الموقوف عليه بجلد موقوفة ماتت فإن دُبغ عادَ وقفاً .
قال في التحفة: ولو أشرفت [موقوفة] مأكولة على الموت دُبِحت واشترى بثمنها

من جنسها - أي ووقف - فإن تعذر وجب شراء شقص فإن تعذر صرف للموقوف عليه فيما يظهر. ١. هـ.

وفي شرح الروض أنه الأولى بالترجيح قال: فإن لم يقطع بموتها لم يجز ذبحها، وذكر أن المعتمد عدم جواز بيعها حيّة، وقال: لكن جزم الماوردي وغيره بالجواز، وقال الرملي في حواشيه عليه: يجمع بين الوجهين بحمل كل منهما على ما إذا اقتضته المصلحة ومثله في النهاية وقال ع ش فيه: معتمد كما أن الوجه القائل: بأن الحاكم يفعل في لحم المذبوحة ما يراه مصلحة هو المعتمد.

قال المصنف رحمته:

وينظر فيه) أي في الوقف أي يحفظه ويتولى شؤونه والأصل في نظر في كذا تفكر وتدبر فيه (من شرط الواقف) نظره (إما بنفسه) الباء زائدة فيما يبدو ونفسه وما بعده تفصيلات لمن شرط فالمعنى ينظر فيه هو نفسه إن شرطه (أو الموقوف عليه) كذلك (أو غيرهما) من واحد أو جماعة (فإن لم يشرط) أحدا كذا في نسخة الفيض يشرط مجردا وفي المجردة يشرط ومعناهما واحد والأولى أنسب لفظا بالسابق أي فإن لم يكمل النظر إلى أحد (ف) الناظر هو (الحاكم) أو نائبه أي قاضي بلد الوقف من حيث إجارته وحفظه ونحوهما وقاضي بلد الموقوف عليه من حيث التصرف وقسمة الغلة ونحوهما كتنميته كمال اليتيم وليس لأحد القاضيين فعل ما ليس له. كذا في البجيرمي نقلاً عن ق ل و سلطان وعبارة التحفة: أي قاضي بلد الموقوف بالنسبة لحفظه ونحو إجارته وقاضي بلد الموقوف عليه بالنسبة لما عدا ذلك. انتهت.

وشرط الناظر العدالة الباطنة والكفاية أي القوة والإهتداء إلى التصرفات كالوصي والقيم فإن فسق ثم عاد عدلاً عادت ولايته إن شرطه الواقف في الوقف لقوة ولايته إذ ليس لأحد عزله ولا له عزل نفسه وإلا فلا، وينظر حال اختلال أهلية الناظر القاضي ومنصوبه.

ووظيفته العمارة والإجارة وحفظ الأصل والغلة وقسمتها على أهلها فإن فوض إليه بعض هذه الأمور لم يتعده كالوكيل، وإن كان متعدداً لم يستقل بعضهم بالتصرف

ما لم ينص عليه، ويجوز لواقفٍ شَرَطَ النظرَ لنفسه وأقام غيره أن يعزله ويولي غيره
أمّا إذا لم يشترطه لنفسه فلا دخل له وأمّره إلى الحاكم.

فائدة: للناظر ما شرطه له الواقف في مقابلة عمله وإن زاد على أجره المثل فإن لم
يشترط له فلا شيء له إلا أن يرفع الأمر إلى حاكم ليقرر له أجره فإن شرط له عشر
الغلة مثلاً أجره لعمله جاز ثم إن عزله بطل استحقاقه وإن لم يتعرض لكونه أجره لم
يبطل استحقاقه بعزله، لأنه وَقَفَّ عليه كغيره من الموقوف عليهم.

وصورة نفوذ عزله أن يشترط النظر لنفسه وتولية غيره عنه بعشر الغلة مثلاً ثم يوليّه
به. كذا في الروض وشرحه.

قال المصنف رحمه الله:

(وتُصَرَّفُ الغلّة) إلى الموقوف عليهم (على ما) أي الوجه الذي (شرط) به الواقف
(من المفاضلة) في الأنصاء بين الذكور والإناث مثلاً (والتقديم) بصفة من الصفات
كالعلم والورع والصلاح والفقر ومثل له البجيرمي في حواشي الإقناع بقول الواقف:
وقفت على أولادي بشرط أن يقدم الأورع منهم فإن فضل شيء كان للباقيين فهذا
وقفٌ جَمَعَ فيه تقديمٌ فيقدم المذكورُ بكفايته (والجمع) بلا تقديم مثل أن يقول:
وقفت على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا وإن زاد فيه بطناً بعد بطن (والترتيب)
مثل قوله: وقفت على أولادي ثم أولاد أولادي ثم. ثم. أو يقول: وقفت على أولادي
وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى (وغير ذلك) كالتخصيص كأن يقول: وقفت على
محتاجي أولادي وأولادهم ما تناسلوا أو يقول: وقفت على أرامل بناتي وبنات
أولادي أو يخصص بالاستثناء كقوله: إلا من فسق منهم ونحو ذلك.

ثم شرع المصنف في ذكر محترزات القيود السابقة في كلامه فقال: (وإن وقف شيئاً
في الذمة) أي غير معين وإن وصفه بصفات السلم (أو) وقف (إحدى الدارين) مثلاً
فجعل الموقوفة مبهمه (أو) وقف (مطعوماً) إنما ينتفع به باستهلاكه أكلاً (أو ريحاناً)
مقطوعاً لشمّه أو نحو مسك (أو وقف) شيئاً مستجمعاً للشروط (و) لكن (لم يعين
المصرف) كأن قال: وقفت كذا وسكت أو زاد قوله: لله مثلاً وهذا محترز قوله: على

جهة وما وليها مقدرًا (أو وقف على مجهول) أو مبهم من وجه أو شخص كأن قال: وفت هذا على طائفة وهو محترز قوله معينة أو على رجل أو على أحد هذين (أو وقف على نفسه أو) وقف (على) وجه أو شخص (محرم) أي معصيّ بالوقف عليه (كعمارة كنيسة) للتعبد بما يدين به الكفار أو خادمها كما في التحفة والنهاية (أو علق ابتداء وانتهاء) كذا بالواو في المجردة ونسخة الفيض وهي بمعنى أو أي علق الوقف أو انتهاءه (على شرط كقوله إذا جاء رأس الشهر فقد وفت) كذا على كذا (أو) كقوله: (وقفته) أي هذا الكتاب مثلاً (إلى سنة) مثلاً (أو) قال: وفت كذا (على أن لي بيعة) متى أردت مثلاً، وهذا محترز قيد لم يذكره المصنف أو سقط من ناسخ وهو شرط التأييد في صيغة الوقف (أو) وقف (على من لا يجوز) الوقف عليه (ثم على من يجوز) الوقف عليه (كأن وقف (على نفسه ثم على الفقراء) كذا في نسخة الفيض بزيادة على وجر الفقراء بها، وفي نسخة مجردة عندي ثم للفقراء باللام بدل على وتحتاج لتقدير عامل نحو ثم يعطي للفقراء فالأولى أولى وجواب الشرط قوله: (بطل) الوقف في جميع هذه الصور، لأنها على خلاف وضعه الشرعي ويسمى الأخير منقطع الأول ويبدو أنه مما خرج بقيد المنجز لتأخر الوقف الصحيح عن زمن إيقاع الوقف بخلاف منقطع الآخر وسيأتي في كلامه ومنقطع الوسط كالوقف على زيد ثم على نفسه ثم الفقراء فيصحان.

قال المصنف رحمه الله:

(ولو وقف على معين) من فرد أو جمع (اشترط) في صحة الوقف (قبوله) هذا ما صححه النووي في المنهاج، وقال في زيادة الروضة: صحح الرافي في المحرر الاشتراط. ا.هـ. وهو يشعر باختياره وجزم به ابن المقرئ في الروض وقال الرملي الصغير في النهاية: وهذا هو الذي صححه الإمام وأتباعه وعزاه الرافي في الشرحين للإمام وآخرين وصححه في المحرر... وهو المعتمد، وإن رجح في الروضة في السرقة عدم الاشتراط نظرًا إلى أنه بالقرب أشبه منه بالعقود ونقله في شرح الوسيط عن النص وانتصر له جمع بأنه هو الذي عليه الأكثرين واعتمده. ا.هـ. ولا يظهر لحج في

التحفة ترجيح لأحد الوجهين وعلى الأول فيقبل الموقوف عليه إن كان أهلاً ووليه إن كان غير أهل عقب الإيجاب أو بلوغ الخبر كالهبة والوصية قال الرملي: إذ دخول عين أو منفعة في ملكه قهراً بغير الإرث بعيداً. هـ.

(فإن رده) المعين البطن الأول أو من بعده جميعهم أو بعضهم (بطل) الوقف سواء شرط القبول أو لا كالوصية قال في التحفة: نعم لو وقف على وارثه الحائز ما يخرج من الثلث لزم ولم يبطل حقه برده ولا أثر للرد بعد القبول وعكسه قال: ويظهر أنه لا أثر هنا لرد من بعد الأول قبل دخول وقت استحقاقه كرد الوصية في حياة الموصي.

وقال البغوي في التهذيب: يحتمل أن يقال: إذا وقف على زيد فرده: لا يرتد وهو الأصح عندي... كما لو أعتق عبده فرده العبد لا يرتد العتق. هـ. وقد أشار في التحفة إلى ذلك.

قال المصنف رحمته:

(وإن وقف على زيد) مثلاً (ولم يقل: وبعده إلى كذا) كالفقراء (صح) الوقف وهذا ما يسمى بمنقطع الآخر وإنما صح، لأن مقصوده القربة والدوام فإذا بين مصرفه ابتداء سهلت إدامته في سبيل الخير فينتفع به الموقوف عليه ما بقي (ويصرف بعد) المذكور من (زيد) أو غيره (لفقراء أقارب الواقف) يوم فقد المذكور وعبارة المنهاج فإذا انقضى المذكور فالأظهر أنه يبقى وقفاً وأن مصرفه أقرب الناس إلى الواقف قال حج: رحماً لا يرثا فيقدم ابن بنت علي ابن عم... والمعتبر الفقراء دون الأغنياء منهم ولا يفضل الذكر على الأوجه ومثله في النهاية، ولو فقدت أقربه أو كانوا كلهم أغنياء صرفه الإمام في مصالح المسلمين كما نص عليه في البويطي ورجحه جمع متقدمون، وقال آخرون، واعتمده ابن الرفعة يصرف للفقراء والمساكين أي ببلد الموقوف قاله في التحفة واعتمد في النهاية الأول، وعبارة التنبيه في أصل المسألة ويرجع إلى أقرب الناس إلى الواقف وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه قولان: وقيل: يختص به الفقراء قولاً واحداً. هـ.

وانظر هل يصح جعل أقارب في عبارة المصنف جمْع أقرب لا قريب.
والاختصاص المفاد بالإضافة إلى الواقف بمعنى النسبة أو الإنتهاء إليه حتى
توافق العبارة كلام غيره أو لا؟

اقتصر في معجم اللغة المعاصرة على أن الأقارب جمع أقرب وأن جمع قريب
أقرباء وقرايى فلاحتمال المذكور قريب إن لم يكن متعينا.

وبقي الكلام على منقطع الوسط وهو كمنقطع الآخر من وجه وهذه عبارة
المنهاج: ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفت على من سيولد لي فالمذهب بطلانه
أو منقطع الوسط كوقفت على أولادي ثم رجل ثم الفقراء فالمذهب صحته فقال في
التحفة: لوجود المصرف حالا ومآلا ومصرفه عند توسط الانقطاع كمصرف منقطع
الآخر وبُحِثَ أن محله إن عُرِفَ أمد انقطاعه بأن كان معينا كعبد زيد أي وكنفسه أي
الواقف وإلا كرجل مبهم صُرِفَ بعد موت الأول لمن بعد المتوسط كالفقراء فيما
ذكر وفي حاشية الشرواني أن أصحاب شرح المنهج والمغني والنهاية اعتمدوا هذا
التفصيل المذكور في البحث.

أقول: وهو ظاهر إذ لا يمكن انتظار ما لا يعلم أمدّه.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن وقف على العبد نفسه) بالجر أي مُعَيَّنًا نفسَ العبد وعبارة المنهاج ولا على
العبد لنفسه قال شارحاه، لأنه لا يملك نعم إن كان موقوفا على جهة قرينة كخدمة
مسجد أو رباطٍ صح الوقف عليه، لأن المقصود الجهة لا ذاته ويصح على المكاتب
كتابة صحيحة، وأما المبعوض فإن كان بينه وبين مالك بعضه مهياًة فوق الوقف عليه
في نوبته صح أو في نوبة المالك فلا وإن لم تكن مهياًة صح ما قابل جزءه الحر وبطل
غيره هذا ما نقله الشرواني عن المغني والنهاية وعبارة التحفة: ويصح على الجزء
الحر من المبعوض حتى لو وقف بعضه القنَّ على بعضه الحرَّ صح كالوصية له
به. انتهت. وهي مسألة طريفة (وإن أطلق) الواقف الوقف على العبد (فهو) منسوب
(لسيده) فإن كان يصح الوقف عليه صح وإلا فلا، وهو الذي يعتد بقبوله وإن نهاه

السيد فلا عبرة بقبول السيد وإن امتنع العبد وفي بح أن للسيد إجبارَه على القبول.
تتمة: لو تعطلت منفعة الموقوف بسبب غير مضمون كجفاف شجرة لم يبطل الوقف ولا تباع إن انتفع بها مع بقاء عينها وإلا صارت ملكا للموقوف عليه لكن لا يبيعها ولا يهبها. هذا ما جزم به في الروض وفي شرحه أن المعتمد أنها لا تصير ملكا بحال.

والحُصْر الموهوبة أو المشتراة للمسجد تُباع للحاجة لا الموقوفة فلو ذهب جمالها ونفعها بيعت وكذا جذوعه المنكسرة التي لا يُتَّنع بها فيه وأنقاضه فتباع ويشترى بأثمانها أمثالها النافعة. كذا في الروض قال شارحه: وما ذكره من جواز بيع هذه الأشياء هو ما صححه الأصل - أي الروضة - تبعا للإمام والذي أفتيتُ به أنه لا يجوز بيعها وهو ما اقتضاه كلام الجمهور وصرح به الجرجاني والبغوي والرويان وغيرهم كما لا يجوز بيع أرض المسجد ولأنه يمكن الانتفاع بها في نحو سقيفة وطبخ جص أو أجرٌ للمسجد.

قال صاحب الروض: وإن تعطل مسجد بتعطيل البلد لم ينقض لإمكان الصلاة فيه فلو خيف عليه يُقضى وبني الحاكمُ مسجداً إن رأى ذلك وبقره أولى لا بئرا كعكسه. ا.هـ. وفي حواشيه عن الشهاب الرملي أن غلة وقفه تُحفظ له إن تُوقَّع عودُه، وإلا فإن أمكن صرفها إلى مسجد آخر صُرفت وإلا فهو منقطع الآخر فيصرفُ لِقُراءٍ أقرب الناس إلى الواقف فإن لم يكونوا صرفت لمصالح المسلمين كالفقراء والمساكين. ا.هـ. باختصار.

ذكر المذاهب في بعض مسائل الوقف:

قال أبو المظفر الشيباني: اتفقوا على جواز الوقف ثم اختلفوا هل يلزم أن يتصل به حكم حاكم أو يخرج مخرج الوصايا، فقال مالك، والشافعي، وأحمد: يصح بغير هذين الوصفين ويلزم.

وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا بوجود أحدهما.

قال: واختلفوا في ملك الموقوف فقال أبو حنيفة: يزول عن ملك الواقف لا إلى

مالك وهو محبوب علي حكم ملكه حتى يعتبر شروطه، وعنه رواية أخرى ينتقل الملك إلى الله تعالى، وقال مالك وأحمد ينتقل إلى الموقوف عليهم وعن الشافعي ثلاثة أقوال: أحدها: كمذهب مالك، وأحمد، والثاني: أنه علي ملك الواقف والثالث ينتقل إلى الله تعالى. أقول هذا هو المعتمد كما مضى.

قال: واختلفوا في وقف المنقول المنتفع به مع بقاء عينه فقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك، وعن مالك روايتان: إحداهما: يصح، والأخرى: لا يصح، والمشهور عند أصحابه صحته ولزومه فأما في حبس الخيل في سبيل الله فعنه رواية واحدة بالصحة. وقال الشافعي، وأحمد: يصح مطلقاً.

واختلفوا فيما إذا وقف علي غيره واستثنى أن ينفق علي نفسه منه مدة حياته فقال مالك، والشافعي: لا يصح الشرط، وقال أحمد: يصح، وليس عن أبي حنيفة نص في هذه المسألة واختلف أصحابه فقال أبو يوسف كقول أحمد، وقال محمد كقول مالك، والشافعي. ا.هـ. قال ابن قدامة في المغني: وبقول أحمد قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والزييري، وابن سريج.

أقول: هذان من الشافعية حكى ذلك عنهما في الروضة.

الاستدلال:

ذكر صاحب المغني أنه استدل للمنع بأن الوقف إزالة للملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة، وكما لو أعتق عبدا بشرط أن يخدمه ولأن ما ينفقه علي نفسه مجهول فلا يصح شرطه.

واستدل هو علي الجواز بأن عمر رضي الله عنه قال في كتاب وقفه: لا بأس علي من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا غير متمول فيه وكان الوقف في يده إلى أن مات وبما احتج به أحمد من حديث حُجْرِ المَدْرِيِّ - في الإصابة ما يلي: حجر المدري أرسل حديثا فأخرجه بقي بن مخلد في الصحابة وهو وهم فإنه تابعي معروف روى عن عليّ وزيد بن ثابت وغيرهما قال العجلي: تابعي ثقة من خيار التابعين. ا.هـ. وترجمته هي (٢٠٧٨) في النسخة المطبوعة مع الاستيعاب لابن عبد البر - أن في صدقة رسول

الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر.

أقول: وفي السنن الكبرى للبيهقي أن زيد بن ثابت وقف دارا له بجانب المسجد وسكن منها مسكنا حتى مات وفعل ابن عمر مثله.

قال الشيباني: واتفقوا على أنه إذا خرب الوقف لم يعد إلى ملك الواقف ثم اختلفوا في جواز بيعه وصرف ثمنه في مثله وإن كان مسجدا فقال مالك، والشافعي: يبقى على حاله ولا يباع، وقال أحمد: يجوز بيعه وصرف ثمنه، في مثله وفي المسجد إذا كان لا يرجى عوده كذلك وليس عن أبي حنيفة فيها نص واختلف أصحابه فقال أبو يوسف: لا يباع. وقال محمد: يعود إلى مالكة الأول.

وقال ابن قدامة في المغني: الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت... أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار لا يُصَلَّى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم يُمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته وإن لم يُمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه... قال: وقال أحمد في رواية صالح: يُحوّل المسجد خوفاً من اللصوص وإذا كان موضعه قدرا... قال: ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله.

الاستدلال:

ذكر صاحب المغني أنه استدلل بقول مالك والشافعي: بمنع البيع بقول رسول الله ﷺ في وقف عمر: «لا يباع أصلها ولا توهب ولا تورث» وبأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه عند تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه شيء بالمعتق.

قال: ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نُقب بيت المال الذي بالكوفة: انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه لن يزال في المسجد مصل قال: وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعا، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف في معناه عند تعذر إبقائه بصورته فوجب ذلك إلى أن قال: وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض... إلخ.

وفي الإنصاف من كتبهم أن الوقف إن لم تتعطل منافعه لا يستبدل به ولا يباع قال:

وجوز الشيخ تقي الدين ذلك لمصلحة، وقال: هو قياس الهدى وذكر وجهها في المناقلة وأوماً إليه الإمام أحمد، ونقل صالح جواز نقل المسجد لمصلحة الناس وهو من المفردات واختاره صاحب الفائق وذكر أنه عورض في ذلك...

وفي الإقناع وكشاف القناع من كتبهم أيضاً: ويحرم ولا يصح بيعه أي الوقف ولا هبته ولا المناقلة به أي إبداله ولو بخير منه نصاً... إلا أن تتعطل منافعه أي الوقف المقصودة منه بخراب له أو لمحلته أو غيره بحيث لا يُورد شيئاً على أهله أو يورد شيئاً لا يعد نفعاً وتعذر عمارته وعود نفعه.

ولو كان الخارب الذي تعطلت منافعه وتعذرت إعادته مسجداً حتى بضيقه على أهله وتعذر توسيعه في محله أو لخراب محلته أو كان موضعه قدراً فيصح بيعه ويصرف ثمنه في مثله للنهي عن إضاعة المال وفي إبقائه إذنٌ إضاعة فوجب الحفظ بالبيع... إلى أن قال: وعموم «لا يباع أصلها» مخصوص بحالة تأهله للانتفاع المخصوص لما ذكرناه قال ابن رجب: ويجوز في أظهر الروايتين عن أحمد أن يباع ذلك المسجد ويعمر بثمنه مسجد آخر في قرية أخرى إذا لم يُحتج إليه في القرية الأولى. ١.هـ.

وفي الدر المختار من كتب الحنفية: ولو خرب ما حوله واستغني عنه يبقى مسجداً إلى قيام الساعة عند الإمام أبي حنيفة. والثاني: أبي يوسف وبه يُفتى وعاد إلى الملك أي ملك الباني أو ورثته عند محمد، وعن الثاني ينقل إلى مسجد آخر بإذن القاضي. ١.هـ.

بابُ الهبة

هي مندوبةٌ وللاقاربِ أفضلُ، وتُندبُ التسويةُ فيها بينَ أولادهِ حتى بينَ الذكرِ والأنثى، وإنما تصحُّ من مطلقِ التصرفِ فيما يجوزُ بيعُهُ بإيجابِ مُنَجَّرٍ وقَبُولٍ. ولا تُملكُ إلا بالقبضِ، فله الرجوعُ قبله، ولا يصحُّ القبضُ إلا بإذنِ الواهبِ، فلو وهبه شيئاً عنده، أو رهنةً إياه فلا بدَّ من الإذنِ في قبضه ومضِيِّ زمنٍ يتأتى فيه قبضُهُ والمُضِيُّ إليه، فإذا ملكَ لم يكن للواهبِ الرجوعُ إلا أن يَهَبَ لولدهِ أو ولدِ ولدهِ وإن سفلَ، فله الرجوعُ فيه بعدَ قبضه بزيادته المتصلة كالسَّمَنِ لا المنفصلة كالولدِ، فلو حُجِرَ على الولدِ بفلسٍ أو باعَ الموهوبَ ثمَّ عادَ إليه فلا رجوعَ. فإنَّ وهبَ وشرطَ ثواباً معلوماً صحَّ وكان بيعاً، أو مجهولاً بطلَ، وإن لم يشرطه لم يلزم.

قال المصنف رحمته:

(باب الهبة)

الهبة لغة: الإعطاء بلا مقابل دنيوي قال في المصباح: وهبتُ لزيد ما لا أهبه له هبةً أعطيته بلا عوض يتعدى إلى الأول باللام، وفي التنزيل: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثًا...﴾ الآية [الشورى: ٤٩]، ووهبا بفتح الهاء وسكونها وموهباً وموهبةً بكسرهما ثم نقل عن جماعة أنه لا يتعدى بنفسه إلى مفعولين فلا يقال: وهبتك ما لا والفقهاء يقولونه ثم حمله على تضمين وهب معنى جعل... قال شارح الروض: والأصل فيها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ فَسَافِكُوهُ...﴾ [النساء: ٤]، وقوله عَلَيْكُمْ: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾ الآية [البقرة: ١٧٧]، وزاد الرملي قوله سبحانه: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

أقول: يدل عليها آيات الإنفاق والتصدق والإحسان وفعل الخير وهي أكثر من أن تذكر هنا، والله أعلم، وأخبار صحيحة منها حديث: «العائد في هبته كالكلب يعود في

قيئه» متفق عليه، ومنها حديث: «لا تحقرنَّ جارة لجارتها ولو فرسنَ شاة» أي ظلفها، متفق عليه، ومنها خبر: «لو دُعيت إلى كراع لأجبت ولو أهدي إليَّ كراعٌ لقبلت» رواه البخاري وغيرها كثير لا يحصر وأجمعت الأمة عليها بل العقلاء حتى من لا يتدينون ولفظ الهبة في اصطلاحهم يطلق على معنى خاص مقابل لمعنى الهدية ومعنى الصدقة ومعنى عام يشملهما، وهذا المعنى هو تملك بلا عوض في الحياة، والمعنى الخاص سيأتي في كلام المصنف والهدية تملك ما يُحمل إلى شخص إكراماً له وتطلق على المحمول والصدقة تملك شيء لثواب الآخرة.

قال المصنف رحمته:

(هي) أي الهبة بالمعنى العام (مندوبة) أي مندوب إليها الناس بالآيات والأحاديث الكثيرة ومنها السابقة أنفا (و) هي كائنةً (للاقارب) ونحوهم (أفضل) منها لغيرهم لأخبارٍ فيه منها خبرُ زينبَ امرأة ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لَمَّا سألته عن أجزاء ما تصرف لمن في حجرها عن الصدقة: «لك أجر الصدقة وأجر القرابة» متفق عليه، وخبر سلمان الضبي رضي الله عنه مرفوعاً: «الصدقة على المسكين صدقة، وعلى ذي الرحم اثنتان صدقة وصلية» عزاه في التلخيص إلى الترمذي، والنسائي، وابن ماجه، وأحمد، وابن حبان، والحاكم، قال: وفي الباب عن أبي طلحة وأبي أمامة رواهما الطبراني ١.هـ.

أقول: وحديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي طلحة: «أرى أن تجعلها في الأقربين» يدل على ذلك وهو متفق عليه أيضاً وكذلك حديث: «ثم أدناك وأدناك» وإن لم يحضرنى الآن من رواه.

قال المصنف رحمته:

(وتندب التسوية فيها) أي في الهبة (بين أولاده) وإن سفلوا وكذا بين إخوته مثلاً (حتى التسوية (بين الذكر والأنثى) منهم للحديث الصحيح: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» رواه البخاري بهذا اللفظ وهو متفق عليه بمعناه من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه وأخرج البيهقي من طريقين عن سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد عن

حاجب بن المفضل بن المهلب بن أبي صُفْرة عن أبيه قال: سمعت النعمان بن بشير رضي الله عنه يخطب يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اعدلوا بين أولادكم اعدلوا بين أولادكم» وفي التقريب أن حاجب بن المفضل ثقة وأباه صدوق. وأخرج البيهقي أيضًا عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «سَوُّوا بين أولادكم في العطية فلو كُنْتُ مُفَضَّلًا أَحَدًا لَفَضَّلْتُ النِّسَاءَ» وعزاه في التلخيص إلى الطبراني فأبعد النجعة وقال: وفي إسناده سعيد بن يوسف وهو ضعيف، وقال ابن عدي: لم يُرو له أنكر من هذا وقد روى البيهقي أيضًا من طريق جرير بن عبد الحميد عن مغيرة عن الشعبي عن النعمان بن بشير قال: فذكر القصة بطولها وقال في آخرها عن النبي صلى الله عليه وسلم: «فإني لا أشهد على جور هذا جور أشهد على هذا غيري اعدلوا بين أولادكم في النحل كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البر واللطف». وأخرج أيضًا من طريق مجالد عن الشعبي عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن عليك من الحق أن تعدل بين ولدك كما عليهم من الحق أن يبروك» وقال: تفرد مجالد بهذه اللفظة.

قال في التحفة: سواء كانت تلك العطية هبة أم هدية أم صدقة أم وقفا أم تبرعا آخر فإن لم يعدل لغير عذرٍ كرهه عند أكثر العلماء وقال جمعة: يحرم. ١. هـ.

وقال في شرح الروض: وإذا ارتكب التفضيل المكروه فالأولى أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل ولو رجع جاز بل حكى في البحار^(١) استحبابه، وقال في الروض وشرحه أيضًا: والعدل في هبة الولد لو لديه أن يسوي بينهما كعكسه بل أولى فإن فضل أحدهما فالأم أولى لخبر أن لها ثلثي البر. ١. هـ. وفي الروضة: فرع في كيفية العدل بين الأولاد في الهبة وجهان: أحدهما: أن يسوي بين الذكر والأنثى، والثاني: يعطي الذكر مثل حظ الأنثيين. قال النووي من زيادته وإذا وهبت الأم لأولادها فهي كالآب في العدل بينهم. ١. هـ.

وإلى رد الوجه الثاني المذكور أشار المصنف بقوله: حتى بين الذكر والأنثى. قال: (وإنما تصح) الهبة بالمعنى الشامل للهدية والصدقة إن صدرت (من مطلق التصرف)

(١) البحر اسم كتاب للرويانى واسمه الكامل: بحر المذهب.

في ماله وعبارة شرح الروض: ويعتبر في المُمَلِّك أهلية التبرع وفي المتملِّك أهلية الملك، وأما الموهوب فذكره في قوله: (فيما يجوز بيعه) ومفهومه أن ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته وهو كذلك في الغالب ومن غير الغالب ما إذا اختلطت ثمرتا البائع والمشتري تصح هبة كل منهما للآخر وإن لم يصح بيعها ونحو حبتي بُرَّ يصح أن يهبهما لا أن يبيعهما ونصيبٌ شائعٌ فيما لا ينقسم يوهب ولا يباع، والأرض المزروعة يجوز أن يهب زرعها قبل بدو الصلاح بلا شرط قطع ولا يجوز بيعه كذلك، وإنما تصح الهبة بالمعنى الخاص المقابل للهدية والصدقة (بإيجاب منجز) أي غير معلق ولا مؤقت (وقبول) كذلك كسائر التمليكات فتعقد بالصريح ومنه وهبتُ ومنحتُ ذَا لَكَ ومَلَكتَكَ بلا عوض وشبه ذلك كأعطيت ونحلت وبالكناية مع النية ومنها إشارة الأخرس والكتابة ومنها قوله: لك كذا وقول الناس: جَبَا فيكون هبة حيث نُويَّت به كما قال ع ش على النهاية وأقره غيره، ومن صريح القبول قبلت ورضيت وأجبت.

قال المصنف رحمه الله:

(ولا تُمَلِّك) الهبة بمعنى الموهوب الشامل للمُهدِي والمُتصدِّق به (إلا بالقبض) السابق تفصيله في قبض المبيع (فله) أي للواهب (الرجوع) عن الهبة (قبل) حصول (القبض) ولو بعد إذنه فيه (ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب) أو وارثه. قال في الروض: الموهوب له لا يملكُ إلا إذا قبض بالإذن فالزيادة الحادثة للواهب، وقد سبق بيان القبض إلا أنه لا يكفي هنا الوضع بين يديه بلا إذنه ولو مات أحدهما قبل القبض لم يفسخ وقام الوارث مقامه فإن رجع في الإذن أو مات قبل القبض بطل الإذن، وإن مات المُهدِي أو المُهدِي إليه قبل القبض فليس للرسول إيصالها، وفي شرحه وحواشيه أن جنون الواهب أو المهدي وإغماءه والحجر عليه مثل موته.

فروع: قبض المشاع إنما يحصل بقبض الجميع فإن كان منقولاً ومنع الشريك من نقله فوكله الموهوب له في القبض عنه جاز وأجزاً فإن امتنع من التوكيل ناب عنه الحاكم ويكون في يده لهما فإن استبدَّ المُتهب بالقبض مع منع الشريك حصل القبض وأثم وصار نصيب الشريك في ضمانه، وليس الإقرار بالهبة إقراراً بالإقباض إلا إن قال والموهوب في يد المتهب: وهبته وخرجت منه له فيكون إقراراً بإقباضه ولو قال

الواهب: رجعت عن الإذن قبل قبضه، وقال المتهب: بل بعده. قال الرملي في النهاية: صُدِّق المتهب، لأن الأصل عدم الرجوع قبله خلافا لما استظهره الأذرعى من تصديق الواهب قال ع ش: ظاهره وإن اتفقا على وقت الرجوع واختلفا في وقت القبض، ولو قيل بمجيء تفصيل الرجعة فيه لم يبعد فيقال: إن اتفقا على وقت القبض واختلفا في وقت الرجوع صُدِّق المتهب وفي عكسه يُصَدِّق الواهب وإن لم يتفقا على شيء منهما صدق السابق بالدعوى وإن ادعيا معا صدق المتهب. ا.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(فلو وهبه شيئا عنده) أي عند الموهوب له بمعنى أنه في حفظه ورعايته (أو رهنه إياه فلا بد من الإذن في قبضه) عن الهبة (ومُضِي زمن يتأتى) أي يمكن (فيه قبضه) بما مرّ (والمضي إليه) معطوف على قوله: قبضه الذي هو فاعل يتأتى أو منصوب على أنه مفعول معه وإنما يعتبر زمن هذا إن كان غائبا عن مجلس العقد كما في قبض المبيع فإن كان حاضرا فلا.

(فإذا ملك) بالبناء للفاعل أي المتهب الموهوب بالقبض المأذون فيه أو للمفعول فضميره للموهوب (لم يكن للواهب الرجوع) عن الهبة (إلا أن يهب لولده أو ولد ولده وإن سفل فله الرجوع فيه بعد قبضه) أي قبض المتهب الموهوب (بزيادته) أي متلبسا بزيادته (المتصلة) وهي (كالسمن) والطول والتعلم والدربة (لا) الزيادة (المنفصلة) التي (كالولد) واللبن والثمرة وذلك لحديث ابن عمرو بن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده...» رواه أصحاب السنن الأربعة قال في التلخيص، وابن حبان، والحاكم. أقول: والبيهقي أيضا.

وروى الشيخان عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «العائد في هبته كالعائد في قبضه»، وفي بعض الروايات أن قتادة قال بعد أن رواه: ولا أعلم القبيء إلا حراما.

قال المصنف رحمه الله:

(فلو حجر على الولد بفلس) أو رهن ما وهبه له الوالد وأقبض (أو باع الموهوب) أو وهبه وأقبضه (ثم عاد إليه) أي إلى ملكه ولو بإرث أو رد بعيب (فلا رجوع) فيه

للوالد إلا بعد فك الحجر أو الرهن وذلك لتعلق حق الغريم في هذين وكون ملكه غير مستفاد منه في عود الملك إليه ولا تمنع الإجارة ولا الزراعة من الرجوع على المذهب لبقاء العين بحالها ويستوفى المستأجر مُدَّتَه ولا يرجع الأصل بأرش نقص حصل عند الفرع ويحصل الرجوع بالصريح والكناية كَرَدَّتَه واسترَجَعْتَه وأخذته وقبضته مع النية في هذين وشبههما لا بالتصرف كالبيع والوقف والهبة ثم الرجوع مكروه بلا عذر.

وَمَنْ وَهَبَ لَهُ شَيْءٌ بِحَيَاءٍ أَوْ خَوْفٍ شَرٌّ مِنْهُ لَمْ يَمْلِكْهُ.

واعلم أن الهبة لا تقتضي بأصلها ثواباً أي عوضاً ولو من الأدنى للأعلى في الأظهر. قال في النهاية: وإن اختار الأذرعى دليلاً أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أوردُ الهدية قال: والأوجه أن محل التردد إذا لم تظهر قرينة حالية أو مقالية بطلب الثواب حالة الإهداء وإلا وجب أحدهما.

قال المصنف رحمه الله:

(فإن وهب) شيئاً (وشرط ثواباً) أي عوضاً عنه (معلوماً) كوهبت لك هذا على أن تُثَبِّتَنِي كذا مثلاً فقبل (صح) العقد نظراً للمعنى إذ هو معاوضة معلوم بمعلوم (وكان بيعاً) على الصحيح فتأتي فيه أحكام البيع كالخيارين وعدم توقف الملك على القبض (أو) شرط عوضاً (مجهولاً) بِحَيْثُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ (بطل) العقد لتعذر إمضائه بيعاً لجهالة العوض أو هبةً لِدُرُكِهِ (وإن لم يشرطه) أي الثواب من أصله (لم يلزم) إذ ليس في اللفظ ما يقتضيه ولا العادة مطردةً به. هذا وقد ورد عن عمر رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً أيضاً: «مَنْ وَهَبَ هَبَةً يَرْجُو ثَوَابَهَا فَهِيَ رَدٌّ عَلَى صَاحِبِهَا مَا لَمْ يُثَبَّ مِنْهَا» قال في التلخيص: رواه مالك، والبيهقي.

أقول: أخرجه البيهقي من طريق سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ وَهَبَ هَبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبَّ مِنْهَا» وقال بعد أن رواه: وهو وهم وإنما المحفوظ: فذكر الموقوف على عمر بلفظ: مَنْ وَهَبَ هَبَةً لَوْجَهُ اللَّهُ فَذَلِكَ لَهُ وَمَنْ وَهَبَ هَبَةً يَرِيدُ ثَوَابَهَا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهَا إِنْ لَمْ يُرْضَ مِنْهَا وَبِهَامِشِهِ أَنَّ فِي الْجَوْهَرِ النَّقِيَّ أَنْ

المرفوع رواه ثقات كذا قال عبد الحق في الأحكام وصححه ابن حزم وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال: صحيح على شرط الشيخين إلا أن يكون الحمل فيه على شيخنا، وذكر التركماني أن شيخ الحاكم توبع فيه فلا حمل عليه. وأخرج البيهقي عن أبي هريرة مرفوعاً: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثب» قال: وإبراهيم بن إسماعيل راويه عن عمرو بن دينار ضعيف عند أهل العلم، وعمرو بن دينار، عن أبي هريرة منقطع. ١.هـ.

فرع: يسترد المئيب ما أثابه إن خرج الموهوب مستحقاً، وإن خرج بعضه كذلك تخير بين الرجوع بقسطه من الثواب وبين رد الباقي والرجوع بجميع الثواب، ولو اختلفا في ذكر البدل صدق المتهب في نفيه بيمينه، لأن الأصل عدم ذكره وقد اتفقا على تمليكه له. كذا في الروض وشرحه.

تتمة: ظرف الهدية إن لم يُعتد رده فهو هدية كالمظروف وإن اعتيد فلا ويحرم استعماله في غير أكل الهدية منه إن اعتيد أو دلت عليه قرينة ويكون عارية وتسبوا المبادرة برده، قال في النهاية: لخبر فيه. ١.هـ. وعبارة شرح الروض: لخبر: استبقوا الهدايا برد الظروف.

أقول: أنا لم أجد هذا الحديث وقد طلبته في مظانه فمن وجده فليدلي عليّ مشكوراً، والاستدلال به مبنيّ - فيما يبدو - على كسر باء استبقوا بجعله من الاستباق فإن صح ذلك ففيه من المبالغة في الأمر بالإسراع في رد الظروف ما لا يخفى، والله أعلم.

قلت ذلك لأن المتبادر سكون الموحدة بجعله من الاستبقاء. وأن المعنى: تسببوا في استمرار الإهداء برد ظروف الهدايا عاجلاً، والله سبحانه أعلم.

ذكر المذاهب في بعض مسائل الهبة:

- في اشتراط القبض في ملك الموهوب:

حكى صاحب المغني عن عليّ، وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالاً: الهبة جائزة أي لازمة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض قال: وهو قول مالك، وأبي ثور، وحكى عن أكثر أهل العلم أن الهبة لا تجوز أي لا تملك إلا بالقبض وعزاه إلى أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وزاد

في غير ذلك الموضع عثمان، وعلياً رضي الله عنه قال: ولم يُعرف مخالف من الصحابة. قال: ويروى ذلك عن النخعي، والثوري، والحسن بن صالح، والعنبري، والشافعي، وأصحاب الرأي، وهو رواية عن أحمد، وعنه رواية أخرى اختارها الخرقى وهي الفرق بين المكيل والموزون فيشترط فيهما القبض وبين غيرهما فلا يشترط.

- اشتراط الإيجاب والقبول لفظاً:

وَرَدَ في متن المُقنِع ما يلي: وتحصل الهبة: بِمَا يتعارفه الناس هبةً من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليهما. وقال في المغني: ذكر القاضي، وأبو الخطاب: أن الهبة والعطية لا تقع كلها إلا بإيجاب وقبول... قال: وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عَقْدٌ تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح.

قال: والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ، وهذا اختيار ابن عقيل فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يُهدي ويُهدى إليه ويُعطي ويُعطى... وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطاً لَنُقِلَ عنهم نقلاً مشهوراً... إلى أن قال: قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المُعطي والمُعطى، لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلا بد من قول دال عليه أما مع قرائن الأحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ... إلخ، واحتج ابن المنذر لعدم اشتراط القبول لفظاً بحديث سلمان في إهدائه للنبي صلى الله عليه وسلم وتَصَدَّقَهُ أولَ مقدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة، وبحديث جابر في بيعه جَمَلَهُ للنبي صلى الله عليه وسلم وردَّ النبي صلى الله عليه وسلم عليه جملة وأنه قال له: «خذ برأس جملك فهو لك» قال: وليس في الحديث أن جابراً قَبِلَ باللسان فدل ذلك على أن الهبة تتم بإعطاء الواهب وقبض الموهوب له. ا.هـ.

- في تفضيل الذكر على الأنثى من الأولاد:

قال أبو المظفر: واختلفوا في السنة في الهبة للأولاد هل هي التسوية بين الذكر والأنثى أو تفضيل الذكر عليها؟.

قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: السنة التسوية بين الذكر والأنثى. وقال أحمد: تفضيل الذكر على الأنثى كالإرث. ا.هـ. بمعناه مختصراً.

الاستدلال:

استدل صاحب المغني لتفضيل الذكر بقوله: ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتديَ بقسمة الله، ولأن العطية أحد حالي^(١) العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الأنثيين كحالة الموت... قال: ولأن الذكر أحوج من الأنثى لكثرة مسؤولياته دونها وقد علل تفضيله في الميراث بذلك وهذا في معناه... وأجاب عن حديث النعمان بن بشير بأنها قضية عين لا عموم لها... مع أنا لا نعلم أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبي ﷺ عَلِمَ أن ليس فيهم أنثى قال: ويحتمل أنه أراد التسوية بينهم في أصل الإعطاء لا في القدر والصفة... إلخ.

وقد يجاب عن قوله إن حديث النعمان قضية عين بأن قوله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» ونحو ذلك من الألفاظ دال على أنه تشريع عام حيث عدل عن خطاب بشير وحده إلى خطاب الجميع، وهذا ظاهر ثم قوله له: «أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء...» إلخ بيان لعلة المنع من التخصيص وهي تأتي في التفضيل أيضًا، وأما اتباعُ قسمة الله فإن الله سبحانه قسم الأرزاق بين عباده كما شاء ففاضل بينهم درجات متفاوتة جدًا ولم يشرع لنا أن نتبع ذلك في الزكوات ولا في الصدقات ثم شأن المؤمن والمؤمنة الرضى بقسمة الله وكُلَّ قضائه لا اعتقادهما كمال حكمته سبحانه وعدله وعلمه ورحمته دون الواحد من العباد فقد تتوجه إلى ما عدل فيه شكوك وانتقادات فضلًا عما فاضل فيه لعدم الإذعان بذلك في حقه ثم تسبب ذلك في تغيير نظرة المنقوصة إلى رافة والدها بها أمر ظاهر واضح إذ لا نص فيه من الله ورسوله وإنما مجرد رأي يراه الوالد، وأما أن بشيرًا لا تعلم له إناث فقد نقضه ابن المنذر بأن في حديث رواه زياد بن عبد الله البكائي عن ابن إسحاق قال: حدثني سعيد بن ميناء أنه حدث أن ابنة بشير بن سعد أخت النعمان بن بشير قالت: دعيتي عمرة بنت رواحة فأعطتني حفنة من تمر، وقالت: يا بنية إذهبي إلى أبيك وخالك عبد الله بن رواحة بغدائهما... الحديث. ١. هـ. وقد ذكرها في أسد الغابة بعنوان: أخت النعمان بن بشير

(١) وهما حالتا الحياة والموت فيما بدالي فهو قياس للإعطاء على الإرث فهو في المعنى عين الأول.

وذكر حديثها نقلا عن أبي موسى من طريق ابن إسحاق، قال ابن المنذر: وأولى القولين: التسوية.

ويدل على ذلك قول النبي ﷺ: «سَوِّبَيْنَهُمْ» إذ لو كان بين ذلك فرق لبيَّنه. ا.هـ. مختصراً، أي لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة. وقال ابن حزم: ولا يحل أن يُفَضَّلَ ذكرا على أنثى ولا أنثى على ذكر فإن فعل فهو مفسوخ مردودٌ أبداً ولا بُدَّ واحتج عليه بحديث النعمان بن بشير وقال أنه إيجاب للتسوية بين الذكر والأنثى وليس هذا من الموارِيث في شيء ولكلِّ نَصِّ حُكْمُهُ. ا.هـ.

باب العتق

هو قرْبُهُ ولا يَصِحُّ إلا مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، وَيَصِحُّ بِالصَّرِيحِ بلا نِيَّةٍ، وبالكنايَةِ مَعَ النِّيَّةِ.

فصريحُهُ العِتْقُ والحريَّةُ وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ.

والكنايَةُ لا مِلْكَ لي عَلَيْكَ، ولا سُلْطَانَ لي عَلَيْكَ، وَأَنْتَ اللهُ، وَحَبْلُكَ عَلَيَّ غَارِبِكَ، وَشِبْهُ ذَلِكَ.

ويجوزُ تَعْلِيْقُهُ عَلَيَّ شَرْطٍ مِثْلُ: إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِذَا عَلِقَ بِصِفَةٍ لَمْ يَمْلِكِ الرَّجوعَ فِيهِ بِالْقَوْلِ، وَيَجوزُ الرَّجوعُ بِالتَّصَرُّفِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ تُعَدِّ الصَّفَةَ، وَيَجوزُ فِي الْعَبْدِ فِي بَعْضِهِ، فَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عِبْدِهِ عَتَقَ كُلَّهُ، فَإِنْ كَانَ عَبْدًا بَيْنَ اثْنَيْنِ فَعَتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيْبُهُ عَتَقَ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مُوسِرًا عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيكِهِ فِي الْحَالِ، وَلزِمَهُ قِيْمَتُهُ حَيْثُ نَزِدَ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا عَتَقَ نَصِيْبُهُ فَقَطْ.

وَمَنْ مَلَكَ أَحَدَ الْوَالِدَيْنِ وَإِنْ عَلَوْا أَوْ الْمَوْلُودَيْنِ وَإِنْ سَفَلُوا عَتَقَ عَلَيْهِ، وَإِنْ مَلَكَ بَعْضُهُ فَإِنْ كَانَ بِرِضَاهُ وَهُوَ مُوسِرٌ قَوْمٌ عَلَيْهِ الْبَاقِي وَعَتَقَ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ أَعْتَقَ الْحَامِلَ عَتَقَتْ هِيَ وَحَمْلُهَا، أَوْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ عَتَقَ دُونَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكَ عَلَيَّ أَلْفٍ، أَوْ بَعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ وَقَبْلَ، عَتَقَ وَلزِمَهُ الْأَلْفُ.

قال المصنف رحمه الله:

(باب العتق)

المشهور فيه كسر العين المهملة، وقال النووي في تحرير التنبية: قال صاحب المحكم يقال: عتق يعتق عتقا وعتقا بكسر العين وفتحها وعتاقا وعتاقة فهو وهي عتيق، ويقال: فيها عتيقة. ونقل عن الجوهرى أنه يقال فيه: عاتق أيضا وعن الأزهرى: أنه مشتق من قولهم: عتق الفرس إذا سبق ونجا وعتق الفرخ:

طار واستقل والعبد يتخلص بالعتق ويذهب حيث شاء. اهـ. بمعناه. والعتق أيضا

اسم مصدر أعتق كنظائره.

قال في شرح المنهج: هو أي الإعتاق إزالة الرق عن الأدمي والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَكَرِّبَةً﴾ [البلد: ١٣] والخبر المتفق عليه أنه ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ امْرَأَةً مُسْلِمًا اسْتَنْقَذَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ حَتَّى الْفُرْجِ بِالْفُرْجِ» وأركانه ثلاثة عتيق ومعتق وصيغة، وبدأ المصنف بحكمه فقال: (هو) في أصله (قربة) إلى الله سبحانه كما دلت عليه الآية، والخبر قال: (ولا يصح إلا من مطلق التصرف) مختار أهل تبرع وولاء فيصح من مسلم وكافر ولو حربيا لا من مكره ولا من محجور عليه وغير مالك ولا نائب عنه ولا من مبعوض أو مكاتب (ويصح العتق بالصريح) وهو الموضوع لمعناه بحيث لا يفهم منه غيره عند الإطلاق فيصح (بلانية) حيث نطَّقَ به من يعرف معناه.

(و) يصح أيضاً (بالكناية) وهي خلاف الصريح فتحتاج إلى كونها (مع النية فصريحه العتق) أي مشتقاته مثل: أعتقتك أنت مُعتق أنت عتيق (والحرية) أي ما اشتق منها مثل أنت حر ونحو حررتك أنت مُحرَّر (وفككت رقبتك) لو قال: وفك الرقبة كان أنسب بسابقه ومثله أنت مفكوك الرقبة وفكيكها نعم لو نادى من اسمه حر أو حرة باسمهما ولم ينو العتق لم يقع، وإنما كانت تلك صريحة لورودها في الكتاب والسنة واشتهار بعضها.

(والكناية) قوله: (لا ملك لي عليك لا سلطان) أي تسلُّط (لي عليك وأنت لله وحبلك على غاربك) نقل النووي عن الأزهري أن أصله أن يُفَسِّخَ خَطَامَ البعير عن أنفه ويلقى على غاربه وهو مقدم سنامه ويُسيَّب للرَّعْيِ مستقلاً فكانَّ السَّيِّدُ قال له: قد عتقت وصرت مستقلاً. ١.هـ. (وشبه ذلك) نحو لا خدمة لي عليك أنت سائبة أنت مولاي (ويجوز تعليقه على شرط) أي علامة (مثل) قوله: (إذا جاء زيد فأنت حر) أو إذا جاء رمضان أو العيد أو إن دخلت في كذا أو فعلت كذا فأنت حر.

(فإذا عتقت) العتق (بصفة لم يملك) أي يستطع (الرجوع فيه) أي عن التعليق (بالقول) كأن يقول: فسخته أو تركته أو رجعت عنه وما إلى ذلك (ويجوز) أي يصح (الرجوع) عنه (بالتصرف) في الرقيق (كالبيع) له (ونحوه) كالهبة والوقف وغيرهما (فإن اشتراه)

أو ملكه بغير الشراء (بعد ذلك) التصرف فيه (لم تعد الصفة) أي صفة التعليق، لأن هذا مِنْكَ آخَرُ ويصح العتق مع التوقيت أيضًا ويلغو التوقيت (ويصح) العتق كائنا (في العبد) أي الشخص كله (و) كائنا (في بعضه) ولو قلَّ جِدًّا (فإن أعتق بعض عبده) الذي يملك جميعه (عتق) عليه (كله) سواء كان الجزء شائعاً أو معيناً كاليد فيسري العتق إلى باقيه كالطلاق، وفي المعرفة للبيهقي: وروى قتادة عن أبي المليح أن رجلاً من قومه أعتق ثلث غلامه فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «هو حر كله ليس لله شريك».

قال المصنف رحمه الله:

(فإن كان) العبد (عبداً) كائنا (بين اثنين) فأكثر كذا بنصب عبداً في النسخة المجردة وهو صحيح كما رأيت والذي في نسخة الفيض: عبد بلا ألف، والظاهر أنه مرفوع على أنه فاعل لكان تامة أو اسمها ناقصة وخبرها الظرف بعده، وهو أيضاً صحيح ولا حاجة إلى تحويل تلك إلى هذه كالعكس.

وأما قوله: (فأعتق أحدهما نصيبه عتق) فكذا في نسخة الفيض أعتق بالهمز في الأول وعتق مجرداً في الثاني، والذي في المجردة التي عندي عتق في الموضعين ولا شك في أن المراد في الأول هو المتعدي وفي الثاني هو اللازم فهل يأتي عتق المجرد متعدياً؟ أجاب الباجوري في حاشيته على شرح التقريب للغزّي بقوله: ... عتق لازم غالباً يقال: عتق العبد، وقد يكون متعدياً كما في قول بعضهم:

يا رب أعضاء السجود عتقتها من فضلك الوافي وأنت الوافي
والعتق يسري في الغنى يا ذا الغنى فامن على الفاني بعتق الباقي

١.١.هـ. لكن مثل ذلك لم يقنع اللغويين فقال صاحب التاج عند قول القاموس: عتق العبد يعتق... خرج عن الرق: هذا هو المشهور من أن عتق كضرب لازم فما يوجد في كلام الفقهاء وبعض المحدثين من قولهم: عبد معتوق وعتقه ثلاثياً: غير معروف ولا قائل به فلا يعتد به بل المتعدي رباعي والثلاثي لازم أبداً. ١.١.هـ. كذا في نسختي والثلاثي لازم والمناسب: واللازم ثلاثي أو بل الرباعي متعد والثلاثي لازم، والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله:

(ثم إن كان) المعتق (موسراً) بقيمة نصيب شريكه أو شركائه بأن فضل ذلك عن

جميع ما يترك للمفلس من نفقة وكسوة وسكنى له ولعياله يوماً وليلة (عتق عليه نصيب شريكه) أو شركائه (في الحال) سراية (ولزمه قيمته) أي قيمة النصيب بأن يُقَوِّم النصيب وحده (حينئذ) أي حين إذ أعتق، وذلك إذا أيسر بجميعة وإلا فيعتق بقدر ما أيسر به من ذلك ويلزمه قسطه وذلك للحديث المتفق عليه من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أعتق شريكاً له في عبدٍ فكان له مال يُبْلَغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة عدلٍ فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما أعتق» قال الشراح: ويقاس بما فيه غيره يُعْتُونَ نحو الإيلاد.

قال المصنف رحمته:

(وإن كان) المعتق لنصيبه (معسراً) بقيمة نصيبٍ من سواه (عتق نصيبه فقط) لحديث ابن عمر الأنف الذكر: «وإلا فقد عتق منه ما أعتق».

قال المصنف رحمته:

(ومن ملك أحد الوالدين) الظاهر أنه بصيغة الجمع لتعيينه في اللاحق (وإن علوا) أي الوالدون ولو قال: وإن علا كفى (أو) أحد (المولودين وإن سفلوا) جداً (عتق عليه) أي بغير اختياره سواء ملكه طوعاً أو كرهاً، أما في الشق الأول فلحديث مسلم مرفوعاً: «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه» قال العلماء: معناه فيعتقه الشراء، وأما في الشق الثاني فلما دل عليه قوله تعالى: ﴿ وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحٰنَهُ ۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾ [الأنبياء: ٢٦] دل على امتناع الاجتماع بين الولدية والعبودية.

(وإن ملك بعضه) نُظِرَ (فإن كان) ملكه له (برضاه) كأن اشتراه (وهو) أي المالك (موسر) بقيمة باقيه على ما سبق قريباً (قوم عليه الباقي وعتق وإلا) يكن برضاه أو لم يكن موسراً بذلك (فلا) يُقَوِّم الباقي عليه (ولو أعتق الحامل) بمملوك له (عتقت هي) لإيقاعه العتق عليها (وحملها) المنفوخ فيه الروح تبعاً لها، لأنه كالجاء منها بل لو استثناه لم يسقط (أو أعتق الحمل عتق) وحده (دونها) لأنه فرعها والفرع لا يستتبع الأصل ولو أعتقهما معا عتقا لقوة العتق وحرص الشارع عليه بخلاف البيع في المسألتين فإنه يبطل (ولو قال) لعبده: (أعتقتك على ألف) في الذمة (أو) قال: (بعتك نفسك بألف) في الذمة أيضاً (وقبل) العبد ذلك حالاً (عتق ولزمه الألف) عملاً بموجب العقد ويكون ولاؤه له.

باب التدبير

التدبير قُرْبَةٌ، وهو أن يقول: إذا متُّ فأنت حُرٌّ أو دَبْرْتُكَ، أو أنت مدبّرٌ، ويعتبرُ من الثلث، ويصحُّ من مُطلق التصرفِ وكذا من مبدّرٍ لا صبيٍّ.
ويجوزُ تعليقه على صفةٍ مثل: إن دخلت الدارَ فأنت حرٌّ بعد موتي، فيشترطُ الدخولَ قبل الموتِ، وإذا دبّرَ بعضُ عبده، أو كلُّ ما يملكه من العبدِ المُشترَكِ، لم يسرِ إلى الباقي، ويجوزُ الرجوعُ فيه بالتصرفِ لا بالقولِ.
ولو أتت المدبّرةُ بولدٍ لم يتبعها في التدبيرِ.

قال المصنف رحمته:

(باب التدبير)

قال في المصباح: دبّرت الأمر تدبيراً فعلته عن فكرٍ ورويةٍ. اهـ. وفي شرح المنهج: هو لغةً: النظرُ في العواقب. وشرعاً: تعليق عتقٍ من مالكٍ بموته فهو تعليق عتق بصفة معينة لا وصية، ولهذا لا يفتقر إلى إعتاق بعد الموت.

قال المصنف رحمته:

(التدبير) الشرعي (قربة وهو) مثل: (أن يقول إذا متُّ فأنت حر) أو أعتقتك بعد موتي (أو دبّرتك) أي جعلتك مدبراً أي معلق العتق بموت السيد (أو أنت مدبر) كذلك فلا تحتاج مادة التدبير إلى قوله: بعد موتي لكونها نصّاً فيه فهذه صريحة، ويحصل بالكناية مع النية كخليت سبيلك بعد موتي (ويعتبر) التدبير أي قيمة المدبر (من الثلث) أي ثلث التركة لأنه تبرعٌ علّق بالموت، ولأنه صلى الله عليه وسلم جزأ ستة مملوكين علّق رجلٌ عتقهم بموته وليس له غيرهم. ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة، وكانت قيمتهم مستوية رواه مسلم وأركانه ثلاثة: صيغة وقد مرّت، ومالك، ومحلٌّ، وشرطٌ هذا كونه رقيقاً غير مستولدة له.

وأما المالك فذكر المصنف شرطه بقوله: (ويصح من مطلق التصرف وكذا من

مبذر) كالوصية (لا صبي) ومجنون لعدم اعتبار قولهما (ويجوز تعليقه) أي التدبير (على) حصول (صفة) من فعل العبد أو غيره (مثل) قوله: (إن دخلت الدار) مثلاً (فأنت حر بعد موتي ف) إذا علق كذلك (يشترط الدخول قبل الموت) للمالك فإن مات قبل دخوله لم يعتق بدخوله بعده فإن قال: إن متُّ فدخلت أو ثم دخلت الدار مثلاً فأنت حر اشترط الدخول بعد موته فوراً في الفاء، ولا يشترط التراخي في ثم إذ لا يظهر فيه غرض (وإن دبر بعض عبده) ولو يسيراً (أو) دبر (كل ما يملكه من العبد المشترك) وكذا بعض ما يملكه منه (لم يسر) العتق (إلى الباقي) لأنه معسر بالموت حين العتق (ويجوز الرجوع فيه) أي عن التدبير (بالتصرف) كالبيع (لا بالقول) كما في التعليق بصفة غير الموت (ولو أتت المدبرة بولد) أي حملت بعد التدبير وولدت قبل موت السيد (لم يتبعها) الولد (في التدبير) فلا يعتق بموت السيد، أما إذا دبر الحامل ولم يستثنه فولدت قبل موته أو كانت حاملاً عند الموت وإن استثناه فإنه يتبعها في العتق بموته فإن استثناه في الأولى لم يتبعها.

فصل الكتابة

الكتابة قربة، تعتبر في الصحة من رأس المال، وفي مرض الموت من الثلث، ولا تصح إلا من جائز التصرف، مع عبد بالغ عاقل، على عوض في الذمة، معلوم الصفة، في نجمين فأكثر، يعلم ما يؤدي في كل نجم، بإيجاب منجز، وهو: كاتبك على كذا تؤديه في نجمين، كل نجم كذا، فإذا أدت فأنت حر، وقبول.

ولا يجوز كتابة بعض عبد إلا أن يكون باقيه حرًا، ولا تستحب إلا لمن يعرف كسبه وأمانته، وللعبد فسخها متى شاء، وليس للسيد فسخها إلا أن يعجز المكاتب عن الأداء، وإن مات العبد انفسخت، أو السيد فلا، ويلزم السيد أن يحط عنه جزءًا من المال وإن قل قبل العتق، أو يدفعه إليه، وفي النجم الأخير أليق، ويُنْدَبُ الرَّبْعُ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ حَتَّى قَبِضَ الْمَالَ رَدَّ عَلَيْهِ بَعْضُهُ، وَلَا يَعْتَقُ الْمَكَاتِبُ وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ.

ويملك بالعقد منافع وأكسابه وهو مع السيد كالأجنبي، ولا يتزوج ولا يهب ولا يعتق ولا يُحايي إلا بإذن السيد، ولا يجوز بيع المكاتب، ولا بيع ما في ذمته من النجوم، وولد المكاتب يعتق إذا عتقت.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل) في (الكتابة)

وهي لغة: مصدر كتب يكتب كالكتب والكتاب ولا يُسمع ما في المصباح هنا. قال ابن فارس في المقاييس: الكاف والتاء والباء أصل صحيح واحد يدل على جمع شيء إلى شيء من ذلك الكتاب والكتابة... إلى أن قال: والمكاتب العبد يكتبه سيده على نفسه قالوا: وأصله من الكتاب يُراد بذلك الشرط الذي يكتب بينهما. وقال في المصباح: وقول الفقهاء: باب الكتابة فيه تسامح، لأن الكتابة اسم المكتوب أي

مجازاً، وقيل: للمكاتبة كتابة تسمية باسم المكتوب مجازاً واتساعاً أي فهو مجاز على مجاز قال: لأنه يكتب للعبد على مولاه كتاب بالعتق عند أداء النجوم ثم كثر الاستعمال حتى قال الفقهاء للمكاتبة: كتابة - يعني للعقد- وإن لم يكتب شيء. قال الأزهري: وسميت المكاتبة كتابة في الإسلام، وفيه دليل على أن هذا الإطلاق ليس عربياً وشذ الزمخشري فجعل المكاتبة والكتابة بمعنى واحد ولا يكاد يوجد ذلك لغيره ويجوز أنه أراد الكتاب فطغا القلم بزيادة الهاء. قال الأزهري: الكتاب والمكاتبة أن يكتب الرجل عبده أو أمته على مال منجم، ويكتب العبد عليه أنه يعتقه إذا أدى النجوم. هذا كله كلام صاحب المصباح.

وأصل شرعية المكاتبة قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَبْنُونَ الْكُتُبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٢٣]، وفيها أخبار صحيحة منها ما في الصحيحين أن بريرة كاتبت موالها على تسع أواق فقصت عنها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وأعتقتها ومنها خبر: «المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهم» عزاه في التلخيص إلى أبي داود، والنسائي أي في الكبرى، والحاكم من طُرُقٍ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال في شرح المنهج وصحح الحاكم إسناده وقال في الروضة إنه حسن قال: والحاجة داعية إليها.

قال المصنف رحمته الله:

(الكتابة قرينة) إلى الله تعالى لأدائها إلى التحرير وهو من أهداف الإسلام. قال علماؤنا: ولا تجب وإن طلبها الرقيق كالتدبير لئلا يتعطل أثر الملك وتتحكم الممالك على الملاك (وتعتبر في الصحة) للمالك (من رأس المال) كسائر تصرفاته (وفي مرض الموت) أي في مرضٍ تبين أنه مات منه تعتبر (من الثلث) أي ثلث جميع ماله مع مال الكتابة لأن ذات الرقيق وما يكسبه ملك لمالكه فإن كانت قيمة العبد تخرج من الثلث عتق جميعه وإلا فبقسطه، وأركانها أربعة: مالك، ورقيق، وعوض، وصيغة.

وقد ذكر المصنف ما يعتبر في الأولين بقوله: (ولا تصح إلا من جائز التصرف) مختار أهل تبرع (مع عبد بالغ عاقل) مختار لم يتعلق به حق لازم كرهن وإجارة فلا

تصح من غير من ذُكر.

وأشار إلى ما يعتبر في العوض بقوله: (على عوض) ظاهر منتفع به كائن (في الذمة معلوم الصفة) المراد بها ما يشمل الجنس والنوع كائن أيضاً (في نجمين) أي وقتين (فأكثر) منهما أي أنه يشترط ذكر أدائه في فترتين فأكثر، وذلك للتيسير على الرقيق ولا تباع الصحابة فمن بعدهم (يُعلم ما يؤدّي) منه (في كل نجم) أي وقت متساويا أو متفاوتا وسواء طالت النجوم أو قصرت تساوت أو تفاوتت.

وأشار إلى الصيغة بقوله: (بإيجاب) من طرف السيد (منجز) كسائر العقود (وهو) أن يقول مثلا: (كاتبتك على كذا) كألف دولار مثلا (تؤديه في نجمين) أي وقتين (كل نجم كذا) النجم يطلق على الوقت كما قلنا، وعلى المال المؤدى فيه وتصح إرادة كل منهما في هذه القطعة الأخيرة من كلامه فعلى الأول ينصب كل على الظرفية وكذا مبتدأ والجملة حال من الضمير المنصوب في تؤذيه، ويحتمل غير ذلك وأما على الثاني فكل مبتدأ وكذا خبره والجملة أيضاً حال من ذلك بحذف العائد أي منه، أو نعت لنجمين بحذف العائد أيضاً أي فيهما ويكون ذلك مع قوله: (فإذا أديت) ذلك (فأنت حر) أو مع نيته وعطف على قوله إيجاب قوله: (وقبول) فهو مجرور بالباء الداخلة على ذلك، وفي معنى اللفظ الإشارة والكتابة مع النية (ولا يجوز كتابة بعض عبد الا أن يكون باقيه حرا) إذ لا يستقل لجمع مال الكتابة مع شغل بعضه بحق غيره غالبا فلا تصح لو أذن مالك باقيه له في ذلك إذ لا ثقة ببقاء الإذن إلى انتهاء الكتابة نعم لو كاتب بعضه الذي بقدر ثلث ماله في مرض موته صح، والله أعلم.

ذكر المذاهب في حكم المكاتب إذا طلبها الرقيق:

قال أبو عمر في الاستذكار: وأما اختلاف أهل العلم في معنى قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] هل هي على الوجوب أو على الندب والإرشاد؟ فإن مسروق بن الأجدع، وعطاء بن أبي رباح، وعمرو بن دينار، والضحاك بن مزاحم، وجماعة أهل الظاهر كانوا يقولون: واجب على كل من سأله مملوكه وعلم عنده خيرا أن يعقد له كتابته مما يتراضيان به.

واحتجوا بأن عمر بن الخطاب أجبر أنس بن مالك على كتابة عبده سيرين أبي محمد بن سيرين بالدرة لما سأله فأبى فضربه بها وتلا: ﴿فَكَابِتُهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ فكاتبه أنس، وقد قيل: إنه إنما ضربه بها، لأنه أبى أن يؤتیه شيئاً من كتابته لا على عقد الكتابة أولاً، وقال ابن جريج عن عطاء: ما أراه إلا واجبا، وقالها عمرو بن دينار، أي وهي رواية عن الإمام أحمد.

وقال مالك، والشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهم، والثوري، وهو قول الحسن، والشعبي: ليس واجبا عليه إلا أن يريد السيد ثم استدل أبو عمر لعدم الوجوب بالقياس على بيع ماله وعلى التدبير والتزويج والاعتاق إذا سأله العبد وشبه الأمر في: ﴿فَكَابِتُهُمْ﴾ به في قوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢] فكما لا يجب كل ذلك بالإجماع لا تجب المكاتبه، لأنها معاوضة عن تراض. ١. هـ. أي بصورتها وإلا فحقيقتها مواساة.

وأما ابن حزم فقد قال: من كان له مملوك مسلم أو مسلمة فدعا أو دعت إلى الكتابة فرض على السيد الإجابة إلى ذلك ويجبره السلطان على ذلك بما يُدرى أن المملوك يطيقه ولا حيفَ فيه على السيد لكن مما يكاتب عليه مثلهما ولا يجوز كتابة كافر أصلا. ١. هـ.

(ولا تستحب) أي المكاتبه (إلا لـ) طلب (من يعرف) بالبناء للمفعول كما هو الجاري على الألسنة أو للفاعل والضمير حينئذ للسيد (كسبه) أي قدرته على كسب يفي بمؤنته ونجومه ليوثق منه بتحصيل النجوم (وأمانته) أي عدم تضييعه للمال، وإن لم يكن عدلا كتارك الصلاة على المعتمد فتباح لمن فقدت فيه الشروط، لأنها قد تفضي إلى العتق، وهو مطلوب للشارع في الجملة، وقد تكره كما إذا كان العبد يضيع ماله في مفسق وكونه في قبضة السيد يمنعه من ذلك بل قد ينتهي الحال إلى التحريم كما تحرم الصدقة والقرض إذا علم أن أخذهما يصرفهما في محرّم ولا تجب بحال عندنا خلافاً لجمع جرّوا عليه لظاهر الآية كما مضى ومما ردّ عليهم به أن الأمر بعد

الحظر للإباحة وإنما أخذ النذب من دليل آخر هذا وإذا امتنع العبد مع طلب السيد منه لم يجبر عليها كعكسه.

(وللعبد فسخها متى شاء) وإن كان معه وفاء، لأن الحظ له فكان له تركه كالمرتهن (وليس للسيد فسخها) فهي لازمة من جهته كالراهن (إلا أن يعجز المكاتب عن الأداء) عند المَحَلِّ ولو لبعض النجم فله فسخها بغير حاكم ولا تنسخ بمجرد عجزه ولا أثر لعجزه عما يجب حظه أو دفعه له فيرفع المكاتب الأمر إلى حاكم لِيُلْزِمَ السيد بالإيتاء والعبد بالأداء أو يحكم بالتقاص إن رآه مصلحة، ومثل العجز عن الأداء غيبة العبد عند المحل إلى مسافة قصر ولم يبعث بالمال، وامتناعه من الأداء مع القدرة عليه، وإذا عجز المكاتب نفسه فللسيد الصبر أو الفسخ بنفسه أو الحاكم وحيث انفسخت الكتابة يعود إلى الرق وتعود أكسابه إلى السيد إلا اللقطة فأمرها للقاضي.

(وإن مات العبد) قبل تمام الأداء (انفسخت) لفوت محلها ومات رقيقاً فلا يورث وتكون أكسابه للسيد وعليه تجهيزه سواء خلّف وفاءً أو لا، وكذا الحكم إذا مات بعد إحضاره المال أو إرساله وقبل قبض السيد له.

(أو) مات (السيد فلا) تنسخ للزومها من جهته وكذا جنونه والحجر عليه فيؤدي المكاتب النجوم إلى وارثه في الأولى وإلى وليّه في الأخيرتين ولا يعتق بالدفع إليه لعدم أهليته فيسترده لبقائه على ملكه، ولا يضمه السيد لو تلف عنده لتقصيره بالدفع له بل لوليه تعجيزه إن لم يبق بيده شيء، وإذا أغمي على السيد دفع المال إلى الحاكم على ما بحثه سم، وإن جن العبد أو أغمي عليه أو حجر عليه فإن لم يكن له مال كان للسيد الفسخ فإن فسح عاد العبد رقيقه فلزومه مؤنه كلها، وإن كان له مال رفع السيد الأمر إلى الحاكم، وأثبت المكاتبه وحلول النجم وطالب به وحلف يمين الاستظهار على بقاء استحقاقه فيؤدي إليه الحاكم حقه من مال المكاتب إن ظهرت له المصلحة في عتقه بأن كان لا يضيع به على المعتمد وإلا لم يجز له الأداء ولا للسيد الاستقلال بالأخذ فإن فعل لم يعتق المكاتب.

قال المصنف رحمته :

(ويلزم السيد) في الكتابة الصحيحة دون الفاسدة (أن يحط عنه جزءا من المال) المعقود عليه (وإن قل) لكن بحيث يطلق عليه اسم مال، ولا يختلف قدره بقلة النجوم وكثرتها على الأصح ووقته (قبل العتق أو يدفعه إليه) بعد قبضه منه لقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] والأمر للوجوب، ولا صارف له عنه فإن مات السيد ولم يفعل لزم الوارث أو وليه فعله، ولا يجوز الدفع من غير جنس النجم إلا برضى المكاتب الأهل ويُقدَّم المدفوع على مؤن التجهيز وسائر الديون وإنما كان وقته قبل العتق، لأن القصد به الإعانة عليه ويدخل وقته بالعقد فإذا بقي من النجم الأخير القدر المحطوط تضيَّق فيأثم بتأخيره عن العتق ويقع بعده قضاء.

(و) كل منهما (في النجم الأخير أليق) لقربه من المقصود والحط أولى من الدفع، وقد يشعر به تقديم المصنف له، لأنه المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم، ولأن إعانته على العتق محققة بخلاف الدفع فقد ينفق المدفوع في غيره (ويندب الربع) لمال الكتابة أي حطه أو دفعه لما ورد أنه المراد بالآية ونُقِل عن إسحاق بن راهويه أنه حكى إجماع أهل التأويل عليه فإن لم يسمح بالربع فالسبع تأسيا بفعل ابن عمر رضي الله عنهما واستظهر كون ما بينهما أفضل من السبع نظر إلى المقصود (فإن لم يفعل) شيئا منهما (حتى قبض المال) جميعه (رد عليه) وجوبا (بعضه) ووقع قضاء كما سبق (ولا يعتق المكاتب) لا كلُّه (ولا شيء منه ما بقي عليه شيء) من النجوم، وإن قل للخبر الصحيح أو الحسن كما مضى: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» ولو كاتب عبيدا في صفقة صحت فإن أدى بعضهم نصيبه عتق وإن لم يؤد غيره شيئا. ذكره في الروضة. وإذا أدى المكاتب النجوم قبل المحل أو في غير محل التسليم فإن لم يكن على السيد ضرر في القبول أُجبر عليه، وإلا فلا، وإذا حل النجم فأحضره المكاتب والسيد غائب أو ممتنع قبض عنه الحاكم، وإن ادعى السيد أن المال حرام مثلا فإن أقام عليه بينة لم يجبر على قبوله، وإلا صدق المكاتب بيمينه لظاهر اليد فإن نكل حلف السيد وكان كإقامته البينة، ولو خرج المؤدَّى معيبا أو مستحقا بان أنه لم يعتق، وإن قال له

السيد عند أخذه: أنت حر، لأنه بناه على ظاهر الحال من سلامة المقبوض.

قال المصنف رحمته:

(ويملك) المكاتب (بالعقد) أي عقد المكاتبه (منافعَه) بمعنى أنه يمتنع على السيد استخدامه وإيجاره مثلا (وأكسابه) فيتصرف فيها تصرف الملاك (وهو) في المعاملة (مع السيد كالأجنبي) منه فيبايعه ويأخذ منه بالشفعة مثلا، وإذا ثبت له في ذمة سيده دين وكان من جنس ما عليه نقدا تقاصًا وإن لم يرضيا على المعتمد (ولا يتزوج ولا يهب) شيئًا (ولا يُعتق) ولا يُكاتب رقيقًا (ولا يُحايي) أي لا يساهل في بيع أو شراء بقدرٍ لا يُحتمل غالبًا ولا يبيع نسيئة ولو باستيثاقٍ ولا يبرئ عن دين ولا يقرض ولا يقارض (إلا بإذن سيده) في كل من ذلك فتصح بإذنه لأن المنع لحقه. (ولا يجوز) للسيد (بيع المكاتب) ولا هبته إلا برضاه فإن رضي صحًا وكان رضاه فسحا منه للكتابة.

(ولا) يجوز (بيع ما في ذمته من النجوم) من غيره قطعًا، ولا منه على ما صححه الشيخان هنا، واعتمده الرملي وكذا ما بيده من غير النجوم. (وولد المكاتبه) المنفصل بعد المكاتبه من نكاح أو غيره (يعتق) معها (إذا عتقت) بسبب الكتاب لا غيره ولا شيء عليه للسيد إذ لم يلتزمه لكن للسيد أن يكاتبه قبل أداء أمه نجومها ويعتق بالسابق من الأداءين، ولا يجوز له وطء مكاتبته فإن فعل عالمًا عُرِّ فإن علقته منه فالولد حر نسيب وتصير مستولدة مكاتبه فتعتق بالسابق من موته والأداء ويجب عليه مهرها وإن طاوعته.

فصل في حكم أمهات الأولاد

إذا أولد جاريته، أو جارية يملك بعضها أو جارية ابنه فالولد حر، والجارية أم ولد له، فتعتق بموته ويمتنع بيعها وهبتها.
ويجوز استخدامها وإجارتها وتزويجها، وكسبها للسيد، وسواء ولدته حيا أو ميتا، لكن لو لم يتصور فيه خلق آدمي لم تصر أم ولد، ولو أولد جارية أجنبي بنكاح أو زنا فالولد ملك لسيدها، أو بشبهة فهو حر، فلو ملكها بعد ذلك لم تصر أم ولد.

قال المصنف رحمه الله:

(فصل: في أحكام الاستيلاء للأمة)

(إذا أولد) من هو حر كله أو بعضه، وله تسع سنين ولو كافرا أو مجنونا أو مكرها (جاريته) التي لم يتعلق بها حق لازم لغيره كرهن وأرش جناية وهو معسر (أو جارية يملك بعضها) وهو موسر بقيمة نصيب شريكه (أو جارية ابنه) وإن سفل ولم يؤلدها الابن وجواب الشرط قوله: (فالولد حر) نسيب منه (والجارية أم ولد له) هذه الجملة إنما يحتاج لذكرها بالنسبة للمشركة وجارية الابن فيما يظهر ويجب على الأصل المولد للابن قيمتها وكذا مهرها إن تأخر الإنزال عن مغيب الحشفة كما هو الغالب (فتعتق بموته) ولو بقتلها له وإن لزمها القصاص أو الدية.

(و) إذا وضعت ما تبين فيه خلق آدمي أو شهدت القوابل بأن فيه ذلك (يمتنع بيعها وهبتها) ورهنها ووقفها والوصية بها، لأنها لا تقبل النقل (ويجوز استخدامها وإجارتها وتزويجها) إجبارا (وكسبها): كالأجرة والمهر وغيرهما (للسيد) لأنه نماء ملكه (وسواء) فيما ذكر (ولدته حيا أو ميتا) أو ما فيه غرة كمضغة (لكن لو لم يتصور فيه خلق آدمي) ولم يخبر أربع عدلات أو رجل وامرأتان بأن فيه صورة آدمي خفية (لم تصر) بوضعه (أم ولد) ولم تستحق ما ذكر.

عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً: «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دُبرٍ منه» قال في التلخيص: رواه أحمد، وابن ماجه، والدارقطني، والحاكم، والبيهقي، وله طرق وفي إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جداً، وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً: «أم الولد حرة وإن كان سقطاً» وإسناده ضعيف أيضاً، والصحيح أنه من قول ابن عمر.

وعن ابن عمر أيضاً: «إذا أولد الرجل أمته ومات عنها فهي حرة» قال في التلخيص: رواه الدارقطني، والبيهقي مرفوعاً، وموقوفاً. قال الدارقطني: الصحيح وقفه عن ابن عمر عن عمر، وكذا قال البيهقي وعبد الحق، وكذا رواه مالك في الموطأ وموقوفاً على عمر، وقال صاحب الإلمام: المعروف فيه الوقف والذي رفعه ثقة. قيل: ولا يصح مسنداً.

قال الحافظ: وروى أحمد، والشافعي، والنسائي، وابن ماجه، والبيهقي من حديث أبي الزبير: أنه سمع جابراً رضي الله عنه يقول: «كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد والنبي صلى الله عليه وسلم حي لا نرى بذلك بأساً» قال: ورواه أبو داود، وابن حبان، والحاكم من حديث جابر أيضاً وزاد: «وفي زمن أبي بكر فلما كان عمر نهانا فانتبهينا».

قال الحافظ: وأخرج عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال: سمعت علياً رضي الله عنه يقول: اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يُبعن ثم رأيت بعد أن يُبعن قال عبيدة فقلت له: فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك في الفرقة.

ذكر المذاهب في بيع أمهات الأولاد:

قال الحافظ ابن عبد البر في الاستذكار: اختلف السلف والخلف من العلماء في عتق أم الولد، وفي جواز بيعها فالثابت عن عمر رضي الله عنه أنها لا تباع عنده أبداً، وأنها حرة من رأس مال سيدها، ورؤي مثل ذلك عن عثمان بن عفان، وعمر بن عبد العزيز وهو قول الحسن، وعطاء، ومجاهد، وسالم بن عبد الله، وإبراهيم، وابن شهاب، وإلى هذا ذهب مالك، والثوري، والأوزاعي، والليث بن سعد، وأبو حنيفة،

والشافعي في أكثر كتبه، وقد أجاز بيعها في بعض كتبه، وأبو يوسف، ومحمد، وزفر، والحسن بن حيّ، وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، والمزني كلهم لا يجوز عندهم بيع أم الولد.

وكان أبو بكر الصديق وعليّ، وابن عباس، وابن الزبير، وجابر بن عبد الله، وأبو سعيد الخدري رضي الله عنه يجيزون بيع أم الولد وبه قال داود بن عليّ، وقال جابر، وأبو سعيد: كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وذكر عبد الرزاق قال: أخبرنا ابن جريج قال: أخبرنا أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول: كنا نبيع أمهات الأولاد ورسول الله صلى الله عليه وسلم فينا لا يرى بذلك بأساً وأسند عبد الرزاق عن أبي إسحاق الهمداني أن أبا بكر كان يقول: يبيع أمهات الأولاد في إمارته وعمر في نصف إمارته، وبعد أن ذكر أبو عمر أن ما ورد من المرفوع في المنع لا يصح قال: والصحيح عن عكرمة أنه سئل عن أم الولد فقال: هي حرة إذا مات سيدها فقبل له: عن هذا؟ قال: عن القرآن قال: كيف؟ فقال: قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، وكان عمر من أولي الأمر قال: يعتقها ولدها ولو كان سقّطاً.

قال المصنف رحمته:

(ولو أولد جارية أجنبي) منه والظاهر أن المراد به غير من ذكر في سابقه (بنكاح) لم يُعَرَّفَ فيه بحريتها (أو زنا) منه (فالولد ملك) أي مملوك (لسيدها) تبعاً لها بالإجماع (أو بشبهة) منه بأن ظنها زوجته الحرة أو أمته (فهو) أي الولد (حر) احتراماً لظنه (فلو ملكها بعد ذلك لم تصر أم ولد) له، لأن الولد وإن انعقد حراً لم تعلق به في ملكه وكالشبهة نكاحٌ عُرِّفَ فيه بحريتها وعليه لسيدها في صورتين قيمة الولد وقت انفصاله بتقديره رقيقاً ومحله في الثانية إذا لم يكن الغارث له هو السيد ويرجع بما غرمه على من غرّه، وظاهر أن المنكوحة والمزنيّ بها لا تصيران أمّي ولد بالأولى.

بَابُ الوَصِيَّةِ

تصحُّ من المكلف الحرِّ ولو مبدراً، ثمَّ الكلامُ في فصلين: أحدهما: في نصبِ الوصيِّ: وشرطه: التكليفُ، والحريةُ، والعدالةُ، والاهتداءُ للموصيِّ به، فلو أوصى لغيرِ أهلٍ فصارَ عندَ الموتِ أهلاً، أو أوصى لجماعةٍ، أو لزيدٍ ثمَّ من بعده لعمرو، أو جعلَ للموصيِّ أن يوصيَّ من يختارُ، صحَّ، ولا يتمُّ إلا بالقبولِ بعدَ موتِ الموصيِّ ولو على التراخي، ولكلِّ منهما العزلُ متى شاء، ولا تصحُّ الوصيةُ إلا في معروفٍ وبرٍّ، كقضاءِ دينٍ، وحبٍّ، والنظرِ في أمرِ الأولادِ وشبهه، وليس له أن يوصيَّ على الأولادِ وصياً والجدُّ أبو الأبِ حيٌّ أهلٌ للولاية.

الفصل الثاني: في الموصيِّ به:

تجوزُ الوصيةُ بثُلثِ المالِ فما دونه، ولا تجوزُ بالزيادةِ عليه، والمرادُ ثلثه عندَ الموتِ، فإن كانَ ورثتهُ أغنياءَ نُدبَ استيفاءُ الثلثِ، وإلا فلا، فإن زادَ عليه بطلتْ في الزائدِ إن لم يكنْ له وارثٌ، وكذا إن كانَ ورثَ الزائدُ، فإن أجازهُ صحَّ، ولا تصحُّ الإجازةُ والرَّدُّ إلا بعدَ الموتِ.

وما وصَّى به من التبرعاتِ تعتبرُ من الثلثِ، وكذا من الواجباتِ إن قيدهُ بالثلثِ، فإن أطلقه فمن رأسِ المالِ، وما نجَّزه في حياته من التبرعاتِ كالوقفِ والعتيقِ والهبةِ وغيرها: فإن فعله في الصحةِ اعتبرَ من رأسِ المالِ، وإن فعله في مرضِ الموتِ، أو في حالِ التحامِ الحربِ، أو تموُّجِ البحرِ، أو التقديمِ للقتلِ، أو الطلِّقِ، أو بعدَ الولادةِ وقبلَ انفصالِ المشيمةِ، واتصلتْ هذه الأشياءُ بالموتِ اعتبرَ من الثلثِ وإلا فلا.

فإن عجزَ الثلثُ، عما نجَّزه في المرضِ بَدئُ بالأولِ فالأولِ، فإن وقعتْ دُفعةٌ، أو عجزَ الثلثُ عن الوصايا -متفرقةً كانتْ أو دُفعةً- قسَّم الثلثُ بين الكلِّ، سواءً كانَ ثمَّ عتقُ أم لا.

وتلزمُ الوصيةُ بالموتِ إن كانت لغيرِ معيَّنٍ كالفقراءِ، فإن كانت لمُعَيَّنٍ -كزيدٍ-

فالمَلِكُ موقوفٌ، فإن قبل بعد الموت - ولو متراخيًا - حُكِمَ بأنه ملكُهُ من حين الموت، وإن رده حُكِمَ بالملك للوارث، وإن قبل وردَّ قبل القبض سقط الملك، أو بعده فلا.

ويجوزُ تعليقُ الوصيةِ على شرطٍ في الحياةِ أو بعد الموتِ.

ويجوزُ بالمنافع والأعيان، وبالمعدوم، كالوصية بما تحمّل هذه الجارية أو الشجرة، وبالمجهول، وبما لا يقدر على تسليمه كالأبق، وبما لا يملكه الآن، وبما يجوز الانتفاع به من النجاسات، كالكلب والزيت النَّجِسِ، لا بما لا يُنتفع به منها كالخمر والخنزير.

وتجوزُ الوصيةُ: للحربيِّ والذميِّ والمرتدِّ ولقاتله، وكذا لوارثه عند الموت إن أجازها بقية الورثة، وللحمّل فتدفع لمن عُلِمَ وجوده عند الوصية إذا انفصل حيًّا، بأن تلد لدون ستة أشهر من الوصية، أو فوقها ودون أربع سنين، ولا زوج لها ولا سيد يطؤها.

وإن أوصى لعبدٍ فقبل دفعه إلى سيده.

وإن وصى بشيء ثم رجع عن الوصية صحَّ الرجوع وبطلت الوصية، وإزالة الملك فيه كالبيع والهبة، أو تعريضه لزوالة بأن دبره أو كاتبه أو رهنه، أو عرضه على البيع، أو أوصى ببيعه، أو أزال اسمه بأن طحن القمح أو عجن الدقيق، أو نسج الغزل أو خلطه - إذا كان مُعيَّنًا - بغيره رجوع.

وإن مات الموصي له قبل الموصي بطلت الوصية، وإن مات بعده وقبل القبول فلوارثه قبولها وردّها.

قال المصنف رحمه الله:

(باب الوصية)

بالمعنى الشامل للإيصاء.

وهي لغة الوصل من وصى الشيء بكذا أي وصله به لأن الموصي يصل خير عقبه

بخير دنياه، وشرعا بذلك المعنى: إثبات حق مضاف لما بعد الموت ذكره الجمل على شرح المنهج، وبالمعنى الأخص: تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ليس تدبيراً ولا تعليق عتق وإن كانا في حكمها، والأصل فيها آيات كقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا﴾ [النساء: ١٢] وأخباراً كخبر الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عنده» أي ما الحزم والاحتياط إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده. كذا نقل عن الشافعي وفي رواية ثلاث ليال، وفي أخرى ليلة أو ليلتين والاختلاف يدل على أن ذلك للتقريب لا التحديد. هذا وقد استدل بهذا الحديث وآية: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ...﴾ [البقرة: ١٨٠] على وجوبها وهو قول جماعة من السلف منهم عطاء والزهري وأبو مجلز، وطلحة بن مصرف في آخرين، وبه قال إسحاق، وداود، وابن جرير، وأبو عوانة الإسفرايني وحكاها البيهقي عن القديم للشافعي. قال في الفتح: وذهب الجمهور إلى أنها مندوبة وليست بواجبة. اهـ. ثم أركانها أربعة موصٍ وموصي وموصى فيه وصيغة.

وذكر المصنف شروط الموصي بقوله: (تصح) الوصية (من المكلف) المختار (الحر) كلاً أو بعضاً (ولو) كان (مبذراً) أو محجور فلس أو كافراً لصحة عباراتهم فلا تصح من صبي ومجنون ومغمي عليه ومكره ورقيق ولو مكاتباً إلا بإذن سيده كما في سائر العقود ولعدم ملك الرقيق أو ضعفه، ولعل المصنف ممن يرون المكروه غير مكلف ولذلك لا يَحْتَرِزُ عنه بخصوصه عادةً.

(ثم الكلام) في هذا الباب (في فصلين) أي مقامين (أحدهما في نَصْبِ الوصي) يبدو أن الضمير في أحدهما راجع للكلامين اللذين في الفصلين أو أن في زائدة أي أحدُ الفصلين بمعنى المقامين نصب الوصي (وشرطه) أي شروط من يُجعل وصياً (التكليف والحرية والعدالة) وهي ملكة تحمل على اجتناب الكبائر وصغائر الخسة وعلى المحافظة على مروءة الأمثال، وهي قسمان: عدالة رواية، وعدالة شهادة

والمرادة هنا: الأولى والصحيح اشتراط ثبوتها عند القاضي (والاهتداء لـ) لتصرف (الموصي به) وهو المعبر عنه عند غيره بالكفاية والمعتبر تحقق هذه الشروط عند الموت لا عند الإيصاء (فلو أوصى لغير أهل) عند الإيصاء (فصار عند الموت) والقبول (أهلاً) صح بخلاف صبي ومجنون ومغمى عليه وفاسقٍ ومجهولٍ ومن به رق أو عداوةٌ وكافرٍ على مسلم وغير المهتدي للعمل الموصي به لنحو سفيه أو هرم لعدم الأهلية في بعضهم وللتهمة في الباقي ولا يضر العمى ولا الأثوثة بل الأم وإن علت أولى من غيرها في حق الولد لو فور شفقتها وللخروج من خلاف الإصطخري فإنه قائل: بأنها تلي بعد الأب والجد ويصح إيصاء كافر عدل في دينه على كافر (أو أوصى لجماعة) اثنين فأكثر صح فإن قيد بانفراد أو اجتماع عُمل به وإن أطلق فكما لو نص على الاجتماع فلا يجوز الانفراد ولا يجزئ إلا في ردّ الحقوق وتنفيذ الوصية المعينة وقضاء الدين الذي في التركة جنسُهُ (أو أوصى لزيد ثم) أوصى (لعمر) صح فإن قبلاً فهما شريكان ليس لأحدهما الانفراد وإن قبل أحدهما فهو الوصي أما لو قال مثلاً: ما أوصيتُ به إلى فلان أوصيتُ به إليك فهو رجوع عن الأول كما في الروضة.

وقال في التنبيه: وإن وصى إلى رجل ثم بعده إلى آخر جاز.

قال المصنف رحمته:

(أو جعل للوصي أن يُوصي من يختاره) للوصاية (صح) ويوصي إلى من يشاء وكذا لو قال له: أوص إلى فلان ففعل (ولا يتم) الإيصاء (إلا بـ) الإيجاب لفظاً أو كتابةً أو إشارةً و(القبول) كالوكالة فيكفي العمل ووقته (بعد موت الموصي ولو على التراخي) فيقبل متى شاء ويندب القبول إن وثق بنفسه ويحرم إن علم أنه يخون، وإنما يجوز التأخير إن لم يكن ما يوجب المبادرة أو يعرضها الحاكم عليه بعد ثبوتها عنده.

(ولكل منهما) أي من الموصي والوصي (العزل) للوصي (متى شاء) لأنه عقد جائز كالوكالة إلا أن يتعين الوصي أو يغلب على ظنه تلف المال بنحو استيلاء ظالم عليه فلا يجوز له عزل نفسه وكذا إن ظن الموصي أنه إن عزله ضاع ما عليه من حق أو مال أولاده حرم عليه عزله ولم ينفذ العزل في صورتين ويجب القبول في ذلك.

قال المصنف رحمته :

(ولا تصح الوصية) أي الإيضاء (إلا في) تصرف (معروف) هو كل فعل يُعْرَفُ بالعقل والشرع حسنه فيصدق بالواجب والمندوب والمراد هنا ما يعم المباح (وبر) بكسر الموحدة وهو مطلق الخير والطاعة فعطفه على المعروف عطف عام على خاص إن قصرنا المعروف على الواجب وعكسه إن جعلناه شاملا للمباح وذلك (كقضاء دين) على الموصي.

قال في الروضة: وهي أي الوصاية في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة (وحج) فرض أو نفل (و) ك(النظر في أمر الأولاد) ونحوهم من الضعفاء.

والضابط أنها واجبة في الواجب مندوبة في المندوب مباحة في المباح محظورة في المحظور كبناء كنيسة للتعبد ولو مع غيره وتزويج محجور، لأنه لا يزوجه غير الوالد. ويشترط في الموصي بأمر نحو الأولاد أن يكون له عليهم ولاية مبتدأة من الشرع بأن يكون أبا أو جدًا دون من عداهما.

قال المصنف رحمته :

(وشبهه) أي ما ذكر كرد الودائع وتنفيذ الوصايا، وفي التحفة والنهاية أنه لو قال: أوصيت إليك في أمري أو في أموري أو في أمر أطفالي ولم يعين التصرف صح والأوجه أن الأولين عامان، وأن الثالث للحفظ والتصرف في مالهم للعرف. اهـ. ومثله ما في المتن.

(وليس له) أي للأب (أن يوصي) أي ينصب (على الأولاد) ونحوهم (وصيا) عنه (والجدُّ أبو الأب حي أهل للولاية) عليهم حال الموت ولا يعتد بمنصوبه، لأن ولاية الجد من قبل الشرع لا يد له فيها لكن لا يآثم بذلك لجواز أن لا يكون الجد أهلا عند موته، وأما غير ذلك كقضاء الدين وتنفيذ الوصية فله تفويضه إلى غيره فإن لم يوص أصلا فالجد هو الولي في أمور الأولاد وردّ الديون ونحوهما والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا.

فروع: إذا تنازع المحجور عليه بعد كماله والوصيُّ أو القيمُّ في أصلٍ أو قَدْرٍ نحو إنفاقٍ عليه أو على ممونه فإن كان لائقًا بحاله صدق الوصي والقيم بيمينه لعسر إقامة البيئة عليه لتكرره بخلاف نحو البيع لمصلحة، أما إن كان غير لائق فالمصدق فيه المحجور، وأما إذا تنازعا في دفع المال إليه بعد كماله فيُصدَّقُ المحجور بيمينه، ولو على الأب لعدم عسر الإشهاد عليه.

ولو لم يندفع ظالم إلا بدفع مال له لزم الوليُّ دفعه من مال المحجور ويجتهد في قدره ويصدق فيه بيمينه وإن لم تقم عليه قرينة أو إلا بتعيينه جاز له بل لزمه أيضًا لكن لا يصدق فيه باليمين لسهولة الإشهاد عليه. كذا في التحفة والنهاية.

بسم الله الرحمن الرحيم

«ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير».

قال المصنف رحمته :

(الفصل الثاني: في) أحكام (الموصي به) وما يتبعها (تجاوز الوصية) وتصح (بثلث المال) أي مال الموصي (فما دونه) أي دون الثلث والفاء فيه هي التدريجية كما في قولهم: فسافلا فصاعدا أي لا تمتنع الوصية بذلك بل إما أن تسن، وإما أن تباح على ما يأتي وإن كانت الوصية في الجملة سنة مؤكدة كما مضى (ولا تجوز) الوصية (بالزيادة) أي الزائد (عليه) أي على الثلث جوازا مستوي الطرفين فتكره على المعتمد وإن قصد حرمان الوارث، لأنه لا ينفذ إلا بإجازته (والمراد) بثلث المال (ثلثه) أي ثلث الفاضل عن الدين إن كان (عند الموت) لا عند الوصية، لأنها تمليك بعد الموت لكن المعتمد بالنسبة لكرهه الزيادة عليه ثلثه عند الوصية إذ لا تمكن معرفة حال المال عند الموت حينها نعم إن غلب على ظنه زيادة ماله بحيث يصير ما أوصى به ثلثا أو أقل عند الموت لم يكره الإيضاء بالزائد الآن.

قال المصنف رحمته :

(فإن كان ورثته أغنياء) أي مكتفين بأموالهم (ندب استيفاء الثلث) في الوصية على ما نقل عن نص الأم كما في الجمل وعن النووي في شرح مسلم لكن المعتمد

عند المتأخرين أنه لا يندب استيفاؤه خروجاً من خلاف من أوجب النقص عنه كما في المغني، ولأن النبي ﷺ استكثره فقال: «الثالث والثالث كثير» (وإلا) يكونوا أغنياء بل محتاجين إلى تركته (فلا) يندب استيفاء الثالث، وقد علمنا أن المعتمد عدم ندبه مطلقاً، وأنه يستحب النقص منه حتى في حال غناهم (فإن زاد) الموصي (عليه) أي على الثالث (بطلت) الوصية (في الزائد) عليه (إن لم يكن له وارث) خاص، لأنه حق عامة المسلمين، ولا تمكن إجازتهم (وكذا) تبطل في الزائد (إن كان) أي وجد الوارث الخاص المطلق التصرف (ورد الزائد) أي وصية الزائد على الثالث (فإن أجازته صح) وإجازته تنفيذ فلا تحتاج للفظ هبة وتجديد قبول وقبض ولا رجوع قبل القبض ولا بد من معرفته بقدر ما يجيزه من التركة إن كانت الوصية بمشاع لا معين، أما الوارث غير المطلق التصرف فإن كانت أهليته متوقعة وقف الأمر إليها وإلا حكم بالبطلان وإن بان خلاف هذا فتأهل بعد اليأس منه وأجاز بان نفوذها وإذا كان على الموصي دين مستغرق فالمعتبر في الرد والإجازة هو الدائن لا الوارث (ولا تصح الإجازة و) لا (الرد) من الوارث المذكور (إلا بعد الموت) أي موت الموصي إذ لا أمر له في التركة قبل ذلك (وما وصى به) أي علّقه بموته سواء كان في الصحة أو المرض (من التبرعات) أي الأمور المتبرع بها كالوقف والعتق والهبة (تعتبر من الثالث) وإن لم يقيد بها (وكذا) ما وصى به (من الواجبات) كحجة الإسلام والعمرة والزكاة والكفارة (إن قيده) أي الواجب الموصى به وأنت الضمير في تعتبر وذكره في قيده، لأن المرجع ما الموصولة أو الموصوفة وضميرها يجوز فيه الأمران بمراعاة اللفظ أو المعنى (فإن أطلقه) أي الإيضاء بالواجب (ف) اعتباره (من رأس المال) كسائر الديون وقيل: من الثالث، لأنه محل الوصايا (وما نجّزه في حياته من التبرعات كالوقف والعتق والهبة وغيرها) كالكتابة والتدبير والإبراء وبناء المسجد وتسجيل الماء إلى غير ذلك ينظر فيه (فإن فعله في) حال (الصحة) أو في مرض لم يتصل به الموت (اعتبر من رأس المال) لا من الثالث لإطلاق تصرفه آن ذاك (وإن فعله) أي التبرع المنجز (في مرض الموت أو في حال التحام) أي اختلاط أصحاب (الحرب)

من متكافئين أو قريبي التكافؤ بخلاف قتل بغير التحام وإن حصل التراخي بالسلاح والتحام مع غلبة أحد الجانبين.

ويبدو أن المدار على غلبة الظن بالموت من القتال الحاضر فمن وُجّه نحوه سلاح نارِي رَشَاشُ أو بيد من لا يخطئ الهدف غالباً فهو في حقه مخوف (أو تموج البحر) أو النهر الكبير بالرياح العاصف في حق راكب سفينة سيّرها: بالرياح وإن أحسن السّباحة وقرب من الساحل (أو) في حال (التقديم للقتل) بحقّ أولاً ولو ثبت الحق بإقراره وكذلك أسر من اعتادوا قتل الأسرى (أو) حال (الطلق) لحامل ولو متكررة الولادة لعظم خطره وخرج به مجرد الحمل فليس له حكم المخوف (أو بعد الولادة) لولدٍ مُخلَقٍ (وقبل انفصال المشيمة) بوزن مبيعة قال في المصباح: أصلها مَفْعَلَةٌ بسكون الفاء وكسر العين نقلت كسرتها إلى الشين استثقالا وهي غشاء ولد الإنسان ويقال لغلاف ولد غيره: السَّلَى ومثلها موتُ الولد في البطن في مظنة الولادة بخلاف إلقاء نحو مضغّة وعلقة وما بعد انفصال المشيمة إن لم يحصل لها جراحة أو ضربان شديد وعطف المصنف على فعل الشرط قوله: (واتصلت هذه الأشياء بالموت) بأن وقع بسببها وأصل العبارة واتصل الموت بهذه الأشياء فقلّب إلى الواقع في المتن ومثله يوجد كثيرا وجواب الشرط قوله: (اعتبر) الموصى به تبرعا (من الثلث وإلا) تتصل بالموت (فلا) يعتبر منه بل من رأس المال ويلحق بالمخوف جرح نافذ إلى الجوف أو في مقتل من المقاتل وقيء دائم وكون الوقت وقت وباء وطاعون فيحسب تصرف الناس فيه من الثلث وإن لم يُصب المتبرع بعد إدراك سيل أو نار أو نحو أفعى قتّالة.

ولو شك في كون المرض مخوفا رُجع فيه إلى طبييين عدلين في الشهادة فإن فُقدوا واختلف الوارث والموصى له في ذلك وأمكنت إحالة الموت على سبب آخر أو اختلفا في أن التبرع كان في حال الصحة أو المرض صدق المتبرع عليه بيمينه (فإن عجز الثلث عما نجزه) من التبرعات (في المرض) المخوف وما ألحق به وكانت مُرْتَبَةً كأن أعتق ثم تصدق ثم وهب وأقبض ثم وقف فإن تراخى القبض عن الهبة

اعتبر وقته، لأن الملك متوقف عليه وكقوله: سالم حر وغانم حر لا قوله: سالم وغانم حران (بُدئ) في التنفيذ (بالأول) الحقيقي (فالأول) النسبي وهو الذي يلي الحقيقي وهكذا حتى يتم الثلث لقوة الأول بالسبق وما زاد على الثلث توقّف على الإجازة (فإن وقعت) التبرعات (دفعة) بضم الدال أي متدافعة بمعنى مجتمعة في وقت واحد كقوله: أعتقتكم، أو أعطيتكم كذا وكذا، أو أبرأتكم عن ديونكم وكأن قيل له: فعلت كذا وفعلت كذا وكذا فقال: نعم وكذا لو تصرف وكلاء عنه معاً (أو عجز الثلث عن الوصايا) المعلقة بالموت (متفرقة كانت) أي مترتبة بأن صدرت منه في أوقات من غير شرط ترتيبها (أو دفعة) أي مصطحبة في الحصول منه (قسم الثلث بين الكل) باعتبار القيمة أو المقدار (سواء) في ذلك أكان ثمّ عتق أم لا) هذا كلام إجمالي وتفصيله أنه يُنظر فإن تمحض العتق في هذه أو التي قبلها أفرع بينهم فمن قرع عتق منه ما يفي به الثلث لأن القصد من العتق التخليص من الرق ليستقل بأمره، ولا يحصل الاستقلال بالتشقيص فإن كان المصنف أراد بقسمة الثلث ما يشمل هذا فهو مجاز، وإلا لم يصح كلامه، وإنما أفرع لخبر مسلم: «أن رجلاً أعتق عند موته ستة أعبد لا يملك غيرهم فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأفرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة»، وذكر العلماء أن قيمهم كانت متساوية - والله أعلم - أو تمحض غيره أو اجتمع عتق وغيره قسط الثلث بينها باعتبار القيمة، وإذا عجز ما خصّ العتق عن عبيد مثلًا أفرع بينهما، وإذا اجتمعت المنجزة والوصايا قدمت المنجزة في الحياة للزومها.

وقول المصنف: سواء إلخ للرد على القول: بأنه يقدم العتق في الصورتين لقوته بتشوف الشارع إليه.

قال المصنف رحمه الله:

(وتلزم الوصية بالموت) فقط (إن كانت لغير معين) أي محصور (كالفقراء) والعلماء فلا يشترط قبولهم لتعذرهم فإن انحصروا بأن سهّل عادةً عدّهم اشترط قبولهم ووجبت التسوية بينهم، ويجوز الاقتصار على ثلاثة من غير المحصورين ولا تجب التسوية بينهم (فإن كانت لمعيّن) أي محصور (كزيد) وأهل مسجد كذا وأولاد

فلان كما مرّ وكانت الوصية بغير عتق اشترط قبوله (فالمملك موقوف) عليه إن تأهل وإلا فعلى قبول وليه أو ناظر المسجد مثلاً أما إذا كانت بالعتق كأعتقوا هذا بعد موتي فلا يشترط قبوله، لأن في العتق حقاً لله مؤكداً فأشبهه الجهة العامة (فإن قبل) من ذكر لفظاً لا فعلاً على المعتمد (بعد الموت) للموصي (ولو) قبولاً (متراخياً) لأن الفور إنما يشترط في عقد ناجز يتصل بقوله بإيجابه نعم يلزم الولي القبول فوراً أو الرد كذلك بحسب المصلحة فإن امتنع عنادا انعزل أو تأويلاً ناب عنه الحاكم وجواب الشرط قوله: (حكم بأنه ملكه) بصيغة الاسم أو الفعل الماضي والضمير للموصي به المعلوم من المقام (من حين الموت) فتكون له الفوائد الحاصلة بعده كالثمرة واللين وكسب العبد وعليه المؤن كالنفقة والفطرة (وإن رده حكم بالملك للوارث) فعليه الغرم وله الغنم غير محسوب من التركة فلا يتعلق الدين به، وإن توقف الموصي له عن القبول طولب بالنفقة لمدة التوقف فإن أصر على التوقف خيره الحاكم بين الأمرين فإن أبى حكم عليه بالإبطال كمتحجر امتنع من الإحياء.

(وإن قبل ورد قبل القبض سقط الملك) على ما قال في المهذب: إنه المنصوص لأنه تملك من جهة الآدمي من غير بدل فصح رده قبل القبض قياساً على الوقف وقد نقل النص المذكور البلقيني في حواشي الروضة ورأيت أنه بعيني، ونقل الخطيب عن الأذري أنه الصحيح المنصوص في الأم وجرى عليه العراقيون وعلله بأنه ملكه قبل القبض لم يتم.

لكن الذي قال الخطيب صححه في الروضة كأصلها. وقال الأسنوي: إنه المقتضى به وجرى عليه ابن المقري في روضة.

أقول: واعتمده ابن حجر، والرملّي، والحواشي: أنه لا يصح الرد فلا يسقط الملك كما في قوله (أو) ردّ (بعده) أي بعد القبض (فلا) يصح الرد ولا يسقط الملك، ومن صريح الرد: رددتها أو لا أقبلها أو أبطلتها ومن كنيته: لا حاجة لي بها أو أنا في غنى عنها (ويجوز تعليق الوصية على شرط) يوجد (في الحياة) أي حياة الموصي كأن يقول: من فعل منكم كذا في حياتي فقد أوصيت له بكذا، ومنه التدبير إذا علقه على

صفة كدخول الدار (أو) يوجد (بعد الموت) فيكون على ما ذكره الموصي لأن المسلمين عند شروطهم كما في الحديث، واستدل في المهذب على صحة التعليق بأن الوصية تجوز بالمجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق وما بعد الموت في الوصية كحال الحياة فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز على ما بعد الموت.

(ويجوز) أن يوصي (بالمنافع) كمنفعة الدار فيملك الموصي له المنفعة وله إيجارها وإعارتها والإيضاء بها وتورث عنه ويده على محلها يد أمانة ولو عين المنفعة كالحرث والسكنى والغلة لم يستحق غير المعينة ويملك الموصي له أيضاً الأكساب المعتادة كالاحتطاب لا النادرة كاللقطة ولا الولد بل هو كأمه رقبته للوارث ومنفعته للموصي له إن كانت حاملاً عند الوصية أو حملت به بعد موت الموصي بخلاف ما حدث بين الوصية والموت وإن لم ينفصل إلا بعده فهو للوارث رقبة ومنفعة ولو أُلِّف الموصي بمنفعته فوجب ماله ووجب شراء مثله رعاية لغرض الموصي وتجب مؤنة الموصي بمنفعته على الوارث، لأنه المالك للرقبة وهو قادر على إخراجه عن ملكه إن لم يسمح بها ويبيع ما لم تُؤبَد منفعته صحيحاً مطلقاً كالمستأجر والمؤبَد ولو بالإطلاق يصح بيعه للموصي له دون غيره لعدم فائدته، وإن اجتمعاً على بيعه لثالث صح لوجود الفائدة حينئذ.

(و) تصح الوصية بـ(الأعيان) المعينة كهذا الثوب وهذا الكتاب (وبالمعدوم) حال الوصية (كالوصية بما تحمله) وتضعه (هذه الجارية) أو البقرة أو الشاة مثلاً (أو) تُثْمِرُهُ هذه (الشجرة) لاحتمال الوصية وجوهاً من الغرر فصحت بالمعدوم وتُحْمَلُ الوصية بما تحمله الشجرة أو الدابة على ما تحمله دائماً، لأن ما للعموم، وإذا احتاجت الثمرة الموصي بها أو الشجرة للسقي لم يلزم واحداً من الوارث والموصي له (وبالمجهول) كشيء ومال ويعينه الوارث إن لم يفسره الموصي ومنه الحمل في البطن واللبن في الضرع كما في المهذب (وبما لا يقدر على تسليمه كالأبق) والضال والطيور الطائر، لأن الوارث يخلف الميت في ملك هذه الأشياء فجاز أن يخلفه الموصي له فيها أيضاً.

(وبما لا يملكه الآن) فإذا ملكه قبل موته صار موصىً به على المعتمد (وبما يجوز الانتفاع به من النجاسات) لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها بالهبة والإرث (كالكلب) المعلم أو القابل للتعليم لنحو الحراسة أو الصيد ولو لم يكن الموصى له ممن ينتفع به من ذلك الوجه لتمكُّنه من نقله إلى من له اقتناؤه، وإذا لم يعين الموصي كلباً عيَّن الوارث بخيرته ولو غير ما ينتفع به الموصى له به (والزيت النجس) أي المتنجس لحل الاستصباح به وكالزُّبل لتسميد الأرض والميتة لإطعام الجوارح والخمر المحترمة وهي المتخذة لا بقصد الخمرية أي بقصد استعمالها في حال إسكارها ولو لم يكن كلب للموصي بـكَلْبٍ لَعَتْ وصيته، وإن قال: من مالي لتعذر شرائه ولو كان له كلابٌ ومالٌ وإن قلَّ فأوصى بها كلها نفذت وصيته إذ قليل المال خير من كثير الكلاب، لأنها لا قيمة لها شرعاً.

(لا) الوصية (بما لا ينتفع به منها) أي من النجاسات (كالخمر) الغير المحترمة، وهي المتخذة بقصد الخمرية (والخنزير) إذ لا يحل اقتناء ذلك فينا في مقصود الوصية (وتجوز) وتصح أيضاً أو هي المرادة بالجواز للزومه لها (الوصية للحربي) بغير سلاح وصورتها أن يقول: أوصيت لفلان بكذا وفلانٌ حربي في الواقع لا أن يقول: أوصيت لفلان الحربي، لأن تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق فيكون كأنه أوصى له لأجل صفته ولا أوصيت لأهل الحرب لظهور قصد جهة المعصية في هذين دون الأول وكذا قوله: (والذمي والمرتد) والمعاهد والمستأمن فتصح لهم لا بعنوان الكفر أو الردة ولأهل الذمة والعهد بغير نحو مصحف قياساً على حل الصدقة عليهم لا لمن يرتد أو يحارب ومحل صحتها للمرتد إذا لم يمت على رده (ولقاتله) كأن يوصي لمن يقتله بحق أو يوصي لشخصٍ فيتفق قتله له ولو عمداً ظلماً، لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة لا الإرث فلو قال: أوصيت لمن يقتلني لم تصح إلا إن جاز قتله (وكذا لوارثه عند الموت إن أجازها بقية الورثة) وهم مُطَلَّقُ التصرف.

قال الرملي: للخبر بذلك وإسناده صالح وبه يخص الخبر الآخر: «لا وصية لوارث» يريد بالخبر المخصَّص حديث ابن عباس: «لا تجوز الوصية لوارث إلا أن

يشاء الورثة» وَيُرَوَّى: «إلا أن يجيزها الورثة» ومثله من حديث عمرو بن خارجة عند الدارقطني، والبيهقي، وقد قال الحافظ في الأول: إنه من مرسل عطاء الخراساني ووصله يونس ابن راشد فقال عن عكرمة عن ابن عباس والمعروف المرسل، وقال البيهقي في الثاني: إنه من وجه ضعيف ولعله، لأن في إسناده إسماعيل بن مسلم وأراه المكِّي والكلام فيه كثير أما إن كان فيهم محجور فتوقف إلى أن يتأهل على المعتمد وكالوصية إبراء الوارث وهبته والوقف عليه نعم لو وقف عليهم الثلث فما دونه على قدر نصيبهم نفذ بلا إجازة ولا بد في الإجازة من معرفة قدر المجاز أو عينه ووقتها بعد الموت كما في السابق والوصية لكل وارث بقدر حصته لغو أو بعين هي قدر حصته صحيحة تحتاج إلى الإجازة إذ قد تختلف الأغراض في الأعيان (و) تصح (للحمل) من حليل أو شبهة أو زنا (فتدفع) الوصية بمعنى الموصى به ففيه استخدام (لمن) أي لحمل (علم وجوده عند الوصية إذا انفصل حياً) حياة مستقرة وإلا لم يستحق شيئاً كالإرث وإنما يعلم وجوده عندها (بأن تلده) الحامل (لدون ستة أشهر من الوصية) سواء كانت فراشا أو لا (أو فوقها) أي فوق دونها فهو على حذف مضاف، ولو قال: فوqe كان أوضح، لأن للسته حكم ما فوقها لكن ربما يقال: إن حكم الستة يفهم بطريق الأولى من حكم ما فوقها فلا فرق بين التعبيرين بالنسبة لمنطوق المتن فالحاصل أنها إذا ولدت للسته فما فوقها (ودون أربع سنين و) الحال أنه (لا زوج لها ولا سيد يطؤها) كل منهما أي يمكن أن يطأها لا كمنسوح إذ هو كالمعدوم استحق الوصية لأن الظاهر وجوده عند الإيضاء، أما إذا كانت فراشا وأمكن كون الولد منه بأن تلده لسته أشهر فأكثر من أوله لم يستحق لاحتمال حدوثه بعد الوصية فلا يستحق مع الشك وكذا لو لم تكن فراشا وانفصل لأكثر من أربع سنين من الوصية للعلم بحدوثه بعد الوصية والكلام فيمن علم كونها فراشا في السابق ثم انقطع، أما من لم يعرف لها ذلك قط فلا يستحق حملها الوصية إن انفصل لسته أشهر فأكثر من الوصية، ويستحق فيما دونها.

هذا وقد أدخل المصنف اللام الجارة على كلمة دون وهو ممنوع عند البصريين

غير الأخفش، قال السيوطي في همع الهوامع: وهو ممنوع التصرف عند سيبويه وجمهور البصريين، وذهب الأخفش والكوفيون إلى أنه يتصرف لكن بقليةٍ وخَرَجَ عليه: ﴿وَمَتَادُونَ ذَلِكَ﴾ [الجن: ١١] فقال: دون مبتدأ وبُني لإضافته إلى مبني والأولون قالوا تقديره ما دون ذلك فحذف ما وقال الشاعر:

ألم تريا أنني حमितُ حقيقتي وباشرتُ حدَّ الموتِ والموتُ دونُها
وقال آخر:

وغبراءَ يحمي دونها ما وراءها ولا يخطئها الدهرُ إلا المخاطرُ
وحقيقة الرجل: ما يلزمه حفظه والدفاع عنه.

وأما فوق ففي حاشية الخضري أن بعضهم أجاز تصرفها وخَرَجَ عليه ما رواه بعضُ رُواة البخاري بلفظ: «وفوقه عرش الرحمن» و«يتوقد تحته ناراً» بمعنى العالي والسافل.

قال المصنف رحمه الله:

(وإن أوصى لعبد) أو أمة لغيره ولو مكاتباً فاستمر رقه إلى موت الموصي (فقبل) العبد الوصية صح و(دفع) الموصي به (إلى سيده) بخلاف ما إذا قبل السيد مع أهلية العبد للقبول فلا يصح فإن كان غير أهل لنحو جنون صح قبول السيد وليس له إجبار الأهل على القبول بل لو قبل مُجبراً لم يصح، وإذا امتنع من القبول أو الرد فكما مرّ في الحرّ ومحل صحتها بقبوله للسيد إذا لم يقصد الموصي تملك العبد فإن قصده لم تصح بناء على عدم إمكان تملكه، وإن أوصى لدابة فإن قصد تملكها أو أطلق بطلت أو قصد علفها أو قال: ليصرف في علفها صحت وصرف في مؤنتها، لأنها على مالكة فكان المقصود بالوصية، ويصرفه عليها الوصي أو نائبه أو الحاكم أو قيمه فإن انتقل ملكها قبل موت الموصي انتقلت الوصية للمالك الثاني أو بعده فلا ولو مات الموصي قبل بيان مراده رُجع إلى وارثه فإن قال لم يرد العلف حلف وبطلت الوصية وكذا إن قال: لا أدري.

(وإن أوصى بشيء ثم رجع عن الوصية) به أو ببعضه (صح الرجوع وبطلت الوصية) إجماعاً وقياساً على الهبة قبل القبض أولوياً، ويحصل الرجوع بنحو نقضت الوصية أبطلتها. رجعت فيها... وهي صرائح وبقوله: هذا لوارثي مثلاً (وإزالة الملك فيه) أي في الموصى به (كالبيع والهبة) ولو بلا قبض والإعتاق والوقف والإصداق وكل تصرف ناجز لازم (أو تعريضه) أي الملك (لزواله بأن) أي كأن (دبره) أي العبد الموصى به (أو كاتبه أو رهنه) أي الشيء الموصى به (أو عرضه على البيع) أي ساوم به (أو أوصى) أو وكل (ببيعه) أو عرض عليه (أو أزال اسمه) أي غيره وهذا - في رأيي - عطف على التوهم، لأنه معطوف على قوله: تعريضه من عطف الفعل على الاسم وذلك (كأن طحن القمح) الذي وصى به (أو عجن الدقيق) الذي أوصى به (أو نسج الغزل) كذلك (أو خلطه إذا كان معيناً) بحيث لا يمكن التمييز (بغيره) المماثل له أو الأجود أو الأردأ بخلاف اختلاطه من غير أمره فكل ذلك (رجوع) عن الوصية لدلالة التصرف على الإعراض عنها وإشعار التعريض والتغيير به ولعدم إمكان التسليم في الخلط. أما إذا لم يكن الموصى به معيناً كأن أوصى بثلث ماله فالتصرف في المال أو إهلاكه كله لا يكون رجوعاً عن الوصية، لأن العبرة بثلثه عند الموت لا الوصية.

والحاصل أن ما أشعر بالإعراض إشعاراً قوياً ولم يُزَلْ به الاسم يكون رجوعاً إذا كان منه أو من مأذونه وما زال الاسم به تبطل الوصية به وإن كان من أجنبي لم يأذن له بناءً على أنهما علتان مستقلتان وهو المعتمد قاله في النهاية.

(وإن مات الموصى له قبل) موت (الموصي) أو معه (بطلت الوصية) لعدم لزومها (وإن مات) الموصى له (بعده) أي بعد الموصي (وقبل القبول) والرد لم تبطل (فلوارثه) وللإمام عند فقد الوارث الخاص (قبولها وردها) لأنه خليفته فإن قَبِلَهَا قُضِيَ منها دين كان على مورثه، والله أعلم.

كتاب الفرائض

يُبْدَأُ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ بِمُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ قَبْلَ الدُّيُونِ وَالْوَصَايَا وَالْإِرْثِ، إِلَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ حَقٌّ كَالزَّكَاةِ وَالرَّهْنِ وَالْجَانِي، وَالْمَبِيعِ إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي مُفْلِسًا، فَإِنَّ حُقُوقَ هَؤُلَاءِ تُقَدَّمُ عَلَى مُؤْنَةِ التَّجْهِيزِ وَالدَّفْنِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تُقْضَى دُيُونُهُ، ثُمَّ تُنْفَذُ وَصَايَاهُ، ثُمَّ تُقَسَّمُ تَرِكَتُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ.

والوارثون من الرجال عشرة: الابنُ وابنه وإن سفلَ، والأبُ وأبوه وإن علا، والأخ شقيقًا كان أو لأبٍ أو لأُمٍّ، وابنُ الأخ الشقيق أو لأبٍ، والعمُّ الشقيقُ أو لأبٍ، وابنهما، والزَّوجُ والمُعْتَقُ.

والوارثات من النساء سبع: البنتُ وبنْتُ الابنِ وإن سفلَ، والأُمُّ والجَدَّةُ أُمُّ الأُمِّ، وأُمُّ الأبِ وإن علتُ، والأختُ شقيقةً كانت أو لأبٍ أو لأُمٍّ، والزَّوجَةُ والمُعْتَقَةُ.

وأما ذوو الأرحام، وهم: أولادُ البناتِ، وأولادُ الأخواتِ، وبنوهنَّ وبنائهنَّ، وبناتُ الإخوةِ، وبناتُ الأعمامِ، والعمُّ للأُمِّ؛ أي: أخو الأبِ لأُمِّه، وأبو الأُمِّ، والخالُ والخالةُ، والعمَّةُ، ومن أدلى بهم، فلا يرثونَ عندنا بطريقِ الأصالةِ بل إذا فسَدَ بَيْتُ المالِ كما سيأتي.

موانع الإرث:

وموانع الإرث أربعة:

الأول: القتل:

فَمَنْ قَتَلَ مُورَثَهُ لَمْ يَرِثْهُ، سِوَاءَ قَتَلَهُ بِحَقِّ كَالْقِصَاصِ، أَوْ فِي الْحَدِّ، أَوْ بغيرِهِ، خَطَأً كَانَ أَوْ عَمْدًا، مُبَاشَرَةً كَانَ أَوْ سَبِيًّا، مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِمَا يوجبُ الْقِصَاصَ، أَوْ حَفَرَ بئْرًا فَوَقَعَ فِيهَا، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا يَرِثُهُ مَتَى كَانَ لَهُ مَدْخَلٌ فِي قَتْلِهِ بِأَيِّ طَرِيقٍ كَانَ.

الثاني: الكُفْرُ:

فلا يرثُ مُسْلِمٌ مَنْ كَافَرَ، وَلَا كَافِرٌ مَنْ مُسْلِمًا، وَلَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْحَرَبِيُّ إِلَّا مَنْ الْحَرَبِيُّ، وَأَمَّا الذَّمِيُّ وَالْمُعَاهِدُ وَالْمُسْتَأْمَنُ فَيَتَوَارَثُونَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ،

وإن اختلفت مِلَّتُهُمْ ودارُهُمْ، وأما المُرْتَدُّ فلا يرثُ.
الثالث: الرُّقُّ:

فالرَّقِيقُ لا يرثُ، ولا يورثُ، ومن بَعْضُهُ حُرٌّ لا يرثُ، لكن يورثُ بما جمعه
ببَعْضِهِ الحُرِّ.

الرابع: استبهاؤُ وقتِ الموتِ:

فإذا ماتَ مُتوارِثانِ بغيرِ أو تحت هدمٍ ولم يُعلمِ السابقُ منهما، لم يرثِ أحدهُما
من الآخرِ.

قال المصنف رحمته:

(كتاب الفرائض)

أصل الفرائض جمع فريضة من الفرض وهو في اللغة: القطع والتقدير والتبيين
والإنزال والإحلال والعطاء والقراءة والإيجاب والشق والحز وغيرها، وفي التاج أنه
يقال: أصل الفرض: قطع الشيء الصُّلبِ ثم استعمل في التقدير لكون المفروض
مقتطعا من الشيء الذي يقدر منه.

وقال الرملي في حواشي شرح الروض: فيجوز أن يكون الفرض حقيقة في هذه
المعاني أو في القدر المشترك بينها وهو التقدير... وأن يكون حقيقة في القطع مجازا في
غيره لتصريح كثير من أهل اللغة بأنه أصله. اهـ. ويبدو لي أن الأخير أولى، والفرض
هنا في الاصطلاح نصيب مقدر شرعا للوارث فالفريضة بمعنى المفروض فيها هي
المسألة التي فيها ذلك والفرائض مسائل قسمة الموارث غلبت الفروض فيها على
التعصيب لفضلها بتقدير الشارع لها ولكثرتها ثم صار علما على هذا الفن المتعلق
بقسمة الموارث وهو العلم الموصل لمعرفة قدر ما يثبت لكل ذي حق من التركة.

والأصل فيه آيات الموارث وأحاديث كخبر الصحيحين: «ألحقوا الفرائض
بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكّر» والفرائض فيه بمعنى الفروض وحدها بقرينة ما
بعدها وفائدة ذكّر بعد رجل بيان أن المراد مقابل الأنثى مطلقا لا البالغ.

وحديث ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيُقبَضُ وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما» عزاه الحافظ في التلخيص إلى النسائي، والحاكم، والدارمي، والدارقطني كلهم من رواية عوف عن سليمان بن جابر عن ابن مسعود وفيه انقطاع. ١.هـ. وعوف هو الأعرابي ابن أبي جميلة قال في التقريب: ثقة رمى بالقدر وبالتشيع وسليمان بن جابر قال في التقريب: مجهول.

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «تعلموا الفرائض فإنها من دينكم وإنه نصف العلم وإنه أول ما ينزع من أمتي» قال في التلخيص: رواه ابن ماجه، والحاكم، والدارقطني، ومداره على حفص بن عمر بن أبي العطف وهو متروك. ١.هـ. وفي تقريبه أنه ضعيف فقط، ونقل في التلخيص عن ابن الصلاح أن النصف هنا بمعنى القسم الواحد وإن لم يتساويا.

وعلم الفرائض يحتاج إلى ثلاثة علوم علم النسب وعلم الحساب وعلم الفتوى أي أن يعلم نصيب كل وارث من التركة.

قال المصنف رحمته:

(يبدأ) وجوبا (من تركة الميت) وهي ما خلفه من مال أو اختصاص أو حق فتصدق بخمر تخللت بعد موته وصيد وقع بعد موته في شبكة نصبها في حياته ومن ابتدائية، وقوله: (بمؤنة تجهيزه) أي بإخراجها على ما يليق به بحسب يساره وإعساره وهي ما يحتاج إليه الميت من كفن وحنوط وماء غسل وأجرة غسل وحفر ودفن وغيرها لقوله صلى الله عليه وسلم في الذي وقصته ناقته محرماً: «كفنوه في ثوبيه» ولم يسأل هل عليه دين أو لا؟ وللقياس على تقديم حاجات المفلس على ديون الغرماء وتستثنى الزوجة وخادمها فإن تجهيزهما على زوج غني تلزمه مؤنتهما ومثلها البائن الحامل ومثل الميت صاحب التركة: من تلزمه مؤنته إن سبقه موتا فلو لم تف تركته إلا بتجهيز أحدهما قدم هو أو مات جمع من مؤنبيه دفعة قدم من يخشى تغييره ثم الأب لعظم حرمة ثم الأم ثم الأقرب فالأقرب، ويقرع بين مستويين كزوجتين وتقدم

الزوجة على الأقارب ثم خادمها كما في النفقة ويقدم أب على ابن وابن على أم وبالغ على صبي وهو على خنتى فإن استوا أقرع بينهم أما إذا ترتبوا موتا فيقدم السابق إن لم يخش تغير غيره ولو مفضولا. كذا في النهاية.

قال المصنف رحمته:

(ودفنه) من عطف الخاص على العام فإن دفنه من تجهيزه وقوله: (قبل الديون والوصايا والإرث) حال مؤكدة لعاملها وصاحبها قوله: مؤنة ويلزم من تقديمها على الديون تقديمها على ما بعدها فذكره إيضاح (إلا أن يتعلق بعين التركة حق) بغير حَجْرٍ في الحياة (كالزكاة) أي كمالها الذي وجبت فيه قبل موته ولو كانت من غير الجنس، لأنه كالمرهون بها (و) العبد (الجاني) المتعلق برقبته مال ولو بالعفو عليه عن القصاص فالمجني عليه مقدم على غيره بأقل الأمرين الأرش والقيمة سواء جنى بإذن السيد أو لا لا المتعلق به قصاص أو بدمته مال كأن اقترض من غير إذن فلا يقدم مجنيه ولا دائئه على غيره.

(والمبيع) بضمن في الذمة (إذا مات المشتري مفلسا) بالثمن ولا مانع من الفسخ كالرهن.

والتأخير للفسخ بلا عذر فيمكن البائع من الفسخ ويفوز به وكمال القراض إذا مات المالك قبل قسمة الربح فإن حق العامل مقدم على التجهيز وكمسكن المعتدة عن الوفاة بالوضع (فإن حقوق هؤلاء) المفهومين من المقام وهم مستحقو الزكاة والمرتهن والمجني عليه، والبائع مع من زدناهما (تقدم على مؤنة التجهيز والدفن) إثارا للأهم كما تقدم في حياته على حقه (ثم بعد ذلك) من إخراج الحقوق ومؤن التجهيز (تقضي ديونه) المتعلقة بدمته من رأس المال سواء كانت لله تعالى أو لآدمي ويقدم دين الله كالزكاة بعد هلاك المال كله، والكفارة والحج على دين آدمي عكس الحياة أما المتعلقة بعين التركة فقد تقدم ذكرها (ثم تنفذ وصاياها) وما ألحق بها من عتق علق بالموت وتبرع نجز في مرض الموت أو ما ألحق به وذلك لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنًا﴾ [النساء: ١١] وإنما قدمت الوصية في الآية ذكراً لأن

من شأنها أن تُشَقَّ على الورثة لكونها بلا عوض دنيوي بخلاف الدين فُقِدَّتْ حَثًّا لهم على إخراجها والإسراع بتنفيذها ومعلوم أن تنفيذ الوصايا من ثلث الباقي بعد الدين (ثم تقسم تركته) الفاضلة عمَّا ذُكِرَ (بين ورثته) على الوجه الآتي بيَّانه ومعنى تأخر هذا المفادِ بثُمَّ أن الورثة إنما يتسلطون على التصرف في التركة حينئذٍ وإلا فالدين والوصية لا يمنعان الإرث بدليل فوزهم بزوائد التركة.

ولما ذكر القسمة بين الورثة أتبعها بيانهم فقال: (والوارثون) المجمع على إرثهم (من الرجال) أي الذكور وقُدِّموا لشرفهم (عشرة) بالاختصار وخمسة عشر بالسط: (الابن وابنه وإن سفل) قدموه تأسيا بالقرآن ولأنه أكثر نصيبا في التركة، ولأن المال إنما يوفره غالب الناس ليربى عليه أولادهم بعد موتهم فاهتمامهم بهم أكثر من اهتمامهم بوالديهم إن كانوا أحياء فُقِدُّمُوا في الذكر جريا على عادة العرب من تقديم الأهم فالهم ذكرا ولم يكتف المصنف بقوله، وإن سفل عن قوله وابنه إشارة إلى إخراج ابن البنت على أنه لا يعترض باللاحق على السابق وإنما بالعكس كما يقولون. (والأب وأبوه وإن علا) قدَّمهم لأصالتهم ووكادة حقهم وحجبهم في الجملة للحواشي.

(والأخ شقيقا كان أو لأب أو لأم) فالأخيران زائدان على العشرة. (وابن الأخ الشقيق أو) الذي (لأب) وحذف الموصول جائز أو الجار والمجرور معطوف على النعتية كما في آية: ﴿وَأَيَّةٌ لَهُمْ أَيْلٌ نَسَلَخُ مِنْهُ النَّهَارَ﴾ [يس: ٣٧] على أحد الوجهين فيها.

(والعم الشقيق) أي أخو الأب أو الجد لأبيه وأمه (أو لأب) الكلام فيه مثله في سابقه (وابنهما) أي العمُّ الشقيق والذي للأب ومن عدا الشقيق وابنه في الثلاثة خارج عن العشرة.

(والزوج) أخروه لأصالة النسب وطروّ الزواج. (والمعتق) أي جنسه والمراد به هنا من يرث بالولاء فيشمل المعتق مباشرة ومعتقه وعصبته فلو اجتمع الذكور وحدهم ورث منهم ثلاثة الابن والأب والزوج وحجِبَ مَنْ

عدهم إجماعاً ابن الابن: بالابن والجد: بالأب والباقون: بهما أو بالابن كما سيأتي والمسألة من عدد اثني عشر يحصل من ضرب نصف مخرج السدس للأب وهو ستة في مخرج الربع للزوج وهو أربعة أو عكسه للأب سدسه وهو اثنان وللزوج ربه وهو ثلاثة والباقي للابن بالعصوبة فالمراد بالوارثين من لهم إرث في الجملة لا دائماً.

وكذا قوله: (والوارثات) المجمع على إرثهن (من النساء) أي الإناث وفائدة ذكر الجار والمجرور هنا وفي سابقه مع معرفة الجنس من الصيغة: دفع توهم التغليب قبل معرفة التفاصيل، والله أعلم (سبع) باختصار وعشر بالبسط وهن:

(البنت وبنت الابن وإن سفل) الابن وعود الضمير على المضاف إليه وإرد وإن كان قليلاً وجعل منه: ﴿أَوْلَحَمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥] ولم يقل: وإن سفلت لإيهامه دخول بنت بنت الابن مثلاً وليس مراداً.

(والأم) أي والددة الميت مباشرة (والجددة أم الأم وأم الأب وإن علت) أي الجددة متصلة بنساء فقط أو رجال فقط أو بنساء إلى رجال فخرجت أم أبي الأم مثلاً فإنها من ذوات الأرحام كما سيذكره فاتكل عليه أو على خيرة المعلم أو لأن أبا الأم لا يقال له: أب شرعاً ولم يقل: وإن علا كسابقه لعدم شموله للمدلية بإنات فقط أو بإنات إلى ذكر.

(والأخت شقيقة كانت أو لأب أو لأم) هاتان مع الجددة من جهة الأب خارجات عن السبع وبهن تكمل العشر.

(والزوجة) الأجود لغة حذف التاء من الزوجة كما في: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ رَوْحٍ مَّكَانَ رَوْحٍ﴾ [النساء: ٢٠] لكن يستعملها الفقهاء بالتاء فرقا بينها وبين رجلها ويتعين ذلك في الفرائض لئلا يلتبساً في بعض المواضع ويُقل عن إمامنا الشافعي أنه يستعمل المرأة مكان الزوجة. قال الخطيب: وهو حسن وكأنه لأن غيرها من النساء هنا لها اسم خاص كالأم والجددة والأخت فينصرف لفظ المرأة إلى الزوجة، والله أعلم.

(والمعتقة) أي ذات الولاء فهو كسابقه مجاز من إطلاق اسم المملوك على اللازم أو من استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه معاً وهو جائز عند الشافعي ومن يليه.

من الجانبين للذكر مثل حظ الأنثيين. ا.هـ. وفي قول إن لكل من الزوجين الثمن فلهما ربع المال وفي حاشية سم على التحفة نقلا عن شرح الفصول أنه يحتمل أن أصل المسألة أربعة وعشرون باعتبار السدسين مع ربع الزوج وثمان الزوجة نظرا إلى الأصل وإن لم يأخذا إلا الربع موزعا عليهما بقدر فرضيهما يعني ويكتفي بمخرج الثمن عن مخرج الربع لتداخلهما وعليه فلو قال: مع ثمن الزوجة واقتصر عليه كان أوضح وتماهه أن يقال فتضرب الأربعة والعشرون بستة عدد الأولاد بتضعيف الذكزين تبلغ مائة وأربعة وأربعين أو تضرب في مخرج الثلث تبلغ اثنين وسبعين قال سم ويحتمل أن يقال: أصلها ثمانية وأربعون نظرا إلى أن الزوجة تأخذ نصف الثمن ومخرجها يوافق مخرج السدس بالنصف فيكون أصلا زائدا على الأصول المعروفة. ا.هـ. بتصرف. وتماهه أن يقال: للأبوين السدسان ستة عشر وللزوجين اثنا عشر وما بقي للأولاد لا ينقسم فتضرب المسألة بمخرج الثلث تبلغ مئة وأربعة وأربعين ومنه تصح.

قال المصنف رحمته:

(وأما ذوو الأرحام) وهم هنا: مَنْ سَوَى المذكورين من الأقرباء وفي اللغة جميع الأقرباء وقال في الروضة: كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبه وبينهم المصنف بالعد كالمحتاج فقال: (وهم أولاد البنات وأولاد الأخوات) الشقائق وغيرهن وقوله: (بنوهن وبناتهن) تفصيل للأولاد وضمير النسوة للبنات والأخوات معاً والقاعدة أن الولد يطلق على الذكر والأنثى (وبنات الإخوة) مطلقاً وأسقط المصنف هنا بني الإخوة من الأم أو سقط من ناسخ، ثم رأيت في نسخة الفيض عقب أولاد البنات. (وبنات الأعمام) كذلك (والعم للأم) وفسره بقوله: (أي أخو الأب) أو الجد (لأمه) لثلاثي توهم أن المراد عم أم الميت مع أنه ليس مراداً هنا وإن شمله قولهم الآتي ومن أدلى بهم ويفهم بطريق الأولى من قولهم: (وأبو الأم والخال) أي أخوها شقيقاً أو غيره (والخال) أي أختها كذلك (والعمة) أي أخت الأب من الجهات الثلاث، ويبدو أن الأنسب ذكرها عقب العم للأم ووجه تأخيرها أن تكون بجانب الخالة،

لأنهما تُذكران معاً في الأحاديث كالقرآن وفي سائر الكلام بتقديم العمة وعكس هنا لمناسبة الخالة للخال، والله أعلم. هذا ما وقع لي بعد التوقف.

قال المصنف رحمه الله:

(ومن أدلى بهم) أي اتصل سواء كان من أعلى أو من أسفل أو من جانب (فلا يرثون) جواب أما (عندنا) معاشر الشافعية (بطريق) أي وجه (الأصالة) أي وجه هو الأصالة في الإرث (بل) بوجه هو النيابة (إذا فسد) أي لم ينتظم (بيت المال) بفقد الإمام أو فقد أهليته كأن يجور مع فقد ذوي الفروض والعصبات جميعهم فتصرف التركة إلى ذوي الأرحام (كما سيأتي) أو آخر كتاب الفرائض إن شاء الله.

هذا وفيما ذكره المصنف إشارة إلى أن أسباب الإرث أربعة وهي: القرابة، والنكاح، والولاء، وهذه مجمع عليها والرابع عند الشافعية والمالكية دون الحنفية والحنبلة كما في النهاية هو جهة الإسلام فتصرف التركة عند فقد جميع الورثة وما فضل منها عند وجود ذي فرض لبيت المال إرثاً للمسلمين لحديث المقدم بن معدي كرب أنه صلى الله عليه وسلم قال: «أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه...» الحديث قال في التلخيص: رواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه، والحاكم وصححه، وابن حبان وفيه: «والخال وارث من لا وارث له» قال: وحكى ابن أبي حاتم عن أبي زرعة أنه حديث حسن وأعله البيهقي بالاضطراب قال: وفي الباب عن عمر رضي الله عنه رواه الترمذي بلفظ: «الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له»، وعن عائشة رضي الله عنها رواه الترمذي، والنسائي، والدارقطني...

قال المصنف رحمه الله:

(وموانع الإرث أربعة):

(الأول: القتل) وإن كان غير مضمون (فمن قتل مورثه) أي من بينه وبينه سبب إرث (لم يرثه) وفيه حديث: «ليس للقاتل ميراث» عزاه في التلخيص إلى ابن ماجه، والموطأ، والشافعي، وعبد الرزاق، والبيهقي من حديث عمر قال: وهو منقطع، وحديث ابن عباس: «لا يرث القاتل شيئاً»، وحديث أبي هريرة: «القاتل لا يرث»

وغيرها وكلُّ فيه مقال لكن قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن القاتل عمدا لا يرث من مال من قتله ولا من دينه شيئا وأجمعوا على أن من قتل خطأ لا يرث من دينه شيئا قال: واختلفوا في إرثه من سائر ماله فذكر القائلين من الجانيين، وذكر أن المنع قول عمر، ورؤي عن ابن عباس وأنه مذهب أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد وأن مالكا من المورثين له.

وعلة المنع تهمة استعجاله موته في بعض الصور وسدُّ الباب في غيره وأن الإرث للموالاتة وقد قطعها القاتل، أما المقتول فقد يرث من قاتله كأن يجرحه ثم يموت الجرح قبل موت المجروح من ذلك الجرح.

قال المصنف رحمه الله:

(سواء) في منع القتل من الإرث (قتله بحق كالقصاص أو في الحد) كالرجم بأن كان إماما أو مأموره وسواء (خطأ كان) القتل (أو عمدا) قدم المصنف في هذا وسابقه ما هو أخفُّ مبالغة في الحكم بالمنع من الإرث وفي الرد على المخالف وقدم الأثقل في قوله: (مباشرة كان) بأن يقتله بنفسه (أو سببا) أي تسببا عملا بالأصل وذلك (مثل أن يشهد عليه بما يوجب القصاص (أو) شرطا كأن (حضر بئرا) عدوانا (فوقع فيها) أي في البئر وهي مؤنثة كما في قوله تعالى: ﴿وَبِئْرٍ مُّعَطَّلَةٍ﴾ [الحج: ٤٥] ولا ينقضي العجب ممن يتصدى لشرح كتاب بلا معرفة ثم لا يرجع أقرب الكتب إليه بل يرسل الكلام رجما بالغيب.

قال المصنف رحمه الله:

(والحاصل أنه لا يرثه متى كان له مدخل) أي دخول (في قتله بأي طريق) أي وجه (كان) الدخول وكان المصنف لا يرى اشتراط العدوان في حفر البئر، وقد أطال الكلام فيه صاحب التحفة.

ذكر المذاهب في إرث القاتل:

لخص صاحب الترشيح آراء المذاهب الأربعة في إرث القاتل فقال: وقد اختلف الأئمة في القاتل الذي لا يرث فعندنا معاصر الشافعية لا يرث القاتل من مقتوله بحال وإن كان مكرها أو حاكما أو قاضيا أو جَلادا أو شاهدا أو مزكيا

لشاهد أو مزك أو غير مكلف كصبي ومجنون ونائم بأن انقلب على مورثه فقتله ولو قصد فيه مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب وبطه الجرح للمعالجة وسقيه دواءً لذلك فالقاتل مستعمل في حقيقته ومجازه... إلى أن قال: نعم يرث المفتي ولو في مُعَيَّنٍ وراوي خبر موضوع به أي بالقتل: ومثل المفتي وراوي الخبر: القاتل بالعين والقاتل بالحال ومن أحبل زوجته فماتت بالولادة فإنه يرثها... قال: وعند المالكية لا يرث قاتل العمد العدوان لا من مال ولا من دية ويرث قاتل الخطأ من المال دون الدية وعند الحنفية: كل قتل أو جب الكفارة منع الإرث وما لا فلا إلا القتل العمد العدوان فإنه لا يوجب الكفارة عندهم ومع ذلك يمنع الإرث وعند الحنابلة: كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة فإنه يمنع الإرث وما لا فلا. ا.هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(الثاني) من الموانع: (الكفر) يعني اختلاف الدين بالكفر والإسلام ليظهر التفرع في قوله: (فلا يرث مسلم من كافر ولا كافر من مسلم) لخبر الصحيحين: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» وأخرجه أصحاب السنن أيضًا قاله في التلخيص: ولانقطاع الموالاة بينهما وللإجماع في الثاني قاله في شرح المنهج وسواء أسلم الكافر قبل قسمة التركة أو لا وسواء القرابة والنكاح والولاء كما في الترشيح.

قال صاحب التحفة والنهاية: وخبر الحاكم الذي صححه: «لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته»: مؤول بأن ما بيده للسيد كما في الحياة لا الإرث الحقيقي من العتيق، لأنه سماه عبده على أنه أعل. ا.هـ. وإعلاله ما حكاه البيهقي عن الدارقطني أن المحفوظ كونه موقوفًا لا مرفوعًا، وقد اقتصر ابن المنذر على ذكر الموقوف.

(ولا يرث الكافر الحربي إلا من الحربي) مثله لانتفاء الموالاة بينه وبين غيره. (وأما الذمي والمعاهد والمستأمن فيتوارثون بعضهم) يرث (من بعض) فهذه الجملة تؤكد لقوله: يتوارثون أو مستأنفة للتعليل كأنه قال: لأن بعضهم من بعض قال الله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، (وإن اختلفت مللهم) كاليهودية والنصرانية والمجوسية لأن جميعها كالملة الواحدة ويتصور ذلك

بأن يتوالد يهودي ونصرانية أو بالعكس فيختار بعضُ أولادهما دينَ أحدهما وبعضُ آخرُ دينَ الآخر (و) كذا لو اختلفت (دارهم) كأن يكون الذمي بدار الإسلام وغيره بدار الحرب.

(وأما المرتد) عن الإسلام حال الموت (فلا يرث) أحدًا وإن أسلم بعد موت المورث (ولا يورث) أيضًا إذ لا مناصرة بينه وبين أحد، لأنه مهدر الدم نعم يستوفي قودَ طرفه وحدَّ قذفه من كان يرثه لولا الردة ومأله: فيءٌ سواء كسبه في الردة أو في الإسلام في الصحة أو في المرض.

قال المصنف رحمته:

(الثالث: الرق فالرقيق) ولو مكاتبًا أو مدبرًا أو أم ولد (لا يرث) إذ لو ورث لملكه منه سيده وهو أجنبي عن الميت (ولا يورث) المكاتب من الرقيق أما غيره فلا ملك له أصلاً فلا يمكن إرثه (ومن بعضه حر لا يرث) لنقصه وللزوم المحذور السابق فيه أيضًا (لكن يورث بما جمعه) أي ملكه (ببعضه الحر) المتبادر كون الجازين سببين ويحتمل كون الأول زائدا وما نائب فاعل يورث وذلك لتمام ملكه عليه.

(الرابع: استبهام وقت الموت: فإذا مات متوارثان) يعني من قام بهما أو بأحدهما سبب إرث (بغرق أو تحت هدم) بفتحيتين وهو ما تهدم من جوانب البئر فسقط فيها على ما في القاموس والذي في المعجم الوسيط أنه كل ما تهدم فسقط وهذا هو المراد هنا (ولم يعلم السابق منهما) بأن علم موتهما معا، لأن السالبة تصدق بنفي الموضوع أو لم يعلم سبق ولا معية أو علم سبق ولم يعلم عين السابق وهذا هو المتبادر من العبارة أي ولم يُرَجَّح بيانه (لم يرث أحدهما من الآخر) لإجماع الصحابة رضي الله عنهم عليه، ولأن الله إنما ورث الأحياء من الأموات فمن لم تعلم حياته عند موت صاحبه لا يرث كالجنين إذا خرج ميتا ولأننا إن ورثنا أحدهما فقط كان تحكما وإلا تيقنا الخطأ، لأنهما إن كانا ماتا معا ففيه توريث ميت من ميت أو متعاقبين ففيه توريث ميت من حيٍّ فيقدر أن كُلا لم يُخلف الآخر ويُجعل مالٌ كلُّ لباقي ورثته، أما إذا جهل عين السابق ورُجِحَ بيانه أو علم السابق ثم نُسِيَ فيوقف للبيان أو الصلح.

فصل في ميراث أهل الفروض

أعني الفروض الستة المذكورة في القرآن، وهي: النصف والرُّبُع والثُّمْنُ والثُّلثانِ والثُّلثُ والسُّدُسُ.

وهي لعشيرة: الزوجان والأبوان والبنات وبنات الابن والأخوات والجدُّ والجدَّاتُ والإخوةُ والأخواتُ من الأمِّ.

١ - الزوج: فله النصفُ مع عدم ولدٍ، أو ولدِ ابنٍ وارثٍ، وله الرُّبُعُ مع الولدِ، أو ولدِ الابنِ.

٢ - الزوجة: فلها الرُّبُعُ مع عدم الولدِ، أو ولدِ ابنٍ وارثٍ، ولها الثُّمْنُ مع الولدِ، أو ولدِ الابنِ، وللزوجتينِ والثلاثِ والأربعِ ما للواحدةٍ من الربعِ والثلثِ.

٣ - الأب: فله السُّدُسُ مع الابنِ وابنِ الابنِ، فإن لم يكن معه ابنٌ ولا ابنِ ابنٍ فهو عَصَبَةٌ كما سيأتي.

٤ - الأم: فلها الثُّلثُ إذا لم يكن معها ولدٌ، ولا ولدُ ابنٍ ذكراً كان أو أنثى، ولا اثنانٍ من الإخوةِ والأخواتِ، سواءً كانوا أشقاءً، أو لأبٍ أو لأمٍّ، ولم تكن في مسألةٍ زوجٍ وأبوينِ، ولا زوجةٍ وأبوينِ.

فإن كان معها ولدٌ، أو ولدُ ابنٍ، أو اثنانٍ من الإخوةِ والأخواتِ فلها السُّدُسُ. وإن كانت في مسألةٍ زوجٍ وأبوينِ، أو زوجةٍ وأبوينِ، فلها ثلثُ ما بقي بعد فرضِ الزوجِ أو الزوجةِ، والباقي للأبِ، فيأخذُ الزوجُ في الأولى النِّصْفَ، ولها السُّدُسُ لأنه ثلثُ ما بقي، والباقي للأبِ، وفي الثانية تأخذُ الزوجةُ الربعَ، والأمُّ الربعَ، لأنه ثلثُ ما بقي، والباقي للأبِ.

٥ - بنتُ المفردة: فلها النِّصْفُ، وللبنتينِ فصاعداً الثلثانِ.

٦ - بنتُ الابنِ فصاعداً لها مع بنتِ الصُّلبِ المُفردةِ السُّدُسُ تكملهُ الثلثينِ.

٧ - الأختُ المُفردةُ الشقيقةُ فلها النِّصْفُ، ولأختينِ فصاعداً الثلثانِ، وإن كانت

من الأبِ فلها النِّصْفُ، ولأختينِ فصاعداً الثلثانِ، ولأختٍ من الأبِ فصاعداً مع

الشقيقة المفردة السدس تكملة الثلثين.

والأخوات الأشقاء مع البنات عصبه، فإن فُقدن فالأخوات من الأب.
مثاله:

أ- بنت وأخت: للبنت النصف، والباقي للأخت.

ب- بنتان، وأخت شقيقة، وأخت لأب: للبنتين الثلثان، والباقي للشقيقة، ولا شيء للأخرى.

٨ - وأما الجد: فتارة يكون معه إخوة وأخوات وتارة لا.

- فإن لم يكونوا معه فله السدس مع الابن وابن الابن، ومع عديهما هو عصبه كما سيأتي.

- وإن كان معه إخوة وأخوات أشقاء، أو لأب، فتارة يكون معهم ذو فرض، وتارة لا.

- فإن لم يكن معهم ذو فرض قاسم الجد الإخوة وعصب إناثهم، ما لم ينقص ما يخصه بالمقاسمة عن ثلث جميع المال، فإن نقص فإنه يفرض له الثلث، ويجعل الباقي للإخوة والأخوات، للذكر مثل حظ الأنثيين، مثاله:

أ- جد، وأخت.

ب- جد وأختان.

ج- جد، وثلاث أخوات.

د- جد، وأربع أخوات.

هـ- جد، وأخ.

و- جد، وأخوان.

ز- جد، وأخ، وأخت.

ح- جد، وأخ، وأختان.

فيقاسم الجد في هذه الصور للذكر مثل حظ الأنثيين.

- وَإِنْ كَانَ مَعَهُ ذُو فَرَضٍ فَرَضٍ لَّذِي الْفَرَضِ فَرَضُهُ ثُمَّ يُعْطَى الْجَدُّ مِنَ الْبَاقِي الْأَوْفَرِ لَهُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: إِمَّا الْمَقَاسِمَةَ، أَوْ ثُلُثَ مَا يَبْقَى، أَوْ سُدُسَ جَمِيعِ الْمَالِ، مِثَالُهُ:

أ- زَوْجٌ، وَجَدٌّ، وَأَخٌ: الْمَقَاسِمَةُ خَيْرٌ لَهُ.

ب- بَنَاتَانِ، وَأَخْوَانِ، وَجَدٌّ: سُدُسُ جَمِيعِ الْمَالِ خَيْرٌ لَهُ.

ج- زَوْجَةٌ، وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ، وَجَدٌّ: ثُلُثُ الْبَاقِي خَيْرٌ لَهُ.

د- بَنَاتَانِ، وَأُمٌّ، وَجَدٌّ، وَإِخْوَةٌ: لِلْبَنَاتَيْنِ الثَّلَاثَانِ، وَلِلْأُمِّ السُدُسُ، وَلِلْجَدِّ السُدُسُ، وَتَسْقُطُ الْإِخْوَةُ.

- وَإِنْ اجْتَمَعَ مَعَ الْجَدِّ الْإِخْوَةُ الْأَشْقَاءُ، وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ: فَإِنَّ الْأَشْقَاءَ عِنْدَ الْمَقَاسِمَةِ يَعُدُّونَ عَلَى الْجَدِّ الْإِخْوَةَ مِنَ الْأَبِ، ثُمَّ يَأْخُذُونَ نَصِيبَهُمْ، مِثَالُهُ: جَدٌّ، وَأَخٌ شَقِيقٌ، وَأَخٌ لِأَبٍ: لِلْجَدِّ الثُّلُثُ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْأَخِ الشَّقِيقِ: الثُّلُثُ الَّذِي خَصَّهُ بِالْقِسْمَةِ، وَالثُّلُثُ الَّذِي هُوَ نَصِيبُ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ، لِأَنَّ الشَّقِيقَ يَحْجِبُهُ فَيَعُودُ نَفْعُهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ الشَّقِيقُ أَخْتًا فَرَدَّةً كَمَلَّ لَهَا الْأَخُ مِنَ الْأَبِ النِّصْفَ وَالْبَاقِي لَهُ، وَلَا يُفْرَضُ لِلْأَخْتِ مَعَ الْجَدِّ إِلَّا فِي الْأَكْدَرِيَّةِ وَهِيَ: زَوْجٌ، وَأُمٌّ، وَجَدٌّ، وَأَخْتٌ شَقِيقَةٌ: فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ، وَلِلْجَدِّ السُدُسُ، اسْتَعْرَقَ الْمَالُ، وَلَيْسَ هُنَا مِنْ يَحْجِبُ الْأَخْتِ عَنْ فَرَضِهَا فَتَعُولُ الْمَسْأَلَةُ بِنَصِيبِ الْأَخْتِ، فَتَقْسَمُ مِنْ تِسْعَةٍ: لِلزَّوْجَةِ ثَلَاثَةٌ مِنَ التَّسْعَةِ، وَلِلْأُمِّ اثْنَانِ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ وَهِيَ نَصِيبُ الْأَخْتِ وَالْجَدِّ، فَتُجْمَعُ وَتَقْسَمُ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى.

٩ - الْجَدَّاتُ: أَمَّا الْجَدَّةُ، فَإِنَّ كَانَتْ أُمُّ الْأُمِّ، أَوْ أُمُّ الْأُمِّ وَهَكَذَا، أَوْ أُمُّ الْأَبِ، أَوْ أُمُّ أُمِّ الْأَبِ وَهَكَذَا، فَلَهَا السُدُسُ، وَإِنْ اجْتَمَعَ جَدَّتَانِ فِي دَرَجَةٍ فَلَهُمَا السُدُسُ، مِثْلُ أُمِّ أَبِي، وَأُمِّ أُمِّ، أَوْ أُمِّ أُمِّ أَبِي، وَأُمِّ أَبِي أَبِي، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا أَقْرَبَ فَإِنَّ كَانَتْ الْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ أَسْقَطَتِ الْبَعْدَى، مِثْلُ أُمِّ أُمِّ وَأُمِّ أُمِّ أَبِي، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ لَمْ تَسْقُطِ الْبَعْدَى، بَلْ يَشْتَرِكَانِ فِي السُدُسِ، مِثْلُ أُمِّ أَبِي، وَأُمِّ أُمِّ أُمِّ،

وأما الجدة التي هي أم أبي الأم فلا ترث بل هي من ذوي الأرحام كما سبق.
 ١٠ - وأما الإخوة والأخوات من الأم: فللواحد منهم السدس، وللأثنين فصاعداً الثلث، ذكورهم وإنانهم فيه سواء.

قال المصنف رحمته:

(فصل في) بيان قدر (ميراث) أي مَوْرُوث كل من (أهل الفروض) أي الأنصبا (أعني الفروض الستة) المقام لأي بدل أعني وكأنه عدل إليه، لأنه لما لم تكن الفروض في الكثرة بعدد أصحابها كان ذلك خلاف الظاهر فاستعان به في تفسير الفروض المطلقة بما هو أقل منها ووصفها بكونها (المذكورة في القرآن) الكريم في سورة النساء منه حيث قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلنِّسَاءِ: ١١﴾ إلى آخر آيتين، وقال في آخر السورة: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾ الآية [النساء: ١٧٦].

(وهي النصف) بكسر أو ضم أوله وإسكان ثانيه وقدّموه لأنه أكبر كسر مفرد في اللفظ وبدأ بعضهم بالثلثين تأسياً بالقرآن (والربع والثلثان والثلث والسدس) هذا الترتيب موافق لقولهم: النصف ونصفه ونصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما وهي طريقة التدلي وعكسها أن يقال: الثمن وضِعْفُهُ وضِعْفُ ضِعْفِهِ، والسدس وضِعْفُهُ وضِعْفُ ضِعْفِهِ وأخصر عبارة في ذلك أن يقال: الربع والثلث وضِعْفُ كُلِّ وَنصفه وهي جامعة بين الأمرين الترقى والتدلي ومدلولاتها ظاهرة (وهي لعشرة) من الأصناف (الزوجان) مثني زوج، لأنه يطلق على المرأة كالرجل كما مضى (والأبوان) أي الأب والأم فهو من التغليب كما يقال: العُمران والقمران لأبي بكر وعمر وللشمس والقمر (والبنات) أي جنسهن الصادق بالواحدة (وبنات الابن) كذلك وسواء كان الابن واحداً أو أكثر (والأخوات) أي جنسهن لأبوين أو لأب أو لأم (والجد) أبو الأب وإن علا وأفرده إشارة إلى أنه لا يتعدّد دائماً (والجدات) من الجهتين (والإخوة والأخوات من الأم) أي جنسهم أيضاً وهذان

واحد في العَدِّ وجعلَهُما كذلك، لأنه لا فرق بينهما في قدر الفرض كما يأتي والأولى - عندي - إدراج الأخوات من الأم في مطلق الأخوات كما فعلتُ، لأن لفظ الأخت يقع على التي لأم كما يقع على غيرها سواءً.

(فأما الزوج فله النصف مع عدم ولد) أي عند عدم ولد لزوجته ففي القاموس والمعجم الوسيط أن مع: قد تكون بمعنى عند فتقول: جئتُ من معهم أي من عندهم وإلا فالصحبة مع العدم غير ممكنة، وإنما المراد عند عدم ولد (أو ولد ابن وارث) بالقرابة الخاصة لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] وولد الابن وإن سفل ملحق بالولد إجماعاً أو لفظ الولد يشمل إعمالاً له في حقيقته ومجازاً، وقيد بالوارث للاحتراز عن غير الوارث لمانع به كقتل ورق وبالقرابة الخاصة عن العامة وهي الرحم كفرع بنت فإنهما كالمعدومين (وله الربع) كائنا (مع الولد أو ولد الابن) لقول ربنا: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ﴾ [النساء: ١٢] ولفظ الولد يشمل الذكر والأنثى كما مضى (وأما الزوجة فلها الربع مع) أي عند (عدم الولد أو ولد ابن وارث) بالقرابة الخاصة (ولها الثمن مع الولد أو ولد الابن) المذكور الآية: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ﴾ [النساء: ١٢] (وللزوجتين والثلاث والأربع) الواو للتقسيم أي وللزائدات على ذلك في نحو نكاح مجوسي (ما للواحدة من الربع والثمن) في الحالتين لعموم الآية، وإنما جعل للزوج في حالتيه ضعف ما للزوجة في حالتيها اعتباراً بمسئوليته كما يقال اليوم فذلك من ربط الحفظ بمقادير الحقوق أو قل: رُبِّ العُنْمِ بالغُرْمِ والخَرْجِ بالدَّخْلِ فإن الرجل يتحمل العقل ونفقة الزوجة والأولاد وغير ذلك بخلاف المرأة فإنها مكفولة في صغرها بالآباء وفي كبرها بالأزواج وفي هرماها بالأولاد حسب شرع الله الذي خلق النساء كالرجال وكانت في الجاهلية تُحرَّم من الميراث أصلاً بل كانت تُورثُ هي كالممتاع فلما جاء الإسلام رفع الله مكانتها ووضعها عند حدّها: ﴿فَرِيضَةٌ مِّنْ أَلْفٍ﴾ [النساء: ١١]، ﴿أَلَّا يَعْلَمَ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤] بلَى وأنا على ذلك من الشاهدين.

الأبوين أثلاثا (و) يكون (لها السدس لأنه ثلث ما بقي) بعد فرض الزوج (والباقى) وهو اثنان (للأب) عصبية أو يقال: إن أقل عدد له نصف صحيح وثلث ما يبقى ستة فتجعلها من ستة تأصيلا لا تصحيحا ولا يطلق على فرضها في اصطلاحهم لفظ السدس قالوا تأدبا مع ظاهر القرآن ولا يرؤق لي ذلك، لأنه إن صحت المخالفة فلا عبرة باللفظ وما أجاب به في التحفة غير مسلم، ولعل المصنف لذلك عبر بالسدس أو لبيان الواقع، وحكى عن صاحب البيان التعبير به أيضا.

(وفي) المسألة (الثانية) وهي من أربعة (تأخذ الزوجة الربع) واحد إذ لا ولد يحجبها عنه (والأم الربع لأنه ثلث ما بقي) تعليل لأخذها إياه وفي لفظ الربع ما سبق في السدس (والباقى) بعد فرضيهما (للأب) عصبية وتسمى المسألتان بالعمريتين نسبة إلى عمر رضي الله عنه لقضائه فيهما وبالغريبتين لفقد نظير لهما. هذا ما عند فقهاءنا وأسند البيهقي إلى خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت بتفسير أبي الزناد... فإن لم يترك المتوفى ولدا ولا ولد ابن ولا اثنين من الإخوة فصاعدا فإن للأم الثلث كاملا إلا في فريضتين فقط وهما أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فيكون لامرأته الربع ولأمه الثلث مما بقي وهو الربع من رأس المال وأن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويها فيكون لزوجها النصف ولأمها الثلث مما بقي وهو السدس من رأس المال.

وأسند هو وابن المنذر عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: كان عمر إذا سلك بنا طريقا وجدناه سهلا وإنه أتى في امرأة وأبوين فجعل للمرأة الربع وللأم ثلث ما بقي، وأخرجنا عن عثمان رضي الله عنه مثله. وأخرج البيهقي بإسناد فيه الحارث الأعور عن علي رضي الله عنه في المسألة الأولى مثل ذلك ثم قال: وزوي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما بخلاف ذلك فأخرج عن علي أن للزوج النصف وللأم الثلث وللأب السدس وضعفه بالحسن بن عماره وقال: متروك ورواه عنه من وجه آخر وقال: منقطع وأخرج هو وابن المنذر عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أرسل إلى زيد بن ثابت قائلًا: أكتب الله قلت للأم ثلث الباقي أم برأيك؟ قال: برأيي، وفي رواية البيهقي فقال ابن عباس: وأنا أقول: برأيي للأم الثلث كاملا، وأسند عن إبراهيم النخعي أنه قال: خالف ابن عباس فيها الناس. وفي رواية: خالف ابن عباس جميع أهل الصلاة في زوج

وأبوين، وأخرج ابن المنذر من طريقين غير ما في البيهقي عن عليٍّ رضي الله عنه مثل قول الجماعة وذكر أنه روي عن شريح مثل قول ابن عباس .

وزاد ابن المنذر في الاحتجاج لقول الجمهور القياس على الابن والبنت والأخ والأخت وأن الباقي بعد فرض ذي فرض معهما يقسم بينهما أثلاثا كما قال الله: للذكر مثل حظ الأنثيين إجماعا فكذلك حكم الأبوين قياسا على ما أجمعوا عليه والقياس على شريكين بينهما مالٌ أثلاثا فاستُحِقَّ بعضُهُ فإنهما يقتسمان الباقي أثلاثا، وفي الروضة أن ابن اللبَّان قال بقول ابن عباس فإذا لم يُعَثَّرْ على قائلٍ به آخَرَ فهذا القولُ مِنْ أَوْحَشِ ما يكون. فنحن مع بني الثمانين [!].

قال المصنف رحمته:

(وأما البنت المفردة) بالميم أوله في النسخة المجردة التي عندي وفيما قرأتُ فيها على مُعَلِّمي قديما وغيرهما وفي نسخة من الفيض عندي: الفردة بلا ميم وهذه واضحة والأولى تلقيناها بصيغة اسم المفعول فالمعنى: التي أفردها الله ويصح جعلها بصيغة اسم الفاعل ففي القاموس وغيره: أَفْرَدَ الرَّجُلُ بِالْأَمْرِ: تَفَرَّدَ بِهِ فَيَكُونُ مَعْنَاهَا: الْمتفردة بالإرث عن منافس لها (فلها النصف وللبنتين فصاعدا الثلثان) لقول ربنا سبحانه: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١] قيل: ﴿فَوْقَ﴾ في الآية صِلَةٌ وَيُعَدُّ قَوْلُهُ: نِسَاءً فَالوجه أن يقال: لما ذكر الله فرض الواحدة أنه النصف وجعل لها مع الابن الثلث فلا أقل من أن يكون لها مع بنت أخرى الثلث أو يقال: يستدل للثنتين بالقياس على الأختين المنصوص عليهما قياسا أولى، ويدل عليه أيضا حديث جابر رضي الله عنه أن قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ...﴾ [النساء: ١١] نزل في بنتي سعد بن الربيع رضي الله عنه فقال رسول الله صلَّى الله عليه وآله قال لعمَّهما: «أعطهما الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فهو لك» رواه أحمد، والترمذي وحسنه، والحاكم.

قال المصنف رحمته:

(وأما بنت الابن المفردة فلها النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان) بالإجماع والقياس على بنات الصلب (ولبنت الابن فصاعدا مع بنت الصلب المفردة) أو بنت الابن

العُليا (السدسُ تكملة الثلثين) لخبر البخاري وغيره، عن ابن مسعود رضي الله عنه بذلك وسيأتي حكمهن إذا اجتمعن مع غيرهن أو اجتمع بعضهن ببعض وقوله: تكملة مفعول لأجله أو حال من السدس بتأويله بمكمل (وأما الأخت المفردة الشقيقة فلها النصف) لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿إِنْ أَمْرُؤُا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ، وَلَدٌ وَ لَهُ، أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] (ولاثنين فصاعدا الثلثان) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] ومَنْ فوقهما يقاس على البنات ويعرف أيضًا من سبب نزول الآية فإنها نزلت في أخوات جابر رضي الله عنه وكُنَّ سَبْعًا كما في صحيح البخاري وغيره ومن الإجماع (وإن كانت من الأب فلها النصف ولاثنتين فصاعدا الثلثان) لعموم الآية المذكورة وخَرَجَتِ التي من الأم بدليل خاص يأتي ذكره، ولو قال المصنف: وأما الأخت الفردة شقيقة كانت أو لأب فلها النصف إلخ لسلم من التطويل بلا طائل - فيما يبدو لي - .
(وللأخت من الأب فصاعدا مع الشقيقة المفردة السدس تكملة الثلثين) قياسا على اجتماع بنت ابن فأكثر مع بنت الصلب.

قال المصنف رحمته الله:

(والاخوات الأشقاء مع البنات عصبه) الحكم فيه صحيح وهو على الجنس من الصنفين فالتعدد غير معتبر لكن التعبير بالأشقاء في وصف الأخوات محل نظر، لأنه جمع شقيق لا شقيقة فكان المناسب الشقائق أو الشقيقات ليطابق النعت المنعوت، وعبارة التنبيه: والأخوات من الأب والأم مع البنات عصبه ولو قال: مُصَنَّفُنَا كذلك لأراح واستراح فإن كان فَعَلٌ ما فَعَلَ عَمْدًا فغاية ما يتمحل له - في رأيي - أنه أول الأخوات بالأشخاص فوصفهن بالأشقاء إن ساغ مثل ذلك ولا يحضرنى إلى الآن مَحْمُولٌ آخَرٌ ولعل في الروايا خبايا... وعصوبة الأخت مع البنت يقال لها: عصبوبة مع الغير وبنتُ الابن كالبنات إجماعا إلا ما حُكي عن ابن عباس وغيره أن الأخت لا ترث مع البنت بل يكون الفاضل لنحو ابن الأخ والعم من العصبه ولفظ العصبه يطلق على الواحد وغيره من ذكر وأنثى قاله ابن حجر والخطيب عن المُطَرِّزِي قال الخطيب: وأنكر ابن الصلاح إطلاقه على الواحد، لأنه جمع عاصب ومعناه لغة قرابة الرجل لأبيه وشرعا من ليس له سهم مقدر من المجمع على توريثهم وغيرهم من

واحدًا منهما، وذلك في ثلاث صورٍ ستأتي في المتن، وأما أخذه الأنفع فاجتماع جهتي الفرض والتعصيب فيه فأخذ بأكثرهما وتكون المقاسمة أنفع له في خمس صور ستأتي أيضًا (فإن نقص) ما يخصه بالمقاسمة عن الثلث (فإنه يفرض له الثلث) لأن له مع الأم مثلي مآلها والإخوة لا ينقصونها عن السدس فلا ينقصونه عن مثليه وهو الثلث ولأنهم لا ينقصون أولاد الأم الذين يحجبهم الجد عن الثلث فأولى أن لا ينقصوه عنه ويكون الثلث خيرا له من المقاسمة فيما إذا زادوا على مثليه ولا تحصى صورته وسنمثل ببعضها إن شاء الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله:

(ويجعل الباقي بعد الثلث لـ) جنس (الإخوة والأخوات) وقوله: (للمذكر) منهم إذا اجتمع النوعان من صنف: خبر مقدم عن قوله: (مثل حظ) أي نصيب (الأنثيين) والجملة في محل نصب على الحالية من الإخوة والأخوات والرابط الضمير في منهم المقدر.

(مثاله) أي ما ذكر من حكم اجتماع الجد والإخوة عند فقد ذي الفرض (جد وأخت) شقيقة المسألة من ثلاثة للجد ثلثاها وللأخت ثلثها وهذا مثال قوله: وعصب إنانهم كقوله: (أو) جد و(أختان) هي من أربعة للجد اثنان ولهما اثنان وقوله: (أو) جد و(ثلاث) من الأخوات هي من خمسة له اثنان ولكل أخت واحد (أو) جد و(أربع) منهن هي من ستة له اثنان ولهن أربعة، وقد استوى هنا الثلث والمقاسمة فإن كن خمسا أو أكثر فرض له الثلث واقتسم ما بقي فأصلها من ثلاثة له ثلثها ولهن الباقي ولا ينقسم عليهن فاضرب عددهن في ثلاثة فما بلغ صحت منه ففي الخمس تضرب ثلاثة في خمس يبلغ خمسة عشر له ثلثها خمسة، ولكل واحدة منهن اثنان (أو) حضر (جد وأخ) هي من اثنين (أو) جد و(أخوان) له واحد من ثلاثة وقد استوى الأمران هنا أيضًا (أو) جد و(أخ وأخت) هي من خمسة له اثنان منها والباقي بين الأخ والأخت أثلاثا (أو) جد و(أخ وأختان) هي من ستة له اثنان وللأختين واحد واحد وهما أيضًا استوى الأمران فإن زادت أخت فرض له الثلث فتجعل من ثلاثة له واحد منها والباقي لا ينقسم على خمسة فاضربها في ثلاثة تبلغ خمسة عشر له

ثلثها خمسة وللأخ أربعة ولكل أخت من الثلاث اثنان وإن زاد أخ فالأصل أيضًا ثلاثة وتضرب في سبعة عدد الأخوين والأخوات تبلغ واحدا وعشرين له ثلثها سبعة ولكل أخ أربعة ولكل أخت اثنان وقس على ذلك (فيقاسم) الجد (في هذه الصور) التي في المتن الإخوة والأخوات كائنا (للمذكر) منهم (مثل حظ الأنثيين) فمفعول يُقاسمُ المبنِّي للفاعل محذوف وهو صاحب الحال هذا هو المناسب لكون المحدث عنه الجد، ويحتمل أن يُبنى الفعل للمفعول والنائب هو الجار والمجرور الأول والثاني حال من اسم الإشارة على التأويل بمشتق يدل عليه الكلام أي مجعولا فيها للذكر مثل حظ الأنثيين أو من المقاسمة المفهومة من الفعل على التأويل كذلك كأنه قيل: تحصل المقاسمة مُعادلاً فيها الذكر بالانثيين كما قالوا في قوله تعالى: ﴿لَيْنَ أَكَلَهُ الذَّنْبُ وَنَحْنُ عُصْبَةٌ﴾ [يوسف: ١٤] إن الجملة حال من الفاعل أو المفعول على التأويل، والله أعلم.

(وإن كان معه) أي مع الجد ومعهم (ذو فرضٍ فرض) أي قُطِع وقُدِّر (لذي الفرض فرضه) أي نصيبه المقدر له (ثم يعطي الجد من الباقي) بعد الفرض (الأوفر) أي الأكثر كما في المعجم الوسيط ولعله ضمنه معنى الأنفع فقال: (له من ثلاثة أشياء) من هذه تبعيضية أو ابتدائية والجار والمجرور حال من الأوفر وليست من هي الداخلة على المفضل عليه لاقتضائه أن الأوفر غير الثلاثة وليس به كما لا يخفى (إما المقاسمة) منصوب فيما أراه على أنه بدل من الأوفر بتقدير مضاف أي حاصل المقاسمة أو ناتج المقاسمة مثلا وليس مجرورا بإتباع ثلاثة أو أشياء لدخول إما عليه وعَدِيلها على تاليه (أو ثلث ما يبقى) بعد الفرض (أو سدس جميع المال) أما المقاسمة، فلأنه بمنزلة الأخ كما مضى، وأما ثلث الباقي، فلأنه لو لم يكن ذو فرض لكان له ثلث جميع المال فليكن له ثلث الباقي بعد إخراجِه وكأنه دَيْنٌ نُزِعَ من التركة، وأما السدس، فلأنه لا ينقص عنه مع الأولاد فمع الإخوة أولى.

وضابط معرفة الأوفر أنه إن كان الفرض نصفًا فأقل منه والإخوة دون مثليه فالمقاسمة أوفر وإن زادوا على مثليه فثلث الباقي وإن كانوا مثليه استويا، وقد تستوي الثلاثة وإن كان الفرض ثلثين وكان معه أخٌ فالمقاسمة وإلا فله السدس وإن كان

الفرض بين النصف والثلاثين كنصف وثمان وكان معه أخ أو أخت أو أختان فالمقاسمة وإلا فله السدس (مثاله زوج وجد وأخ المقاسمة خير له) وأصل المسألة من اثنين اعتباراً لنصف الزوج فالباقي لا ينقسم على الجد والأخ فيضرب اثنان في اثنين فتبلغ أربعة فصار للجد ربع ولو أخذ ثلث الباقي لكان قدر السدس. مثال آخر: (بتان وأخوان وجد) فرض البنين ثلثان والأخوان مثلاً الجد (سدس جميع المال خير له) من الآخرين والمسألة أصلها من ستة للبنين ثلاثها أربعة بقي اثنان له أحدهما وهو سدس الستة والسدس الآخر نصيب الأخوين لا ينقسم عليهما فاضرب اثنين في الستة تبلغ اثني عشر للبنين ثمانية وللجد اثنان ولكل أخ واحد فحصل له مثل ما حصل لهما مجتمعين ولو قاسم أو أخذ ثلث الباقي لنزل عن ذلك لا محالة. مثال آخر: (زوجة وثلاثة إخوة وجد) فالفرض أقل من النصف، لأنه الربع والإخوة فوق مثليه (ثلث الباقي خير له) من الآخرين فأصل المسألة من أربعة لربع الزوجة لها واحد وله كذلك، لأنه ثلث الباقي وللأخوة اثنان ينكسران عليهم فاضرب عددهم في أربعة يبلغ اثني عشر للزوجة ربعها ثلاثة، وللجد ثلث الباقي ثلاثة يبقى للإخوة ستة فلكل منهم اثنان فقد خصه ربع المال وخص كل واحد من الإخوة سدسه ولو قاسمهم لنقص عن ذلك بلا شك. مثال أخير: (بتان وأم وجد وإخوة) الفرض فوق الثلثين وليكن الإخوة ما شاءوا ولو واحدا فالمسألة من مخرج السدس وهو ستة يعطي (للبنين الثلثان) أربعة (وللأم السدس) واحد (وللجد السدس) واحد (وتسقط الإخوة) لاستغراق التركة بالفروض (وإن اجتمع معه الإخوة الأشقاء والإخوة من الأب) يعني جنسهم ولو واحدا من كل نوع وفي جمع مع واجتمع كلام للحريري في درة الغواص قال: ويقولون: اجتمع فلان مع فلان فيوهْمُونَ والصواب أن يقال: اجتمع فلان وفلان... إلخ لكن استعمله صاحب القاموس في قوله: وجامعه على أمر كذا: اجتمع معه. اهـ. ولم يتعقبه شارحه، والله أعلم، والمقصود أنه إذا اجتمع الجد والإخوة من النوعين (فإن الأشقاء عند المقاسمة) أي اقتسام التركة لا بالمعنى السابق، لأن الجد يأخذ الأحظ هنا أيضاً والظرف متعلق بقوله: (يعدون على الجد الإخوة من الأب) فيقولون له: كالنا إليك سواء فنزاحمك بإخوتنا ثم يأخذون

نصيبهم) كما أن الإخوة يردون الأم من الثلث إلى السدس ويحجبهم الأب فيأخذ ما نقصوه من الأم وهو السدس (مثاله جد وأخ شقيق وأخ لأب) هي من ثلاثة (للجد الثلث) واحد (والثلثان) الأخران (للأخ الشقيق) أحدهما (الثلث الذي خصه بالقسمة و) الآخر (الثلث الذي هو نصيب الأخ من الأب لأن الشقيق) هو الذي (يحجبه فيعود نفعه) أي نفع حجبه (إليه) فقط دون الجد وحاصل الكلام أن الجد يأخذ ناتج القسمة باعتبار عدد الإخوة مطلقاً ثم يحجب الشقيق الأخ للأب ويستولي على نصيبه لا أن هناك محاورةً بين الشقيق والجد (فإن كان) الشخص (الشقيق أختاً فردة كمل لها الأخ من الأب) عند المقاسمة (النصف) وهذا كسابقه فمعناه أنها تأخذ النصف إن وجدته (والباقى) إن وجد (له) أي للأخ من الأب ففي جد وشقيقة وأخ لأب هي من خمسة باعتبار الرؤوس وتصح من عشرة بعد ضربها بمخرج النصف وهو اثنان للجد منها أربعة وللشقيقة خمسة وللأخ من الأب واحد ولو كان شقيقاً لأخذ أربعة كالجد فلما لم يكن رجحت الشقيقة عليه فأخذت منه الثلاثة ليكمل لها النصف وبقي له واحد وهذه المسألة تسمى بعشرية زيد. فإن لم تجد النصف كأن اجتمع من ذكر وأم وزوجة اقتصرت على الفاضل لفرض الواقع له ففي هذه الصورة تجعل المسألة من اثني عشر بضرب وفق مخرج الربع في مخرج السدس أو العكس يبقى بعد إخراج الفرضين سبعة والرؤوس خمسة فانكسرت عليهم فاضرب خمسة في الاثني عشر تبلغ ستين للزوجة ربعها خمسة عشر وللأم سدسها عشرة يبقى خمسة وثلاثون للجد منها بالقسمة أربعة عشر والباقي وهو أحد وعشرون للشقيقة وهو دون النصف لأنه ربعٌ وعشرٌ بالنسبة لجميع المال ولا شيء للأخ من الأب. كذا في حواشي التحفة والنهاية، وتأخذ الشقيقتان فصاعداً الثلثين تارة كجد وشقيقتين وأخ لأب هي من ستة لهما الثلثان أربعة وللجد الثلث اثنان ولا شيء للأخ الأبوي وأدنى من الثلثين تارة أخرى كجد وشقيقتين وأخت لأب هي من خمسة للجد اثنان ولهما ثلاثة لا تنقسم عليهما فاضرب اثنين في خمسة بعشرة للجد منها أربعة وللشقيقتين ستة ولا شيء للأخت من الأب وعدم العول في ذلك يدل على أن ذلك بالعصوبة بالغير وإنما لم يأخذ الجد ضعفاً ما للواحدة لعارض اختلاف جهتي الجدودة والأخوة ولا يفضل

عن الثلثين شيء، لأن الجدَّ يأخذ الثلث.

قال المصنف رحمته :

(ولا يفرض للأخت مع الجد إلا في الأكدرية) أي المسألة المسماة بهذا الاسم نسبةً إلى أكَدَرِ اسم الذي سأل ابن مسعود رضي عنها أو الذي سأله عنها عبد الملك فأخطأ فيها أو زوج الميتة أو بلدها أو إلى أكدرة أو أكدرية اسم الميتة، وقيل: لتكدير زيد على الأخت حيث استرجع بعض ما أعطاها. وقيل: لتكدير مذهبه، لأنه كان لا يفرض للأخت مع الجد وعلى هذين كان اسم المكدره أولى بها وقيل: لتكدر أقوال الصحابة فيها أي اختلافها ولا يتضح على هذا وجه تسميتها بالأكدرية (وهي زوج وأم وجد وأخت شقيقة) والمسألة أصلها من ستة مخرج السدس (فللزوج النصف) ثلاثة (وللأم الثلث) اثنان (وللجد السدس) واحد (استغرق المال) بالفروض (وليس هنا من يحجب الأخت عن فرضها) لعدم من يسقطها ومن يعصبها، لأن الجد لو عصبها لنقص حقه عن السدس فكان يخصه ثلثاه (فتعول المسألة بقدر نصيب الأخت) ثلاثة (فتقسم من تسعة للزوج ثلاثة من التسعة) إظهار في محل الإضمار ولعل نكته المبالغة في دفع توهم زيادة نصيبه بعد زيادة العدد بذكر صريح اسمها ويقال للثلاثة: نصفٌ عائل (وللأم اثنان) ثلث عائل (يبقى أربعة وهي نصيب الأخت والجد) يعني أن الثلاثة منها نصيب الأخت ولذلك قدمها في الذكر - فيما يبدو - وهي نصف عائل كما للزوج والواحد منها نصيب الجد وهو سدس عائل (فتجمع) أي يجمع أجزاءها وهما النصيبان (وتقسم بينهما وبينه للذكر مثل حظ الأنثيين) فيفرض لها بالرحم ويقسم المجموع بينهما بالتعصيب رعاية للجانبين ولا تمكن قسمة الأربعة أثلاثا فيضرب مخرج الثلث وهو ثلاثة في التسعة تبلغ سبعة وعشرين للزوج منها ثلاثة في ثلاثة تبلغ تسعة وللأم اثنان في ثلاثة تبلغ ستة يبقى اثنا عشر ثمانية منها للجد وأربعة للأخت، ولو كان بدل الأخت أخ سقط أو أختان أخذتا السدس لأن الأم تنزل بسببهما من الثلث إلى السدس فيبقى لهما واحد من الستة فتضرب الستة بعددهما فتصير من اثني عشر للزوج منها ستة وللأم اثنان وللجد اثنان وللأختين كذلك وهذا أولى - في تقديري - من ضرب الستة في أربعة بعد الجد مع

الأختين، لأن تقليل عدد المسألة مطلوب، والله أعلم، وقد ظهر أنه لا عول هنا. ولو سقط الزوج ممن في المتن فأصل المسألة ثلاثة مخرجٌ ثلث الأم يبقى بعد إخراجها اثنان لا ينقسمان بين الجد والأخت أثلاثاً فاضرب ثلاثة في مثلها تبلغ تسعة ومنها تصح قالوا: وهذه تسمى الخرقاء لتخرق أقوال الصحابة فيها فإن قيل: قضية كون الأخت عاصبةً سقوطها إذا رجع الجد إلى الفرض فلمَ لم تسقط. أجيب بأن ذلك فريضةٌ من وجهٍ وعصوبةٌ من وجهٍ وإنما يلزم ما ذكر في السؤال لو كان الجد ذا فرض والأخت عاصبةً مع الغير وليس كذلك بل الجد عاصب أصالة والأخت عاصبة بالغير وحاصله أنهم احتالوا ليتجد نصيباً من غير إضرار بالجد، لأن المقام مقام اجتهاد، والله أعلم.

قال المصنف رحمته :

(وأما الجدة فإن كانت أم الأم أو أم الأم وهكذا) أي كانت مُدليّةً بمحض الإناث وإن علت (أو) كانت (أم الأب أو أم الأب وهكذا) أي كانت مدلية بإناث إلى ذكر (أو) كانت (أم أبي الأب وهكذا) أي كانت متصلة بمحض الذكور (فلها السدس) لخبر أبي داود وغيره أنه عليه السلام أعطى الجدة السدس (وإن اجتمع جدتان في درجة) جرد الفعل من علامة التانيث - فيما يبدو - لأن المراد جنس جدتين لا جدتان مُعَيَّنَتان (فلهما السدس) تشاركان فيه لما روى الحاكم وصححه على شرط الشيخين كما عند الخطيب أنه عليه السلام قضى للجدتين من الميراث بالسدس وذلك (مثل أم أب وأم أم، أو أم أم أب وأم أبي أب) مثل بمثلين إشارة إلى أنه لا فرق بين كونهما من جهتين وكونهما من جهة ولا بين قرب الدرجة وبعدها، والله أعلم، وكالجدتين الثلاث والأربع فصاعداً في درجة واحدة يشتركن في السدس لما في مراسيل أبي داود أنه عليه السلام أعطى السدس لثلاث جدات ونقل الخطيب حكاية الإمام إجماع الصحابة عليه (وإن كانت إحداهما أقرب) من الأخرى نظرت (فإن كانت القربى من جهة الأم أسقطت) أي حجت (البعدي) من جهة الأب، لأن لها قوتين قريتها وكون الأم هي الأصل في إرث السدس والجدات كالفروع لها، لأنهن إنما يرثن بالأمومة أيضاً فكانت المدلية بها أقوى وأفعل التفضيل ليس على بابها بل المراد أصل القرب والبعد

وذلك (مثل أم أم وأم أم أب) فالسدس للأولى وحدها (وإن كانت) القربى (من جهة الأب) والبعدى من جهة الأم (لم تسقط البعدى بل يشتركان في السدس مثل أم أب وأم أم أم) لأن الأب الذي أدلت به لا يحجبها فالجدة المدلية به أولى والقريبة من كل جهة تحجب البعيدة منها نعم إن زادت البعيدة بنسبة أخرى ورثت مع القريبة وصورة ذلك أن يكون لزينب مثلاً بنتان حفصة وعمرة ولحفصة ابن وعمرة بنت بنت فينكح ابن حفصة بنت بنت خالته فتأتي بولد فإذا مات هذا الولد عن زينب وعمرة لم تسقط عمرة زينب بل تشارك في السدس، لأن زينب كما أنها أم أم أم أم الولد هي أيضاً أم أم أبيه (وأما الجدة التي هي أم أبي الأم) ونحوها ممن أدلت بذكر بين اثنتين (فلا ترث) بالقرابة الخاصة (بل هي من) الأشخاص (ذوي الأرحام) نذكر ذلك هنا (كما سبق) أي كالذكر الذي سبق في قولنا: وأما ذوو الأرحام وهم كذا وكذا... فلا يرثون... إلخ ويكفي للتشبيه التغاير بالشمولية بالعام والإفراد بالذكر والظاهر أنهم يريدون بمثل هذا التنبيه التوكيد ودفع ظن الغفلة والسهو بهم، والله أعلم.

(وأما الإخوة والأخوات) الذين (من الأم) فقط (فل) الشخص (الواحد منهم السدس) ذكراً كان أو غيره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَكَلَّةً أَوْ أَمْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢]، وفي قراءة ابن مسعود وغيره: «وله أخ أو أخت من أم» والقراءة الشاذة كالخبر في الاحتجاج والعمل بها إذ لا مدخل للاجتهاد فيها.

(وللاثنتين) منهم (فصاعدا الثلث ذكورهم وإنائهم فيه) أي فيما ذكر من الحكمين (سواء) أي مستوون.

وقد ذكر الفرضيون أن أولاد الأم يخالفون غيرهم من الورثة في خمسة أشياء إرث الذكر منهم مع إدلائه بأنثى وحجبهم من يدلون بها نقصاً وإرثهم مع المدلى بها وعدم تفضيل الذكر على الأنثى إجماعاً لا شراكتهم في الرحم وكون المنفرد كالمنفردة فيما يأخذه.

خلاصة البحث

تلخص من ذلك أن:

النصف فرض خمسة: الزوج في حالة، والبنت، وبنات الابن، والأخت الشقيقة، أو لأب.

والرابع فرض اثنين: الزوج في حالة، والزوجة في حالة. والثمن فرض للزوجة في حالة.

والثالثان فرض أربعة: البنات فصاعداً، أو بنات الابن فصاعداً، والأختان فصاعداً، الشقيقتان، أو للأب.

والثلث فرض اثنين: الأم في حالة، واثنان فأكثر من ولد الأم. وقد يفرض للجد مع الإخوة.

والسدس فرض سبعة: الأب في حالة، والجد في حالة، والأم في حالة، والجدّة في حالة، وبنات الابن فصاعداً مع بنت الصلب، ولأخت أو أخوات لأب مع شقيقة فردة، ولواحد من الإخوة للأم.

قال المصنف رحمه الله:

(فتلخص) أي تبيّن في القاموس والمعجم الوسيط أن التلخيص التبيين والشرح وفي التاج: أنه يقال: لخصت الشيء بالخاء ولخصته بالخاء إذا استقصيت في بيانه وشرحه وتخييره. ١٠هـ. وتلخص مطاوع لخص المشدد فيكون معناه تبيّن واتّضح (من ذلك) المذكور من أول الفصل إلى هنا (أن النصف فرض خمسة) من الورثة وهم (الزوج في حالة) أي حالة عدم الولد وولده (والبنت وبنات الابن) لم يقيدهما كالسابق لأنهما ليست لهما حالة يفرض لهما فيها غير النصف وإن كانت لهما حالة تعصيب وأخذ بنت الابن السدس مع البنت يشبه التعصيب بقريظة سقطها عند استكمال البنيتين الثلثين فلذلك لم يحترز عنه فيما يبدو، والله أعلم.

(والأخت الشقيقة أو) التي (لأب) الكلام هنا كالكلام في سابقه (والربع) بالنصب عطفًا على النصف وبالرفع مبتدأ خبره قوله: (فرض اثنين) والأول أولى وهما (الزوج في حالة) هي كونه مع الولد أو ولد الابن (والزوجة في حالة) أي فقد كل منهما (والثمن فرض) جنس (الزوجة في حالة) هي وجود أحدهما (والثان) يمكن جعله منصوبًا على لغة من يُزِمُ المشنى الألف في أحواله وهو أولى ليكون من معمولات أن المعمولة لتلخص (فرض أربعة) من الأصناف (البتان) أعتقد أني وجدت صيغة الثنية هذه في طبعة بولاق وليست عندي الآن ويعين ذلك قوله: (فصاعدا) وكذا في قوله: (وبنتا الابن فصاعدا والأختان فصاعدا الشقيقتان أو للاب) لو أخرج قوله: فصاعدا عن هذا كان أولى، لأن الفصل به بين النعت ومنعوته كالفصل بين العود ولحائه كما يُقال: (والثلث فرض اثنين الأم في حال) هو حال عدم الولد وولده واثنين من الإخوة والأخوات ويمكن إدخال الغراوين فيه إذ إنهم نطقوا به وإن مُقَيَّدًا بالباقي وتجريدُ حالٍ هنا من تاء التأنيث إن كان مُتعمِّدًا من المصنف أمكن كونه للتفنن وقد رأيت في الطبعة الميمنية مؤنثًا بها كأخوته.

(واثنان فأكثر) بالنصب فيما أراه مثل قوله: فصاعدا ولا يصح الرفع إلا على جعل الفاء بمعنى الواو ولا داعي إليه والاثنان أو الأكثر (من ولد الأم) مطلقًا ولم يقل: في حالة، لأنه ليس للمتعدد منهم حالة يُفرض له فيها غير الثلث.

قال: (وقد يفرض) الثلث (للجد مع الإخوة) والأخوات على ما مضى تفصيله وإنما غير الأسلوب هنا - فيما أرى - لأنه إنما ثبت بالاجتهاد ولذلك اختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيه ثم من بعدهم.

(والسدس فرض) واحد من (سبعة) وهم (الأب في حالة) أي إذا كان مع الابن أو ابنه (والجد في حالة) كذلك أو مزاحمة الفروض له كما سبق وساقه هنا مساق غيره، لأن أخذه السدس في الأولى مجمع عليه كما في المذهب ولأنه داخل في آية: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] على ما مضى (والأم في حالة) أي حالة حجبتها بمن ذكره (والجدة في حالة) هذا القيد جيء به للمشكلة والأصل في

القيود بيان الواقع أو أُريدَ بالحالة حالةً انفرادها عن غيرها من الجدات لأنها إذا شوركِت تأخُذُ أدنى منه (و) هو (لبنت الابن فصاعداً مع بنت الصلب) الفردة أو مع بنت ابن أقرب منها وغير السياق - فيما يبدو - لما سبق من شَبَهه بالتعصيب، والله أعلم.

(ولأخت أو أخوات لأب مع شقيقة فردة) كالبنات وبنات الابن (ولو احد من الإخوة) والأخوات (من الأم) للآية السابقة، والله أعلم.

وما بعد «فتلخص» إلى هنا فذلك لما سبق تفصيله في كلامه على عادة المتقدمين في مثل ذلك كما قيل ويظهر من صنيع المصنف في هذا الكتاب على صغر حجمه أنه معنيّ بإيضاح المعاني غير معنيّ باختصار وتحرير المباني، جزاه الله وكل قاصدٍ لنفع المسلمين خيراً كثيراً آمين.

فصل في الحجب

لا يرث الأخ من الأم مع أربعة: الولد، وولد الابن، ذكرًا كان أو أنثى، والأب، والجد.

ولا يرث الأخ الشقيق مع ثلاثة: الابن، وابن الابن، والأب.

ولا يرث الأخ من الأب مع أربعة: هؤلاء الثلاثة والأخ الشقيق.

ولا يرث ابن الابن فاسفلاً مع الابن، ولا مع ابن ابن أقرب منه.

ولا الجدات كلهن من أي جهة كن مع الأم، ولا الجد والجدّة التي من جهة

الأب مع الأب.

وإذا استكمل البنات الثلثين لم ترث بنات الابن إلا أن يكون في درجتهم،

أو أسفل منهن ذكر يعصبهن، للذكر مثل حظ الأنثيين.

مثاله:

بتان، و بنت ابن: للبتين الثلثان، ولا شيء لبنت الابن، فلو كان معها ابن ابن، أو

ابن ابن ابن كان الباقي لها وله، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإذا استكملت الأخوات الأشقاء الثلثين لم ترث الأخوات من الأب، إلا أن

يكون معهن أخ لهن فيعصبهن، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ومن لا يرث أصلاً لا يحجب أحداً، ومن يرث لكنه محجوب لا يحجب أيضاً

حجب حرمان، لكنه قد يحجب حجب تنقيص، مثل الإخوة من الأم مع الأب والأم

لا يرثون، ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس.

ومتى زادت الفروض على السهام أعلت بالجزء الزائد مثل مسألة المباهلة،

وهي: زوج، وأم، وأخت شقيقة: فلزوج النصف، وللأخت النصف، استغرق

المال، والأم لا تحجب، فيفرض لها الثلث، فتعال بفرض الأم، فتقسم من ثمانية:

للزوج ثلاثة، وللأخت ثلاثة، وللأم اثنان.

قال المصنف رحمته :**(فصل في الحجب)**

وهو في اللغة الحيلولة والستر كما في المعجم الوسيط وفي الشرع منع من قام به سبب الإرث منه بالكلية أو من بعض حقه ويُسمَّى الأول حجبَ حرمان. والثاني: حجب نقص وينقسم الأول إلى حجب بالوصف كالقتل والرق ويسمى منعاً، وقد مرَّ الكلام عليه وهو كالنقص يمكن دخوله على كل وارث وإلى حجب بالشخص أو الاستغراق وهذا لا يعم كل الورثة فإن الأب والولد والزوجين لا يُحجَّبون حجب حرمان بشخصٍ إجماعاً وغيرهم قد يحجبون به فـ(لا يرث الأخ) ولا الأخت (من الأم مع) أحدٍ (أربعة: الولد وولد الابن ذكراً كان أو أنثى) والخنثى لا يخرج عنهما (والأب والجد) للإجماع ولآيتي الكلاله المفسرة بمن لا والده ولا ولد في الأشهر (ولا يرث الأخ الشقيق مع) أحد (ثلاثة: الابن، وابن الابن) وإن سفل (والأب) إجماعاً (ولا يرث الأخ من الأب مع) أحد (أربعة: هؤلاء الثلاثة والأخ الشقيق) لقوته بزيادة القرابة (ولا يرث ابن الابن فسافلاً مع الابن) إجماعاً أباه كان أو عمه لإدلائه به أو أقربيته (ولا مع ابن ابن أقرب منه) لأنه عصبة أقرب منه (ولا الجدات كلهن) تأكيد ليشمل المؤكِّد القريبات والبعيدات منهن، وقوله: (من أيّ جهة كُنَّ) لاستغراق الجهات الثلاث المذكورات سابقاً فلا ترث واحدة منهن (مع الأم) أي أم الميت لإدلائها بها أو لكونها أقرب منها، وهذا إجماع أيضاً قاله في المغني (ولا يرث الجد والجدة التي من جهة الأب مع الأب) لأنهما يدلّيان به ولعله استغنى بما ذكره في الفصل السابق من حجب بعض الجدات ببعض عن ذكره هنا لقرب العهد به (وإذا استكمل) أي ورث (البنات) أي البنات فصاعداً، لأن المراد بالجمع في هذا الفن ما فوق الواحد قاله في التحفة (الثلاثين لم ترث بنات الابن) أي جنسهن إذ الذي يُنال بالبنية ما ينتهي إلى الثلثين وقد حازته البنات فلم يبق للسافلات شيء (إلا) وقت (أن يكون في درجتهم أو أسفل منهن ذكرٌ يعصبهن) بأن يكون أخاً أو ابن عم أو ابن أخ أو ابن ابن عم لهن فيشتركن هنَّ وإياه فيما فضل عن الثلثين (للمذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه عاصب لا يمكن إسقاطه ولا إسقاط من في درجته أو فوقه فينفرد

بالإرث ويسمى هذا بالأخ المبارك أما إن كان أعلى منهن فلا يرثن معه (مثاله بنتان وبنت ابن) المسألة من ثلاثة (للبنين الثلثان ولا شيء لبنت الإبن) لما ذكرناه بل إن كان عاصب كأخ للमित حازه وإلا فلبيت المال وإلا رُدَّ على البنين هذا إن لم يكن معها من يُعَصِّبُهَا (فلو كان معها) من يُعَصِّبُهَا (ابن ابن) هو أخوها أو ابن عمها (أو ابن ابن ابن) هو ابن أخيها مثلا (كان الباقي) بعد الثلثين (لها وله للذكر مثل حظ الأنثيين) فتضرب ثلاثة في الثلاثة تبلغ تسعة وتصح منها.

قالوا: وليس أحد يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجدّه وبنات أعمامه أو أعمام أبيه أو جده إلا النازل من أبناء الابن. قاله في المغني.

قال المصنف رحمه الله:

(وإذا استكملت الأخوات الأشقاء) تقدم ما في هذه الكلمة من الإشكال والمراد بالجمع من فوق الواحدة أيضا أي أخذن (الثلثين لم ترث الأخوات) أي جنسهن (من الأب) شيئا كما في اجتماع البنات وبنات الابن (إلا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبهن للذكر مثل حظ الأنثيين) لا ابن أخ ولا ابن عم فلو مات شخص عن شقيقتين وأخت لأب وابن أخ لأب أو عم فللأختين الثلثان والباقي لابن الأخ أو العم.

وإذا اجتمع إخوة كل من جهة أخذ الذي من الأم سُدُسُه والباقي للشقيق ولا شيء للأبوي وإن اجتمع أخوات كذلك أخذت الشقيقة النصف والتي للأب السدس تكملة الثلثين والأخت للأم السدس والباقي العصبه إن كان.

قال المصنف رحمه الله:

(ومن لا يرث أصلا) لمانع به كقتل ورق (لا يحجب أحدا) لا حرمانا ولا نقصا خلافا لابن مسعود رضي الله عنه وداود الظاهري مطلقا، وللحسن البصري والإباضية في القاتل وإنما لم يحجب لأنه اجتمع فيه المقتضي والمانع فغلب المانع على القاعدة في اجتماعهما فألحق بالمعدوم. كذا في تكملة المجموع (ومن يرث) أي من قام به سبب الإرث (لكنه) الآن (محبوب) بشخص أقرب أو أقوى منه (لا يحجب أيضا) أحدا (حجب حرمان لكنه قد يحجب حجب تنقيص) لتحقق أهليته للإرث وإنما مُنِع

منه لتقدم غيره عليه وذلك (مثل الإخوة من الأم) كائنين (مع الأب والأم) فإنهم (لا يرثون) لأن الأب يحجبهم (و) مع ذلك (يحجبون الأم) وينزلونها (من الثلث إلى السدس) لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١].

ثم ذكر المصنف ما إذا زادت الأنصبة على الفريضة فقال: (ومتى زادت الفروض على السهام أعلت بالجزء الزائد) هذه العبارة هي عبارة التنبيه بإبدال متى بإن والتعبير بالسهام موهم في نظري، لأنها هي الأنصبة فلو قال: على الفريضة أو المسألة كان جلياً عندنا، والحاصل أنه إذا زادت الكسور المسماة من الشارع لكل وارث على عدد المسألة زيد في العدد بقدر النصيب المتبقي قال في المصباح: وعالت الفريضة عولا: ارتفع حسابها وزادت سهامها فنقصت الأنصبة فالعول نقيض الرد ويتعدى بالألف في الأكثر وبمنفرد في لغة فيقال: أعال زيد الفريضة وعالها. ١. هـ. وذلك ليدخل النقص على الجميع. قال البغوي في التهذيب: والعول هو: أن المال إذا ضاق عن سهام ذوي الفروض يسمى لكل واحد فرضه وتعال المسألة فيدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، لأنها حقوق مقدره متفقتة في الوجوب ضاقت التركة عن جميعها فتقسم التركة على قدرها كالديون إذا اجتمعت وضاقت عنها المال قسم المال على قدر حقوقهم. ١. هـ.

قال المصنف رحمه الله:

(مثل مسألة المباحلة) كالملاعنة وزنا ومعنى (وهي زوج وأم وأخت شقيقة فللزوجة النصف) لعدم الولد وولده هنا (وللأخت النصف) أيضا لعدم حاجب لها عنه وللأم الثلث لذلك أيضا، وهذا من حيث النظر أما عند التطبيق فإن بدأنا بالنصفين (استغرق المال) بهما (والأم لا تحجب) هنا لما ذكرنا (يفرض) أي يقطع ويفرز (لها الثلث) الذي سمى الله لها (فتعال) المسألة أي تكثر أجزاء عددها ثم يطبق ذلك على المواد المتسومة (ب) بقدر (فرض الأم) الذي هو الثلث (فتقسم) كذا في نسخة الفيض تقسم من غير نون (من ثمانية للزوج) منها (ثلاثة) وهي نصف عائل (وللأخت ثلاثة) وهي كذلك وقدمها هنا وفي سابقه اعتبارا بوفرة ما يأخذانه مع كون الزوج ذكرا وإلا فالأم أولى الناس بالتقديم.

(وللام اثنان) وهما ثلث عائل وإنما سميت هذه الفريضة بمسألة المباهلة - والبهل: اللعن - لأن عمر رضي الله عنه قضى فيها بما ذُكر على ما قيل بعد استشارة من حضره من الصحابة فأشار عليه العباس بالعول وأجمع عليه سُكُوتياً - على الأقل - فلما كبر عبد الله بن العباس رضي الله عنه أظهر الخلاف بعد موت عمر فجعل للزوج النصف وللأم الثلث بلا عول وللأخت الباقي وهو واحد وقال: إن الذي أحصى رمل عالج عددا لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث؟ فقيل له: إن الناس على خلاف رأيك فقال: فإن شاؤوا فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم... إلى آخر الآية فسميت بالمباهلة لذلك. هذا ما وجدته في بعض كتب الفقه غير معزوّ إلى كتاب حديث ولم أجده في كتب الحديث التي عندي إلا أن في سنن البيهقي بإسناده من طريق الحاكم ذُكر قصة مخالفة ابن عباس في المسألة لعمر ولا ذُكر فيه للمباهلة أصلاً ثم بعد سبعة أعوام من كتابتي ذلك اطلعت على ما في التلخيص أن قصة استشارة عمر وإشارة العباس عليه بالعول في فريضة زوج وأختين مشهورة في كتب الفقه والذي في كتب الحديث خلاف ذلك ثم ذكر ما ذكره البيهقي وعلق على قول من قال: انفرد ابن عباس بإنكار العول بقوله: مراده بذلك من الصحابة وإلا فقد تابعه محمد بن عليّ ابن الحنفية، وعطاء بن أبي رباح وهو قول داود وأتباعه. ١.هـ.

ثم رأيت في مُصنّف عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاووس قال: أخبرني أبي أنه سمع ابن عباس يقول: لوددت أني وهؤلاء الذين يخالفوني في الفريضة نجتمع فنضع أيدينا على الركن ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين.

وليس هذا في هذه المسألة بعينها بل في كل فريضة، لأن مذهب ابن عباس أنه لا عول أصلاً في الفروض التي قدرها الله، وقد أخرج الأثر المذكور ابن المنذر أيضاً من طريق عبد الرزاق، وأخرج سعيد بن منصور في سننه عن عطاء قال: قلت لابن عباس: إن الناس لا يأخذون بقولي ولا بقولك ولو مت أنا وأنت ما اقتسموا ميراثنا على ما تقول قال: فليجتمعوا فلنضع أيدينا على الركن ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ما حكّم الله بما قالوا. وهذا مثل سابقه، والله أعلم.

فصل في العصابات

والعصبة من يأخذ جميع المال إذا انفرد، أو ما يفضل عن صاحب الفرض إذا اجتمع معه، فإن لم يفضل عن صاحب الفرض شيء سقطت العصابات، وأقرب العصابات: الابن، ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد وإن علا، والأخ للأبوين، ثم للأب، ثم ابن الأخ للأبوين، ثم ابن الأخ للأب، ثم العم، ثم ابنه وإن سفل، ثم عم الأب، ثم ابنته، وهكذا.

فإن لم يكن له عصابات نسب فعصابات الولاء، فمن عتق عليه عبدًا، إما بإعتاق، أو تدبير، أو كتابة، أو استيلاء، أو غير ذلك فولأؤه له، فإذا مات هذا العتيق وليس له وارث ذو فرض ولا عصبه، ورثه المعتق بالولاء، فإن كان المعتق ميتًا انتقل الولاء إلى عصابته دون سائر الورثة، يُقدّم الأقرب فالأقرب على الترتيب المُتقدّم، إلا أن الأخ يشارك الجد، وهنا الأخ مقدّم على الجد، فإن لم يكن للمعتق عصبه نسب انتقل إلى معتق المعتق، ثم إلى عصبته، وللمعتق أيضًا الولاء على أولاد العتيق، فيقدّم معتق الأب على معتق الأم.

فلو تزوج عبدٌ بمعتقة فأتت بولد فولأؤه لمعتق الأم، فلو عتق أبوه بعد ذلك انجرّ الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب.

ولا ترث المرأة بالولاء إلا من عتيقها وأولاده وعتقائه، فإذا لم يكن للميت أقارب، ولا ولاء عليه، انتقل ماله إلى بيت المال إرثًا للمسلمين إن كان السلطان عادلًا، فإن لم يكن عادلًا رُدَّ على ذوي الفروض من غير الزوجين على قدر فروضهم، إن كان ثم ذو فرض.

قال المصنف رحمته:

(فصل في) ذكر (العصابات) وأحكامهم وتوريث ذوي الأرحام وما يتصل بذلك والزيادة على ما في الترجمة لا تُعاب لأنها تفضل (والعصبة) أصله جمع عاصب، وقد كثر إطلاقه على الواحد كما مضى وهو (من لا مقدّر له من الورثة فيأخذ جميع)

التركة (المال) وغيره (إذا انفرد أو ما يفضل عن صاحب الفرض) واحداً كان أو أكثر (إذا اجتمع معه فإن لم يفضل عن صاحب الفرض شيء سقطت العصابات) يعني أن من شأن العصابة ذلك وإن لم يقع ذلك في بعضهم كالابن والأب، وتنقسم العصابات أربعة أقسام عصابة بنفسه كالابن وعصابة بنفسه وغيره كالأخ والأخت وعصابة بغيره كال بنت مع الابن وعصابة مع غيره كالأخت مع البنت أو بنت الابن والفرق بين العصابة بغيره والعصابة مع غيره أن في الأول لُحْمَةٌ عَصُوبَةٌ بخلاف الثاني قاله في المغني (وأقربهم) أي العصابات (الابن) لأن الله تعالى بدأ به في جملة قوله: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١]، والعرب تبدأ في كلامها بالأهم فالأهم والقرآن نزل على أسلوب كلامها (ثم ابن الابن وإن سفل) لأن سبب استحقاقه: البنوة وهي مقدمة على الأبوة بدليل أن الله جعل للأب السدس عند وجود الولد (ثم الأب) لأن سائر العصابات يُدُونُ به (ثم الجد وإن علا والأخ للأبوين) عبر في هذا بالواو لأن الجد لا يحجبه في المذهب بل يقاسمه (ثم الأخ للأب) لأنه ابن للأب كالشقيق وإنما قدم الشقيق عليه لزيادته بقرابة الأم (ثم ابن الأخ للأبوين) لقوته (ثم ابن الأخ للأب) وإن سفلًا لتقدم جهة الأخوة على العمومة (ثم العم) الشقيق ثم الذي لأب (ثم ابنه) كذلك (وإن سفل) لأنه أقرب إلى الميت ممن بعده (ثم عم الأب) أي أبي الميت الشقيق ثم الذي لأب (ثم ابنه) كذلك (وهكذا) مَنْ بعدهم أي ثم عم الجد ثم ابنه وإن سفل... والأصل في توريث العصابات قوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوْلَىٰ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٣٣] فعن مجاهد أنه قال: الأقربون العصابة وقوله ﷺ: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦]، وقوله ﷺ: «... فما بقي فلأولى رجل ذكر» السابق (فإن لم يكن له) أي للميت (عصابات نسب ف) وارثوه (عصابات الولاء فمن عتق عليه) كذا وجدته في الطبعة الميمنية: عتق بلا همز في أوله وهو بصيغة المعلوم فاعله وهو (عبدٌ إما بإعتاق) منه محض (أو تدبير) من أبيه مثلاً (أو كتابة أو استيلاء أو غير ذلك) كتعليق عتقه عن كفارة بصفة فوجِدَتْ وكالسراية (فولاؤه له) لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»

وقوله صلى الله عليه وسلم: «الولاء لحمة كلحمة النسب» قال الخطيب: صححه ابن حبان، والحاكم، وقد رواه الشافعي، والبيهقي وأعله واللحمية بضم فسكون معناها الارتباط ثم للإجماع والولاء بفتح الواو عسوبة سببها إنعام المعتق أو أصله على عبده بفك رقبتة (فإذا مات هذا العتيق وليس له وارث ذو فرض ولا عسبة) من النسب (ورثه المعتق بالولاء) للخبرين المذكورين وغيرهما، وأخرج البيهقي عن الشعبي قال: كان عبد الله لا يورث موالي مع ذي رحم شيئا، وكان عليّ وزيد رضي الله عنهما يقولان: إذا كان ذو رحم ذو سهم فله سهمه وما بقي فللموالي هم كلاله (فإن كان المعتق ميتا) قبل العتيق (انتقل الولاء) أي الإرث به (إلى عصبته) المتعصبين بأنفسهم (دون سائر الورثة) للمعتق (يقدم الأقرب) إليه وقت موت العتيق (فالأقرب على الترتيب المتقدم) آفا في هذا الفصل (إلا أن الأخ يشارك الجد) في الإرث هناك (وهنا الأخ مقدم على الجد) وكذا ابن الأخ، وإن سفل، لأن تعصيب الأخ يشبه تعصيب الابن لأنه ابن الأب والجد أبو الأب ولو اجتمع هنا الأب والابن قدم الابن وكان القياس في النسب ذلك فصداً الإجماع عنه فإن الصحابة إنما اختلفوا في تقديمه على الأخ وتوريثه معه وإحداث قول ثالث في مثل ذلك ممنوع، لأنه يكون خرقاً للإجماع هذا وأعتقد أن إلا في كلام المصنف للاستثناء المنقطع فهي بمعنى لكن والله أعلم.

(فإن لم يكن للمعتق عسبة نسب انتقل) الإرث (إلى معتق المعتق ثم إلى عصبته) ثم إلى معتق معتق المعتق ثم إلى عصبته وهكذا فإن ملكت امرأة أباه عتق عليها ثم إن ملك الأب عبداً فعتق عليه ثم مات الأب عنها وعن ابن له ثم مات عتيقه عنهما ورثه الابن دونها، لأنه عسبة معتق وهي معتقة معتق وتعرف هذه المسألة بمسألة القضاة، لأنه أخطأ فيها أربعمئة قاضٍ من غير المتفقهة فيما قيل فجعلوا الإرث للبنت وغفلوا عن كون عسبة المعتق مقدما على معتق المعتق.

(وللمعتق أيضاً الولاء على أولاد العتيق) وإن سفلوا (ف) إذا مات ولد عتيقين (يقدم معتق الأب على معتق الأم) لقوته بكون نسب الولد إلى أبيه شرعا (فلو تزوج

عبدٌ بمعتقة) بصيغة اسم المفعول ولو قال: بعتيقة كان أوضح (فأنت بولد فولأؤه) أي الولد (لمعتق الأم) إذ لا مزاحم له الآن (فلو عتق أبوه بعد ذلك انجر الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب) لأن الولاء فرع النسب والنسب معتبر بالإرث وإنما تثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب فإذا وجد عاد إلى موضعه الأصلي كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج.

وقول المصنف: بمعتقة يُخرج الأمة فلو تزوج عبدٌ أمةً فحلبت منه ثم عتقت وهي حامل ثبت الولاء لمعتقها عليها وعلى حملها فإن عتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء إلى مولاه، لأن الولد هنا مَسَّهُ الرُقُّ فُقُدِّمَ المُنْعَمُ عليه بالعتق على المنعم على أبيه وإن كان الإنعام على أبيه إنعاماً عليه أيضاً لكن بواسطة.

وإن أولد حرُّ الأصل عتيقةً فلا ولاء على الولد (ولا ترث المرأة بالولاء إلا من عتيقها وأولاده وعتقائه) فلا ترث بعصوبة المعتق والرجل يزيد بذلك والمعنى فيه أن الولاء أضعف من النسب المتراحي الذي يرث به الذكر دون الأنثى كولد الأخ وولد العم فبنت المعتق مثلاً أولى بذلك (فإذا لم يكن للميت أقارب) نسب أصلاً أو كانوا ولم يستغرقوا البركة (ولا ولاء عليه انتقل ماله) وشبهه ولو قال: ميراثه كان أشمل (إلى بيت المال إرثاً) أي موروثاً (للمسلمين) أو التقدير: إرثاً فهو مفعول لأجله وذلك لأنهم يحملون عنه أثقاله والإرث سببه الموالاة والمناصرة: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وورد عنه ﷺ أنه قال: «أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه» وهو ﷺ لا يرث لنفسه شيئاً، وإنما يضعه في مصالح المسلمين وأخرج البيهقي عن خارجة بن زيد قال: رأيت أبي يجعل فضول المال في بيت المال ولا يرث على وارث شيئاً، وأخرج عن ابن مسعود أنه جعل مال رجل مات ولم يخلف وارثاً في بيت المال وإنما ينتقل إلى بيت المال (إن كان السلطان) أي المتولى لأمره (عادلاً) يضع الحقوق في مواضعها (فإن لم يكن عادلاً) أو لم يكن بيت مال أصلاً كما فهم بالأولى (رُدّ) الفاضل (على ذوي الفروض من غير الزوجين) لأن علة الرد القرابة وهي مفقودة فيهما وحكي الإجماع عليه هذا إذا لم يكن مع

الزوجية نسبٌ وإلا رُدَّ عليهما به ويُرد (على قدر فروضهم إن كان ثم ذو فرض) طلبا للعدل فيهم فإن كان صنفا واحدا فظاهر، وإن كان صنفين أو أكثر رُدَّ عليهم بنسبة سهامهم ففي بنت وأم هي من ستة يبقى بعد فرضيهما سهمان ينكسران على سهامهما فتضرب أربعة في ستة تبلغ أربعة وعشرين للبننت ثمانية عشر وللأم ستة وتُختصر فتجعل من أربعة للبننت ثلاثة وللأم واحد، وفي بنت وأم وزوج يبقى بعد إخراج فروضهم من اثني عشر سهم واحد ربعة للأم وثلاثة أرباعه للبننت فاضرب أربعة في اثني عشر تبلغ ثمانية وأربعين للزوج ثلاثة في أربعة باثني عشر وللبننت ستة في أربعة بأربعة وعشرين وللأم اثنان في أربعة بثمانية يبقى أربعة للأم ربعها واحد وللبننت ثلاثة أرباعها، وتُختصر إلى ستة عشر للزوج أربعة وللبننت تسعة وللأم ثلاثة وطريق الاختصار أن تعتبر الجزء الصحيح الذي وافقت فيه المسألة كُلاً من الأنصباء فتردها إليه فإذا اعتبرنا ذلك في الأولى وجدناها وافقت في السدس فردناها إليه وإذا اعتبرنا في الثانية وجدنا موافقتها في الثلث فردناها إلى ثلثها وهو ستة عشر، وطريق آخر وهو أن تعتبر الأنصباء فتأخذ من كل نصيب الجزء الذي وافق فيه غيره من الأنصباء فتجمع الأجزاء وتجعلها المسألة مثلا الحاصل في الثانية للبننت سبعة وعشرون فرضا وردا وللأم تسعة كذلك وللزوج اثنا عشر وهذه الأعداد متوافقة بالثلث فرد كلاً منها إلى ثلثه واجمع الأثلاث تبلغ ستة عشر وقس على ذلك.

توريث ذوي الأرحام

وإلا فيصرف إلى ذوي الأرحام، فيقام كل واحد منهم مقام من يُدلي به، فيجعل ولد البنات والأخوات كأمهاتهم، وبنات الإخوة والأعمام كآبائهم، وأبو الأم والخال والخالة كالأم، والعم للأم والعممة كالأب.

ولا يرث أحد بالتعصيب وثم أقرب منه، ولا يُعصّب أحد أخته، إلا الابن، وابن الابن، والأخ، فإنهم يعصّبون أخواتهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ويعصّب ابن الابن من يحاذيه من بنات عمه، ويعصّب من فوقه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهنّ فرض، ولا يشارك عاصبٌ ذا فرضٍ إلا المشركة وهي: زوج، وأم أو جدة، واثنان فأكثر من الإخوة للأم، وأخ شقيق فأكثر: للزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللإخوة للأم الثلث يُشاركهم فيه الشقيق.

ومتى وجد في شخص جهتا فرض وتعصيب، ورث بهما، كابن عم هو زوج، أو ابن عم هو أخ لأم.

قال المصنف رحمه الله:

(وإلا) يكن ثم ذو فرض يرد عليه (ف) المال (يصرف إلى ذوي الأرحام) لما مرّ أوائل الباب وإنما قدم الرد عليه، لأن القرابة المفيدة لاستحقاق الفرض أقوى واعتراض عليه بأنه استوفى حق قوته بما أخذه من الفرض.

ثم في توريثهم مذهبان: أحدهما: مذهب أهل القرابة وهو تقديم الأقرب إلى الميت. ثانيهما: وهو الأصح في المذهب مذهب أهل التنزيل (فيقام كل واحد منهم مقام من يُدلي به فيجعل ولد البنات والأخوات كأمهاتهم وبنات الإخوة والأعمام كآبائهم وأبو الأم والخال والخالة كالأم والعم للأم والعممة كالأب) ففي بنت بنت و بنت ابن المال بينهما أرباعاً على الأصح ولبنت البنت على مقابل الأصح لقرابتهما فإن لم يوجد أحد منهم فحكمه حكم المال الضائع بصرفه من وجدّه في مصالح المسلمين

وجوبا على المعتمد ويجوز له أن يأخذ منه لنفسه ولعياله بقدر الحاجة.
ثم شرع المصنف في التصريح بما عُلِمَ مما سبق ليتقرر في الذهن فقال: (ولا يرث أحد بالتعصيب وثم أقرب منه) فالبنوة مقدمة على الأبوة وهي مقدمة على الأخوة وهكذا (ولا يعصب أحد أخته إلا الابن وابنه والأخ فإنهم يعصبون أخواتهم للذكر مثل حظ الأنثيين) كما مضى ذلك (ويعصب ابن الابن) زيادة على ذلك (من يحاذيه من بنات عمه ويعصب من فوقه من عماته وبنات عم أبيه) أو جده (إذا لم يكن لهن فرض) بأن استغرقت البنات الثلثين وهذه الميزة خاصة به من بين العصبات، فيالله ما أبركهُ على أولات الرغبات (ولا يشارك عاصب ذا فرض) في فرضه، لأن شأنه أن يأخذ ما فضل عن الفروض أو يسقط إذا لم يفضل شيء (إلا في المشتركة) بفتح الراء المشددة أي الفريضة المشترك فيها فهو من الحذف والإيصال كما يقولون أي حذف الجار وإيصال الضمير إلى الاسم فيستتر فيه ، وقيل: بكسرها اسم فاعل مجازا عقليا بحسب الأصل.

(وهي زوج وأم أو جدة واثنان فأكثر) بالنصب على ما قررته وكررتها (من الإخوة) والأخوات (للأم وأخ شقيق فأكثر) أصلها من ستة (للزوج النصف) ثلاثة (وللأم أو الجدة السدس) واحد (وللأخوة للأم الثلث) اثنان (يشاركها) أي الأخوة وأنت الضمير لجوازه باعتبار الجماعة ويحكى عن الزمخشري أنه قال مؤرِّياً:

إن قومي تجمَعُوا وبقتلي تحادثوا
لا أبالي بجمعهم كل جمع مؤنث

وقول المصنف: (فيه) أي في ثلثها (الشقيق) أي جنسه، لأنه مشارك لهم في قرابة أمهم فإن كان هو واحداً والإخوة من الأم اثنان انكسر الثلث عليهم فاضرب ثلاثة في ستة تبلغ ثمانية عشر للزوج تسعة وللأم أو الجدة ثلاثة وللأخوة الثلاثة ستة لكل منهم اثنان، وتسمى هذه المسألة أيضاً المنبرية، لأن عمر رضي الله عنه قضى فيها وهو على المنبر والحمارية لِمَا ورد أنها لَمَّا وقعت في عهده رضي الله عنه وحرَمَ الأشقاء من الميراث

قالوا: هب أن أبانا كان حماراً أو قال زيد بن ثابت: هب أن أباهم كان حماراً ما زادهم الأب إلا قُرْباً وَهَبْ: معناه: افرض أي قَدَّرَ واحْسَبْ وأن وما بعدها معمولةٌ وليس من الهبة والإعطاء كما قد يقع لبعض الناس كما تسمى الحجرية واليَمِيَّةُ أيضاً لما روي أنهم قالوا: هب أن أبانا كان حجراً مُلَقَّى في اليمِّ، ولو كان بدل الشقيق شقيقة أو أكثر من واحدة فرض لها النصف أولهن الثلثان وكذا الأخت أو الأخوات من الأب وأُعيلت الفريضة بخلاف الأخ من الأب فإنه ساقط بالإجماع بل لو كان معه أخت أو أخوات مثله سقطت وسقطن بسببه ولذا يسمى الأخ المشؤم، ولو كان مع الشقيق شقيقة صحت من اثني عشر، لأن عددهما مع ولدي الأم أربعة توافق الاثنین بالنصف فترد إليه ويضرب اثنان في ستة تبلغ ذلك للزوج ستة وللأم أو الجدة اثنان ولكل أخ أو أخت واحد ولا تفاضل بين ذكر وأنثى، لأنهم إنما يأخذون بأخوة الأم.

ذكر اختلاف العلماء في مسألة المشتركة :

قال أبو عمر الحافظ في الاستذكار: المشتركة عند العلماء بالفقه والفرائض هي زوج وأم وأخوان لأم وأخ أو إخوة لأب وأم، ومتى اجتمع في المسألة أربعة شروط فهي المشتركة وذلك أن يكون فيها زوج وأم أو جدة واثنان من الإخوة للأم فصاعداً وأخ أو إخوة لأب وأم، وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم فيها فحكى عن عمر، وعثمان رضي الله عنهما أنهما يشركان قال: وهي رواية أهل المدينة عن زيد بن ثابت، وبه قال شريح، ومسروق، وسعيد بن المسيب، ومحمد بن سيرين، وطاووس، وعمر بن عبد العزيز، وإبراهيم النخعي، ومالك، والشافعي، والثوري، وشريك النخعي، وإسحاق بن راهويه.

قال: وكان عليّ وأبي بن كعب، وأبو موسى الأشعري لا يُدخِلون وكَد الأب والأم مع ولد الأم لأنهم عصبية، وقد استغذقت الفرائض المال فلم يبق لهم شيء، وبه قال الشعبي وأبو حنيفة، وأصحابه وابن أبي ليلى ويحيى بن آدم، وأحمد بن حنبل، ونعيم بن حماد، وأبو ثور، وداود، والطبري، وجماعة من أهل العلم والفرائض، ورُوي عن زيد بن ثابت، وابن مسعود، وابن عباس القولان جميعاً والمشهور عن

ابن عباس أنه لم يشرك والمشهور عن زيد أنه يشرك، وقال وكيع بن الجراح: اختلف فيها عن جميع الصحابة إلا عن عليّ رضي الله عنه فإنه لم يُخْتَلَفْ عليه عنه أنه لم يشرك ورُوي عن عمر أنه قضى فيها فلم يشرك ثم قضى في العام الثاني فشرک، وقال: ذاك على ما قضينا وهذا على ما قضينا.

قال أبو عمر: وحجة من شرك واضحة لا شراك الأشقاء والإخوة من الأم في أم واحدة، وحجة من لم يشرك أن الأشقاء عصبه لا ذو وفرض والعصبه إنما يرثون ما فضل عن الفروض ولم يفضل لهم شيء هنا.

ومما يبين حجتهم أن الجميع قالوا في زوج وأم، وأخ لأم، وعشرة إخوة لأب وأم أو أكثر أن الأخ للأم يأخذ السدس كاملاً والسدس الباقي بين الأشقاء فلم يستحقوا بقرابة الأم أن يساوه في الميراث فكذلك ينبغي أن يكون في المشتركة، والله أعلم. ا.هـ. ولم أنقيد بكل عبارته بل بمعناه.

قال المصنف رحمته الله:

(ومتى اجتمع في شخص) واحد (جهتا) أي سببا (فرض وتعصيب ورث بهما) لأنهما قرابتان يورث بكل منهما منفردة فيورث بهما مجتمعتين وذلك (كابن عم) أو معتق (هو زوج) فله النصف بالزوجية والباقي بالعصوبة (أو ابن عم هو أخ لأم) فله السدس فرضاً بالأخوة والباقي عصبوبة بينوة العم فلو أتى مع أخ لأم ليس ابن عم فلهما الثلث والباقي للزائد بينوة العم أو بالعكس فرض له السدس والباقي بينهما سواء فإن أتيا مع بنت فلهما نصفها والباقي بينهما سواء، لأن أخوة الأم قد حجبت بالبنت. قال البغوي في شرح السنة: قضى عليّ رضي الله عنه في ابني عم أحدهما أخ لأم والآخر زوج أن للزوج النصف وللأخ من الأم السدس وما بقي بينهما نصفان.

أما من اجتمع فيه جهتا فرض فإنه يرث بأقواهما فقط، لأنهما قرابتان يفرض بكل منهما عند الانفراد فيكون بأقواهما عند الاجتماع كما في الأخت لأبوين لا يفرض لها النصف والسدس اعتباراً بالجهتين.

والقوة بحجب إحداها الأخرى كأن يظاً أمه بشبهة فتلد بنتاً ويموت عنها فترث

منه بالبنة فقط، لأن البنت تحجب الأخت من الأم أو ينكح مجوسي بنته فتلد بنتا ويموت عنهما فلهما الثلثان بالبنة فقط لأن البنت تحجب الزوجة حجب نقص أو يكون إحداهما لا تحجب والأخرى قد تحجب كأن يطأ بالشبهة بنته فتلد بنتا فإنما تراث الوالدة البنت بالأمومة، لأن الأم لا تحجب حرمانا والأخت يحجبها جماعة، أو يكون إحداهما أقل حجبا كأن يطأ البنت الثانية فتلد ولدا فالأولى أم أم الولد وأخته لأبيه فتراث منه بالجدودة لأنها أقل حجبا إذ لا يحجبها غير الأم نعم لو حجبت القوية وراثت بالضعيفة كأن يموت الولد المذكور عن أمه وأمه معا فللام الثلث بالأمومة وللعليا النصف بالأخوة ويلغز بها فيقال: قد تراث الجدة أم الأم مع الأم ويكون للجدة النصف وللأم الثلث، والله أعلم.

فرع: في أصول المسائل وما يعول منها وتصحيحها:

إذا كانت الورثة عصابات قسمت التركة بينهم بالسوية إن تمحضوا ذكورا كثلاثة بنين أو إخوة أو إناثا كثلاث معتقات أعتقن رقيقا بينهما بالسوية فإن اجتمع الذكر والأنثى قُدِّرَ الذكرُ كأنثيين كابن وبنت هي ثلاثة اثنان للابن وواحد للبنت وقس عليه. وأصل المسألة عدد رؤوسهم وإن كان فيهم ذو فرض أو ذوا فرضين متمائلين مَخْرَجًا كنصفين وثلثين وثلث فأصلها هو ذلك المخرج والمخرج هو أقل عدد يخرج منه ذلك الجزء صحيحا ففي زوج وأخت لغير أم هي اثنان لكل منهما واحد وفي بنتين وجد هي ثلاثة للجدِّ واحدٌ ولهما اثنان فمخرج النصف اثنان والثلث ثلاثة والرابع أربعة والسدس ستة والثمان ثمانية، لأن أقل عدد له نصف صحيح: اثنان وأقل عدد له ثلث صحيح ثلاثة وهكذا الباقي وكل عددين متفاضلين يَفْنَى أكثرهما بأقلهما مرتين فأكثر يسميان متداخلين لدخول القليل في الكثير وشرط التداخل أن لا يزيد الأقل على نصف الأكثر وكل عددين مختلفين لا يفنى أكثرهما بأقلهما فإن أفناهما عدد ثالث سمي متوافقين، وإن لم يفنهما إلا الواحد سُمِّيَا متباينين فالمتداخلان كالثلاثة والستة مخرجي الثلث والسدس والمتوافقان كالستة والثمانية وكالأربعة والستة والمتباينان كالثلاثة والأربعة مخرجي الثلث والرابع فأصل المسألة في

المتداخلين أكثرهما وفي المتوافقين حاصل ضرب وفق أحدهما في كامل الآخر، وفي المتباينين حاصل ضرب أحدهما في الآخر ففي أم وولديها وأخ لغيرها هي ستة لتداخل مخرجي الثلث والسدس وفي أم وزوجة وابن أصلها أربعة وعشرون حاصل وفق أحد المخرجين وهو الكسر الذي وافق به في كامل الآخر فتضرب ثلاثة وهي نصف الستة في ثمانية أو تضرب أربعة وهي نصف الثمانية في ستة يحصل ذلك، وفي أم وزوجة وأخ لغير أم أصلها اثنا عشر حاصل ضرب ثلاثة في أربعة مخرجي الثلث والربع فالأصول أي مخارج الفروض سبعة أعداد: اثنان. ثلاثة. أربعة. ستة. اثنا عشر. أربعة وعشرون والذي يعول منها ثلاثة أعداد وهي الستة فتعول إلى عشرة وترا وشفعا والاثنا عشر تعول إلى سبعة عشر بالأوتار والأربعة والعشرون تعول عولة واحدة لسبعة وعشرين.

فإن انقسمت سهام المسألة من أصلها على الورثة فظاهر، وإن انكسرت سهام صنف فإن بايئت عدده ضرب عدده في المسألة بعولها إن عالت كزوج وأخوين لغير أم أصلها اثنان للزوج واحد وللأخوين واحد انكسر عليهما فتضرب اثنين في اثنين تبلغ أربعة وتصح وكزوج وخمس أخوات لغير أم أصلها ستة حاصلة من ضرب اثنين في ثلاثة لتباينهما وتعول إلى سبعة للزوج منها ثلاثة وللأخوات أربعة تنكسر عليهن فاضرب عددهن في سبعة تبلغ خمسة وثلاثين فتصح، وإن وافقته ضرب وفقه في المسألة فما بلغ صحت منه كام وأربعة أعمام لغير أم أصلها ثلاثة للأم واحد يبقى اثنان ينكسران على الأعمام لكنهما يوافقان عددهم بالنصف فترد الأربعة إلى اثنين ويضربان في الثلاثة يبلغ ستة فتصح وكزوج وأبوين وست بنات أصلها اثنا عشر حاصلة من ضرب اثنين في ستة أو ثلاثة في أربعة أي وفق أحد المخرجين في كامل الآخر وأما مخرج الثلثين فداخل في مخرج السدس فنكتفي بالأكثر وتعول إلى خمسة عشر ثم ينكسر نصيب البنات وهو ثمانية على عددهن فيضرب وفق عددهن وهو ثلاثة في الخمسة عشر يبلغ خمسة وأربعين وتصح وإن انكسرت السهام على صنفين فمن وافقت سهامه عدده منهما أو من أحدهما رد إلى وفقه ومن بايئته سهامه

تُرك بحاله ثم إن تماثل العددين ضُرب أحدهما في المسألة وإن تداخلا ضرب فيها أكثرهما وإن توافقا ضرب وفق أحدهما في الآخر ثم ضرب الحاصل في المسألة وإن تباينا ضرب أحدهما في الآخر ثم ضرب الحاصل في المسألة بعولها إن عالت فما بلغ الضرب في كل ذلك صحت منه ويقاس على ذلك الإنكسار على ثلاثة وعلى أربعة، ولا يزيد على ذلك في غير الولاء بالاستقراء فإذا أريد بعد التصحيح معرفة نصيب كل صنف من المبلغ ضُرب نصيبه من أصلها فيما ضُرب فيها فما خرج فهو نصيبه فيقسم على آحاده ففي جدتين وثلاث أخوات لغير أم وعم أصلها ستة، وتصح بضرب ستة فيها من ستة وثلاثين فللجدتين واحد في ستة ستة لكل منهما ثلاثة وللأخوات أربعة في ستة أربعة وعشرون لكل أخت ثمانية وللعم واحد في ستة ستة، والله أعلم.

تتمة: الواحد يوافق الواحد والعدد أي عدد كان وإنما يأتي الاختلاف عند التعدد فيرد الاختلاف إلى الإئتلاف كما رأينا إذا توفرت المعرفة والنية رد الله كل اختلاف بين المسلمين إلى ائتلاف وبصّرنا رشدنا وألزمنا إياه، وأحسن لنا من كل ما يُنسب إلينا عقباه آمين وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين سبحانه ربك رب العزة عما يصفون سبحانه الله العظيم وبحمده عدد خلقه ورضى نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته كلما ذكره الذاكرون، وغفل عن ذكره الغافلون، وصلى الله على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه وسلم وعلى التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

كان الوصول إلى هنا يوم السبت الثالث والعشرين من شهر شعبان المبارك

عام ١٤٣٥ هـ.

فهرس الموضوعات

٥.....	(كتاب البيع)
١٠.....	ذكر المذاهب في اشتراط الصيغة:
١٥.....	حكم المبيع في مدة الخيار.....
١٨.....	ذكر المذاهب في أكثر مدة الخيار.....
١٩.....	الاستدلال.....
٢٠.....	فروع.....
٢٢.....	فصل في شروط المبيع.....
٢٤.....	مبحث في الأوراق النقدية:
٢٤.....	فرع هام:
٢٧.....	فرع.....
٢٨.....	ذكر المذاهب في عقد الفضولي:
٢٨.....	الاستدلال.....
٣٥.....	ذكر المذاهب في بيع المُعَيَّن غير المرئي:
٣٥.....	الاستدلال.....
٣٩.....	فصل في الربا.....
٤٤.....	ذكر المذاهب في علة الربا:
٥٨.....	فصل [في البيوع الفاسدة]
٧٣.....	البيوع المحرمة.....
٧٧.....	فرع.....
٧٨.....	فرع آخر:
٧٩.....	[تفريقُ الصفقة وتعددُها]:
٨٣.....	فصل [رد المبيع بالعيب]

- ٩٢ [حكم التصرية]:
- ٩٦ فروع:
- ٩٧ فصل [في بيع الثمار]:
- ١٠٤ ذكر المذاهب في بيع المستور بما هو من مصلحته:
- ١٠٤ فصل:
- ١٠٦ فصل [قبض المبيع وضمانه]:
- ١٠٧ فرع:
- ١٠٩ تنبيه:
- ١١١ ذكر المذاهب في وضع جائحة الثمر:
- ١١٢ الاستدلال:
- ١١٧ تنبيه:
- ١١٧ فرع:
- ١١٩ فصل: [اختلاف المتبايعين في كيفية العقد]:
- ١٢٢ فروع:
- ١٢٣ (باب السلم):
- ١٢٦ ذكر الاختلاف في السلم الحال:
- ١٣٥ ذكر الاختلاف في السلم في الحيوان:
- ١٣٦ الاستدلال:
- ١٣٧ فائدة:
- ١٣٨ ذكر المذاهب في ذلك:
- ١٤١ تنمة:
- ١٤٢ فصل [في القراض]:
- ١٤٦ ذكر الاختلاف في قرض الخبز:
- ١٥١ فرع في السفتجة:
- ١٥٣ (باب الرهن):

- ١٦٣ ذكر اختلاف العلماء في رهن المشاع:
- ١٦٣ الاستدلال
- ١٦٤ ذكر الاختلاف في نماء الرهن:
- ١٦٤ الاستدلال
- ١٦٥ ذكر حكم الاختلاف في قدر الدين المرهون به:
- ١٦٦ ذكر الاختلاف في أن يد المرتهن يد أمانة أو يد ضمان:
- ١٦٧ الاحتجاج:
- ١٦٩ (باب التفليس)
- ١٧٢ فائدة في أحكام المسجون:
- ١٧٥ ذكر المذاهب في إيجار المفلس نفسه للدين:
- ١٧٦ الاحتجاج:
- ١٨٠ ذكر المذاهب في المسألة:
- ١٨٣ (باب الحجر)
- ١٨٦ ذكر المذاهب في أولياء المال:
- ١٩٢ ذكر المذاهب في الرشد ما هو؟:
- ١٩٤ ذكر المذاهب في رشد المرأة:
- ٢٠٦ ذكر المذاهب في سن البلوغ وحكم نبات العانة:
- ٢٠٧ الاستدلال على كون سن البلوغ خمس عشرة:
- ٢٠٨ الاستدلال على حكم الإنبات:
- ٢١١ (باب الحوالة)
- ٢١٦ ذكر المذاهب في حال تعذر تسلم المحتال من المحال عليه:
- ٢١٨ (باب الضمان)
- ٢٢٨ ذكر المذاهب في ضمان المجهول وما سيجب:
- ٢٢٩ ذكر المذاهب في الرجل المدين يموت قبل المَحَلِّ:
- ٢٣١ ذكر المذاهب في ضامن ضمن بغير إذن وأدى بغير إذن:

- ٢٣٣ كفالةُ البدنِ
- ٢٣٥ ذكر أقوال العلماء في كفالة البدن أو الوجه:
- ٢٣٦ دليل الجمهور المجوزين:
- ٢٤١ ذكر المذاهب في المكفول به يموت:
- ٢٤٤ (باب الشركة)
- ٢٥٢ ذكر المذاهب في الشركة في العروض وفي اشتراط الخلط:
- ٢٥٥ فرع
- ٢٥٧ فائدة
- ٢٦١ ذكر المذاهب في هذه الأنواع:
- ٢٦٥ (باب الوكالة)
- ٢٨٣ ذكر المذاهب في بعض مسائل الوكالة:
- ٢٨٦ (باب الوديعة)
- ٢٩٥ ذكر المذاهب في بعض فروع باب الوديعة:
- ٢٩٦ الاختلاف في الرد هل يَحْلِفُ فَيُصَدِّقُ؟
- ٢٩٦ ذكر المذاهب في غلة الوديعة إذا عمل فيها الوديع من غير إذن المالك:
- ٢٩٩ (باب العارية)
- ٣٠٧ ذكر المذاهب في ضمان العارية:
- ٣١٠ (باب الغصب)
- ٣٢١ ذكر المذاهب في بعض مسائل الغصب:
- ٣٢٤ (باب الشفعة)
- ٣٣٣ ذكر المذاهب في بعض مسائل الباب:
- ٣٣٧ (باب القراض)
- ٣٤٥ ذكر المذاهب في بعض مسائل القراض:
- ٣٤٨ (باب المساقاة)
- ٣٥٤ ذكر المذاهب في المساقاة وعلى ماذا تجوز؟:

- ٣٥٨ فصل المزارعة.
- ٣٦١ ذكر المذاهب في المزارعة والمخابرة المُسْتَقَلَّتَيْن: .
- ٣٦٤ مسألة: .
- ٣٦٦ (باب الإجارة)
- ٣٨٧ ذكر المذاهب في بعض مسائل الإجارة: .
- ٣٩٠ (فصل الجعالة)
- ٣٩٤ (باب اللقطة واللقيط)
- ٣٩٩ ذكر المذاهب في التقاط الممتنع من صغار السباع: .
- ٤٠٦ ذكر المذاهب في إرسال الضالة بعد أخذها: .
- ٤٠٨ (فصل في أحكام اللقيط)
- ٤١٣ ذكر المذاهب فيما ينفقه الملتقط من مال نفسه على اللقيط: .
- ٤١٤ ذكر بعض المذاهب في الإنفاق على اللقيط من ماله: .
- ٤١٦ (باب المسابقة) على الخيل والسهام ونحوهما
- ٤٢٤ ذكر المذاهب في بعض مسائل المسابقة: .
- ٤٢٥ الباب الأول: باب الصلح
- ٤٢٧ الباب الثاني: باب إحياء الموات
- ٤٣١ الباب الثالث: باب الإقرار
- ٤٣٣ باب الوقف
- ٤٤٤ ذكر المذاهب في بعض مسائل الوقف: .
- ٤٤٨ (باب الهبة)
- ٤٥٤ ذكر المذاهب في بعض مسائل الهبة: .
- ٤٥٥ اشتراط الإيجاب والقبول لفظاً: .
- ٤٥٨ (باب العتق)
- ٤٦٢ (باب التدبير)
- ٤٦٤ (فصل) في (الكتابة)

- ٤٦٦ ذكر المذاهب في حكم المكاتبه إذا طلبها الرقيق:
- ٤٧١ (فصل: في أحكام الإستيلاء للأمة).
- ٤٧٢ ذكر المذاهب في بيع أمهات الأولاد:
- ٤٧٤ (باب الوصية).
- ٤٧٩ فروع:
- ٤٨٩ (كتاب الفرائض).
- ٤٩٧ (وموانع الإرث أربعة):
- ٤٩٨ ذكر المذاهب في إرث القاتل:
- ٥٠٢ فصل في ميراث أهل الفروض
- ٥١٩ خلاصة البحث
- ٥٢٢ (فصل في الحجب)
- ٥٢٧ فصل في العصبات
- ٥٣٢ توريث ذوي الأرحام
- ٥٣٤ ذكر اختلاف العلماء في مسألة المشركة:
- ٥٣٦ فرع: في أصول المسائل وما يعول منها وتصحيحها
- ٥٣٩ فهرس الموضوعات
