

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٥٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفي سنة ٥٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المغني ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد
ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (ابي عبد الله احمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينها بخط عرضي

دارالكتاب العربي

للتشريع والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاجارات

الاصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى قالت (إحداهما بآبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين قال أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشر أفن عندك) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن الندر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه » وقال الله تعالى (فوجد فيها جدارا يريد أن ينقض فأقامه قال لو شئت لأنخذت عليه أجرًا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجرة على إقامته وأما السنة فنبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الدليل هاديا خريتا . وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب الاجارة)

والاصل في جوازها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى ، قالت إحداهما بآبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين * قال أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن الندر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « ان موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشرًا على عفة فرجه وطعام بطنه ، وقال الله تعالى (قال لو شئت لأنخذت عليه أجرًا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجرة على إقامة الجدار وأما السنة فنبت أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الدليل هاديا خريتا . وروى البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل

أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فاكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، والاختبار في هذا كثيرة . واجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة الا ما يحكى عن عبدالرحمن بن الاصح انه قال لا يجوز ذلك لانه غرر يعني انه يعتقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار . وسائر الامصار ، والعبارة أيضاً دالة عليها فان الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الايمان فلما جاز العقد على الايمان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة الى ذلك فانه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به فلا بد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق حتى ان أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ما ذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لانها تلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كاسلم في الايمان

(فصل واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض قال الله تعالى (لوشئت لاتخذت عليه اجرا) ومنه سمي الثواب اجرا لان الله تعالى يعرض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيئته

(فصل وهي نوع من البيع لانها تملك من كل واحد منهما اصحابه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الايمان لانه يصح تملكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عيناً وديناً ، وانما اختلفت

أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، واجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الاجارة إلا ما يحكى عن عبدالرحمن بن الاصح انه قال لا يجوز ذلك لانه غرر يعني انه يعتقد على منافع لم تخلق . وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الاعصار وسائر الامصار . والعبارة أيضاً دالة عليها فان الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الايمان فلما جاز العقد على الايمان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ، ولا يخفى حاجة الناس إلى ذلك فانه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الاملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به ، فلا بد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقاً إلى الرزق حتى ان أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الغرر لا يلتفت اليه مع ما ذكرنا من الحاجة فان العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لانها تلف بمضي الاوقات فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها كاسلم في الايمان . واشتقاق الاجارة من الاجر وهو العوض ، قال الله تعالى (قال لوشئت لاتخذت عليه أجراً) ومنه سمي الثواب أجراً لان الله تعالى يعرض العبد به على طاعته ، أو صبره على مصيئته

(مسئلة) (وهي عقد على المنافع تنمقد بلفظ الاجارة والكراء وما في معناهما ، وفي لفظ البيع وجهان) الاجارة عقد على المنافع في قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة ومالك وأكثر الشافعية ، وذكر

باسم كما اخص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم . اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) تنعقد به لانها بيع فانه قدت بلفظه كالصرف (والثاني) لانها تنعقد به لان فيها معنى خاصا فانقرت الى لفظ يدل على ذلك المعنى ولان الاجارة تضاف الى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج الى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالمقود المتباينة ولانه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فاشبه النكاح

(فصل) ولا تصح الا من جائز التصرف لانها عقد تملك في الحياة فاشبه البيع

(مسألة) قال (واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة باجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد الا أن يشترط أجلا)

هذه المسئلة تدل على أحكام ستة (أحدها) أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك داري كما يقول بعثتها

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد الى

بعضهم ان المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجرتك داري

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لانها محل المنفعة ، وكما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال أجرتك منفعة داري جاز

(فصل) وهي نوع من البيع لانها تملك من كل واحد منها لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع كالايعان لانها يصح تملكها في الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والانلاف وتكون عوضا عينيا ودينا وإنما اخصت باسم كالصرف والسلم مع كونه بيعا ، فعلى هذا تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها ، وكذلك كل ما يؤدي معناها لحصول المقصود به ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان [أحدهما] تنعقد به لانها بيع فانه قدت بلفظه كالصرف [والثاني] لانها تنعقد به لان فيها معنى خاصا فانقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولان الاجارة تضاف إلى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالمقود المتباينة . ولانها عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فاشبه النكاح

(فصل) ولا تصح إلا من جائز التصرف لانه عقد تملك في الحياة فاشبه البيع

العين لانها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة الى البستان والمعقود عليه الثمرة ولو قال أجرتك منفعة داري جاز (الثاني) أن الاجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف في هذا نعلمه ولأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما يبيع بالكيل، فان قدر المدة بسنة مطابقة حمل على سنة الالهة لانها المعهودة في الشرع . قال الله تعالى (يستلونك عن الالهة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه فان شرط هلاية كان نأ كيداً ، وان قال عددية أو سنة بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوماً لان الشهر العددي يكون ثلاثين يوماً، وان استأجر سنة هلاية أول الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لان الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وان كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوماً لانه تعذر إتمامه بالهلال فتمتناه بالعدد وأمكن استيفاء ماعدها بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل، وحكي عن احمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفى الجميع بالعدد لانها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ، ولأن الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثناءه فكذلك كل شهر يأتي بعده ، ولا يبي حنيفة والشافعي كالروايتين ، وهكذا ان كان العقد على أشهر دون السنة ، وان جعل المدة سنوية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكان يعلمان ذلك جاز وكان له

(مسألة) (ولا تصح إلا يشروط ثلاثة (أحدها) معرفة المنفعة إما بالعرف كسكنى الدار شهراً وخدمة العبد سنة وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين أو بناء حائط يدكر طوله وعرضه وسمكه وآلته)

وجملة ذلك انه لا بد من معرفة المنفعة في الاجارة لانها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع فان معرفته شرط في صحة البيع فكذلك معرفة المنفعة في الاجارة فان بيع المجهول لا يصح اجماعاً ، فان كان لها عرف كسكنى الدار شهراً لم يمتنع الى ذكرها لانه لا يكثرى الا لذلك فاستغني عن ذكرها كالمبيع بضمن مطلق في موضع فيه نقد معروف ، وخدمة العبد سنة كسكنى الدار لانها معلومة بالعرف . وأما إن اكثرى حمل زبرة حديد إلى موضع معين فلا بد من ذكر الوزن ههنا والمكان الذي نجمل اليه لان المنفعة انما تعرف بذلك

(مسألة) (أو بناء حائط يدكر طوله وعرضه وسمكه وآلته واجارة أرض معينة لزراع كذا أو غرس أو بناء معلوم)

وجملة ذلك انه يجوز الاستئجار للبناء ويقدر بالزمان والعمل ، فان قدر بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لانه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من طين أو لبن أو آجر أو حجارة أو شيد أو غير ذلك . قال ابن أبي موسى : واذا استأجره لبناء الف لينة

ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوماً وأربعة ثلاثون يوماً وشهر واحد ثمانية وعشرون يوماً ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية، وإن كان أحدهما يجبل ذلك لم يصح لأن المدة مجهولة في حقه ، وإن أجره إلى العبد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لأنه جعله غاية فتنتهي مدة الاجارة بأوله ، وقال القاضي لا بد من تعيين العيد فطراً أو أضحي من هذه السنة أو سنة كذا ، وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجهادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الاول والثاني من سنة كذا ، وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلا بد أن يبينه من أي سنة ، وإن علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أي أسبوع ، وإن علقه بعيد من أعياد الكفار صح إذا علموا وإلا لم يصح وقد مضى نحو من هذا (فصل) ولا يشترط في مدة الاجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي لا يصح الا ان يستأجرها من هي في اجارته ففيه قولان لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال فأشبهه اجارة العين المفصولة. قال ولا يجوز أن يكتري بغيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك ولنا أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كاتلي تلي

في جدار أو استأجره يبني له فيه يوماً فعمل ما استؤجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره لأنه وفي العمل فإن قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بمضه فسقط فعليه إعادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الاجارة من الذرع ، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فأما ان فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ما تلف به

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان ونجيبها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف في الرقة والغلاط ، والارض تختلف منها العالي والنازل ، وكذلك الحيطان فذلك لم يجز الا على مدة

(فصل) واذا استأجر داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولا صفتها لما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعبالي لان السكنى تختلف ، ولو اكترها لم يسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معاً ولنا أن الدار لا تكتري الا للسكنى فاستغني عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف والذوات في السكنى يسير فلم يحتج الى ضبطه لما ذكرنا. وما ذكره لا يصح فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتري. فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا غير من ذكره وللكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما اذا اكترى لركوب

العقد ، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه وماذ كروه يبطل بما إذا أجرها من المسكنري فإنه يصح مع ماذ كروه . إذا ثبت هذا فإن الاجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وإن كانت لاتبه فلا بد من ذكر ابتدائها لأنه أحد طرفي العقد فاحتج إلى معرفته كالانتهاء ، وإن أطلق فقال أجرتك سنة أو شهر أصح وكان ابتداءه من حين العقد وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فإن أحمد قال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر ولنا قول الله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام (على أن تأجرني ثماني حجج) ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ايس فيها قرينة فاذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كدة السلم والابلاء . وتفارق النذر فإنه قرينة

(فصل) ولا يتقدر أكثر مدة الاجارة بل تجوز اجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان [أحدهما] كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح (الثاني) لا يجوز أكثر من سنة لأن الحاجة لاندعو إلى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة لأن الغالب أن الاعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الاسعار والاجر

(فصل) قد ذكرنا انه يجوز الاستئجار للخدمة كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لأنه تجوز النيابة فيه ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية ، قال أحمد أجير المشاهرة بشهد الاعياد والجمعة وإن لم يشترط ذلك ، قيل له فينطوع بالركنتين قال ما لم يضر صاحبه ، وإنما أباح ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف ترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات من السنة وقال أبو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، قال أحمد يجوز أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا الى شعرها إنما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الاجارة كحكم قبلها و فرق بين الحرة والامة لأنهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) إذا استأجر أرضاً احتاج الى ذكر ما تكسرى له من غراس أو بناء أو زرع لأنها تكسرى لذلك كله وضرره يختلف فوجب بيانه ، وفي اجارة الارض للزرع اختلاف ذكرناه في باب المساقاة

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب الابن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فإن قدره بالعمل احتاج الى تعيين عدده وذكره وموضع الضرب لانه لا يرضى بالارض تختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن اسهل والماء أقرب فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما إذا كان المكيال معروفاً ، وإن قدره بالطول

ولنا قول الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام أنه قال (على أن تأجرني بماني حجج فان أتممت عشر آفن عندك) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل ، ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلانين تحمك لا دليل عليه وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه ، واذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام أحمد كما لو استأجر سنة لم يقتصر إلى تقسيط أجر كل شهر بالانفاق ولو استأجر شهراً لم يقتصر إلى تقسيط أجر كل يوم ، ولان المنفعة كالأعيان في البيع ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير بمن كل عين كذلك هنا . وقال الشافعي في أحد قوايه كقولنا وفي الآخر يقتصر إلى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأم أن يفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لا يقتصر إلى تقسيط الاجر عليها مع الاحتمال الذي ذكره

(فصل) والاجارة على ضربين (أحدهما) أن يعقدها على مدة (الثاني) أن يعقدها على عمل معلوم كبناء حائط وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين فاذا كان المستأجر مما له عمل كالميوان جاز فيه الوجهان لان له عملاً تتقدر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل كالدار والارض لم يجز إلا على مدة ، ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان الجمع بينهما يزيد غرراً لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ،

والعرض والسك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفاً لان فيه غرراً وقد يتلف القالب فلا يصح كالأول في مكيال بعينه

(مسئلة) (وان استأجر المركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيراً أو نحوه)

لان منافعها تختلف وتشترط معرفته برؤية أو صفة لانه يصبح بعينه بما هو ذكر الممليج والقطوف لان سيرها يختلف ومعرفة ما يركب به من مرج أو غيره لانه يختلف بالركوب والراكب ولا يحتاج الى ذكر الدكورة والانوثة لان التفاوت بينهما يسير وقال القاضي يقتصر اتفاوتهما ولا بد من معرفة الراكب برؤية أو صفة ذكره الحرفي وقال الشريفي لا يجزى فيه الا بالرؤية لان الصفة لا تأتي عليه ولا بد من معرفة المحامل والاطنة والاعطية والمعاليق كالقدر والسطحة ونحوها أما برؤية أو صفة أو وزن

(مسئلة) (فان كان للحمل لم يحتج الى ذكره)

لعدم الغرض في معرفته فان اتفق وجود غرض في الحموله مثل أن يكون المحمول شيئاً تنضره كثرة الحركة نالفا كهيئة الزجاج أو كون الطريق مما يهسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكره في الاجارة ذكره شيخنا ، وتشترط معرفة المتاع برؤية أو صفة ويذكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه لان ضرره يختلف وقدره بالوزن ان كان موزوناً أو بالكيل ان كان مكيلاً لان البيع يصح بكلا الأمرين ، ويحصل بالمشاهدة لانها من أعلى طرق العلم وبالصفة اذا ذكر القدر والجنس ، وذكر ابن عقيل انه اذا قال أجرتكها لتحمل عليها

وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فإن أتمه عمل في غير المدة ، وإن لم يعمل لم يأت بما وقع عليه العقد وهذا غير أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه

وروي عن أحمد فيمن أكثرى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست فقال قد أضربه فقيل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا يصلح وهذا يدل على جواز تقديرها جميعاً وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن لان الاجارة معقودة على العمل والمدة مذكرة لتعجيل فلا يمتنع ذلك ، فعلى هذا اذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لانه وفي ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء ، آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فلامستأجر فسخ الاجارة لان الاجير لم يف له بشرطه وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لان الاخلال بالشروط منه فلا يكون ذلك وسيلة له الى الفسخ كما لو نذر اداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ ويملكه المسلم فان اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم اذا صبر عند نذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه ، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الاجر والعمل ، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله لان العقد قد انفسخ فسقط المسعى ورجع إلى أجر المثل

ثلثمائة رطل ماشئت جاز ومالك ذلك لكن لا يجمله هملًا يضر بالحيوان فلواراد حمل حديد أوزن ثقب ينبغي أن يقرنه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجمله في وعاء يهوج فيه فيكبد البهيمة ويتعبها وإن أكثرى ظهرها لحمل موصوفاً يجنس فاراد حمل على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لانه لا يملك المطالبة بهام ينعقد عليه ، وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه السكون لكون المحمول مما يضره المزد أو قوتها وصبرها اطول الطريق وتقل الحمولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لانه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك ، كما في المركوب ، وإن لم يفوت غرضاً جاز كما يجوز لمن أكثرى على حمل شيء حمل مثله ، فإن أكثرى بهيمة لحمل ماشاء لم يصح لانه يدخل فيه ما يقتل البهيمة وكذلك ان شرط طاقتها لانه لا ضابط له

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني معرفة الاجرة بما يحصل به معرفة الثمن قياساً عليه ولا نعلم في ذلك خلافاً وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «من استأجر اجيراً فليعلمه أجره» ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع ، فإن كان العوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر كالصبرة جاز في أحد الوجهين كالثمن في البيع والثاني لا يجوز لانه قد يفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدرى بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض السلم والاول أولى لما ذكرنا ، وما قاسوا عليه ممنوع ثم الفرق بينهما ان المنفعة ههنا أجريت بحرى الاعيان

(فصل) ومن اكرى دابة إلى العشاء فأخر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ولذلك جاء في حديث ذي البدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : صلى بنا النبي ﷺ احدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قول الله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة ، وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكره لا يصح لان لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم ، وكذلك الحكم فيما اذا اكرهاها الى العشي لان أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه ، وإن اكرهاها الى الليل فهو إلى أوله وكذلك إن اكرهاها الى النهار فهو إلى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار والاول أصح ، وإن اكرهاها نهاراً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكرهاها ليلاً فهي إلى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال

لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعاقب به معدوم فافترقا ولشافعي نحو ما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) وكل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز عوضاً في الاجارة لانه عندهم ما وضة أشبهه البيع (١)

(مسئلة) يجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أوجعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فرووي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق ، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم . وروي عنه ان ذلك جائز في الظئر دون غيرها . اختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجهول وإنما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أوجب لمن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة يجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وان لم ترضع ، ولان الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزواج . ولان المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروي عنه رواية ثالثة ان ذلك لا يجوز بحال في الظئر ولا في غيرها وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف باختلاف كثيراً متبايناً فيكون مجهولاً والاجر من شرطه أن يكون معلوماً

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن الندر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى اذا

(١) هذا الفصل

بضمه مكرر مع ما ينافي

له في صحيفة ١٧٧ ولا

معنى لذكره هنا

تعالى أحل لكم ايلة الصيام الرث الى نساتكم - ثم قال - فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أمموا الصيام الى الليل (فصل) وإن اكثري فسطاطا إلى مكة ولم يقل متى أخرج فالكراه. فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحسانا بخلاف القياس

وانا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يميز كما لو قال أجر نك داري من حين يخرج الحاج الى آخر السنة وقد اعترفوا بمخالفته للدليل وما ادعوه دليلا لانسلم كونه دليلا

(فصل) (الحكم الثالث) أنه بشرط في عوض الاجارة كونه معلوما لانعلم في ذلك خلافا وذلك لانه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كالتن في البيع ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء ، فان كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجوب أشبهها بالحواز لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فجازت به الاجارة كما لو علم قدره (والثاني) لا يجوز لأنه قد يفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والاول أولى، وظاهر كلام الحرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت بحري الاعيان لانها متعلقة بهين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل

بلغ قصة موسى عليه السلام قال « ان موسى أجر نفسه ثمانين أو عشرين أو عشرة على عفة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه . وعن أبي هريرة انه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم إذا ركوا . رواه الأثرم وابن ماجه ، ولانه فعل من ذكرنا من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً ، ولانه قد ثبت في الظن في الآبة فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كمنفعة الزوجة ، ولان الكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات وللإطعام عرف وهو الإطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كمنع البلد . ونخص أباحنيفة بأن ما جاز عوضاً في الرضاع جاز في الخدمة كالإثان

إذا ثبت هذا ونشأ في قدر الطعام والكسوة رجح في القوت الى الإطعام في الكفارة وفي الملبوس الى أقل ملبوس مثله لان الإطلاق فيه مجزي. فيه أقل ما يتناول اللفظ كالوصية . ويحتمل أن يحمل على الملبوس في الكفارة كالطهوم . قال أحمد إذا نشأ في الطعام حكم به بمد كل يوم ذهب به الى ظاهر ما أمر الله من إطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ، ولان الإطعام مطلق في الموضوعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ، وليس له إطعام الاجير الا ما يوافق من الاغذية لان عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) فاز شرط الاجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كصفتها في السلم جاز عند الجميع وان لم بشرطاً

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى أو مختلفا كمنفعة دار بمنفعة عبد ، قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبهذا كله قال الشافعي قال الله تعالى اخباراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجيج) فجعل النكاح عوض الاجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حكى عنه لا يجوز اجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده بحرم النساء ، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ماجاز في جنسين لأنه يكون بيع دين بدين

(فصل) ولو استأجر رجلا ليلسخ له بهيمة بجملها لم يجز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سلبيما أولا وهل هو نخين أو رقيق ، ولانه لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجewولات فان سلخه بذلك فله أجر مثله ، وإن استأجره اطرح ميتة بجملها فهو أباغ في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وإن فعل فله أجر مثله أيضا

طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر ، قال ابن المنذر لأعلم عن أحد خلافا فماذا كرت وان شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفا جاز لانه معلوم فهو ككلو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير ان شاء أطعمه وان شاء تركه ، وان لم يكن موصوفا لم يجز لان ذلك مجهول احتمل فيما إذا شرطه للأجير الحاجة اليه وجري العادة به فلا يلزم احتماله مع عدم ذلك ولو استأجر دابة بعلفها أو باجر مسمى وعلفها لم يجز لانه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا يعلم أحدا قال بجوازه الا أن يشترطه موصوفا فيجوز (فصل) فان استغني الاجير عن طعام المستأجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الاكل بمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانه عوض فلا يسقط بالفتى عنه كالدرهم ، وان احتاج الى دواء لمرضه لم يلزم المستأجر لانه لم يشترط له الاطعام الاصحاء لكن يلزمه بقدر طعام الصحيح لان ما زاد على ذلك لم يقع العقد عابه فلم يلزم كالزائد في القدر

(فصل) فان قبض الاجير طعامه فأحب أن يستفضل بعضه لنفسه وكان المستأجر دفع اليه أكثر من الواجب له ليا كل منه قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المستأجر بان يضعف عن العمل أو يقل لان الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه وانما أباحه قدر حاجته وفي الثانية على المستأجر ضرر بتفويت بعض منفقته عليه فبمع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال وان دفع اليه قدر الواجب فقط أو أكثر منه فملكه إياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمستأجر جاز لانه ضرر لاحق فيه

(فصل) ولو استأجر راعيا لغنم بثلاث درهما ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضا في البيع ، وقال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب وأبو خزيمة ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدري أيوجد أم لا والاصل عدمه ، ولا يصلح أن يكون مئنا فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف ربحها ، قلنا انما جازتم تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء ، والمساقاة كالمضاربة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لان النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك ، وان استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لان العمل والاجر والمدة معلوم فصح كما لو جعل الاجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لانه ملك الجزء المجهول له منها في الحال فيكون له نياؤه كما لو اشتراه

(فصل) (الحكم الرابع) ان الاجارة اذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة ويكون حدوثها على ملكه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد

على المستأجر أشبه الدرهم

(فصل) فان قدم اليه طعاما فذهب أو تلف قبل أكله وكان على مائة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لكونه لم يسلم اليه وان خصه بذلك وسلمه اليه فهو من مال الاجير لانه يسلم عوضه على وجه التمليك أشبه البيع

(فصل) قال أحمد في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز ههنا لانه معلوم بالمشاهدة وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزاء المشاع فيكون أجرا معلوما . واختاره على المقاطعة مع وجودها لانه ربما يخرج من الزرع مثل الذي قاطع عليه وههنا هو أقل منه يقينا

(فصل) يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وفيه خلاف ذكرناه . وقد أجمع أهل العلم على استئجار الظئر وهي المرضة لقول الله تعالى [فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن] واسترضع النبي ﷺ لولده ابراهيم . ولان الحاجة ندعو اليه أكثر من الحاجة الى غيره فان الطفل في العادة انما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كلاجارة في سائر المنافع ، فان استأجرها الرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أولها جاز ، وان أطلق العقد على الرضاع دخلت فيه الحضانة في أحد الوجهين وهو قول أصحاب الرأي لان العرف جار بأن المرضة تحضن الصبي فحمل الاطلاق عليه

ولنا أن المالك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها صار المستأجر مالكا لتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والثمره فان المستأجر لا يملك التصرف فيها ، وقولهم ان المنافع معدومة فلنا هي مقدره الوجود لانها جعلت موردا للعقد والعقد لا يرد الا على موجود

(فصل) (الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الاجرة بمجرد العقد اذا اطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وابو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها . قال ابو حنيفة إلا أن تكون معينة كاثوب والعبد والدار لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأمر بايثنتين بعد الارضاع ، وقال النبي ﷺ « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل استأجر أجيراء فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعد على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه السلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » روى ابن ماجه ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلفها لأنه يتسلفها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

[الثاني] لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ما تناولها ولاصحاب الشافعي كهدبن الوجهين ، والحضانة تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكفله وتنظيفه وغسل خرقة أشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ما تحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزا من حضانة الطير ليضه وفراخه لانه يجعلها تحت جناحه فسميت تربية الصبي بذلك أخذا من فعل الطائر (فصل) ولهذا العقد أربعة شروط أحدها العلم بعمدة الرضاعة لأنه لا يمكن تقديره الا بها لان السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف بكبر الصبي وصفه وسهته وقنائه وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل في بيتها (الرابع) معرفة العوض لما ذكرنا

(فصل) والمعقود عليه في الرضاع خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فيه والابن تبع كالمصبغ في اجارة الصباغ وماء البئر في الدار لان الابن عين فلا يعقد عليه في الاجارة كابن غير الآدمي ، وقيل هو اللبن قال القاضي وهو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ولهذا لو أرضعته ولم يتخدمه استحققت الاجرة ولو خدمته ولم ترضعه لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتباً على الرضاع فيدل على أنه المعقود عليه ولان المعقود كان على الخدمة للزمها سقيه لبنها وإنما جاز العقد عليه مع كونه عيناً خاصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو الى استيفائه وإنما جاز في الآدميين

ولنا انه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالتن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرناه، فاما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى [فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم] أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث بحقه ان الامر بالايتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله [فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن] والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث وبدل عليه أنه انما توعده على ترك الايتاء بعد الفراغ من العمل ، وقد قلّم نجب الاجر شيئاً فشيئاً ويحتمل أنه توعده على ترك الايتاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة

جواب آخر ان الآية والاخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل فاما ما وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها ، وأما اذا كانت الاجارة على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضا لكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل . قال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل وان استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال ابو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة وانما توقف استحقاق تسليمه على العمل لانه عوض فلا يستحق تسليمه الا مع تسليم المعوض كالصداق والتن في المبيع، وفارق الاجارة على الاعيان

دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى بقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر لبنها ويصلح به وللمكثري مطالبتها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي فان لم ترضعه لکن سقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه أشبه مالواستاجرها تخيطة ثوب فلم تحطه فان دفعته الى خادمها فارضعته فكذلك وبه قال أبو ثور وقال أصحابها لما أجرها لان رضاعه حصل بفعلها

وانما أنها لم ترضعه أشبه مالوسقته لبن الغنم فان قالت أرضعته فانكر المسترضع فاقول قولها لانه مؤتمنة (مسئلة) (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدا او وليدة اذا كان المسترضع مومرا)

لما روى أبو داود باسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما يذهب عني مذمة الرضاع قال « الفرة أو الامة » قال الترمذي حسن صحيح المذمة بكسر الدال من القمام وبفتحها من الدم قال ابن عقيل انما خص الرقة بالمجازاة دون غيرها لان فعلها من الرضاعة والحضانة سبب حياة الولد وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقة لتناسب بين النعمة والشكر ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمّا فقال سبحانه (وأما انكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيعتقه ، وان كانت المرضعة مملوكة استحب اعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

لان تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل، وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر إذا قبض الاجر اتفم به كله بخلاف المستأجر فانه لا يحصل له استيفاء للمنفعة كلها قلنا لا يمتنع هذا كما لو شرط التعجيل أو كان الثمن عيناً

(فصل) (الحكم السادس) أنه اذا شرط تأجيل الاجر فهو الى أجله، وإن شرطه منجباً يوماً يوماً أو شهراً شهراً أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه لان اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بشمن حال أو مؤجل فكذلك اجارتها

(فصل) واذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع، وإن سلمت اليه العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الاجر وإن لم يتفم لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كذمن المبيع اذا تلف في يد المشتري، وإن كانت الاجارة على عمل فتسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حصص فقبضها ومضت مدة يمكن ركبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فمضت، وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر

(فصل) ويجوز للرجل ان يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده والمعلق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه اجارتها للخدمة وليس لواحدة منهن اجارة نفسها لان منفعتها لسيدها فان كان لها ولدان يجر اجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها ليس لسيدها الا الفاضل عنه فان كانت مزوجة لم تجز اجارتها لذلك الا باذن الزوج لانه يفوت حقه لاشتغالها عنه بالرضاع والحضانة فان أجزها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا تنفسخ الاجارة وللزوج الاستمتاع بها وقت فراغها من الرضاع والحضانة وقال مالك ليس لزوجها وطؤها الا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعها

ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لامر مشكوك فيه، وليس لسيده اجارة مكاتبته لان منافعتها لها ولذلك لا يمكن تزويجها ولا وطؤها ولا اجارتها لغير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من الاكتساب (مسئلة) (وان دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليعمله ولهما إعادة باجرة صح ولهما ذلك وان لم يعقدا عقد اجارة وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح)

اذا دفع ثوبه الى خياط ليخيطه أو قصار ليعمله من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم انك انما تعمله باجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك فعلا ذلك فهما الاجر وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما أشبه ما لو تبرعا بعمله

عليه حتى يستوفي المنفعة لانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كلاجر للاجير المشترك ، فان بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع نلت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده ، وإن بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فمال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء، فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع نلت باختياره

وقال أبو حنيفة لأجر عليه وهو أصح عندي لانه عقد على مافي الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالمصدق اذا بذت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا في اجارة فاسدة ففيما اذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لأجر عليه لانها لم تلتف تحت يده ولا في ملكه ، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان (احدهما) عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لان المنافع نلت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفىها (والثانية) لاشيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفى فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامر من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد

ولنا ان العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنفق البلد وكما لو دخل حماما أو جلس في سفينة ملاح ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض فأما أن ليكرو نامتصين لذلك لم يستحقا اجرا الا بعقد أو شرط العرض أو تعريض به لانه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فهو كالتعريض به أو عمله بغير اذن مالكة وكذلك لو دفع ثوبه الى رجل ليبيعه وكان منتصباً يبيع للناس بأجر مثله فهو كالتعريض والحياط فيأخذ كرناله الاجر نص عليه أحمد ، وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحدهم ولا ولم يقطعه على أجر فله أجر المثل لان الثياب يختلف أجرها ولم يعين شيئاً فجرى مجرى الاجارة الفاسدة ، فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في الفاسد

(فصل) اذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً الى مكة أو غيرها الى انسان فحملة فوجد المحمول اليه غائباً فرده استحق الاجر لحملة في الذهاب والرد لانه حملة في الذهاب باذن صاحبه صريحاً وفي الرد فحملة لان تقدير كلامه وان لم يجد صاحبه فرده اذ ليس سوى رده الا نضيجه وقد علم أنه لا يرضى نضيجه فعين رده (مسئلة) (وبجوز اجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة)

وجملة ذلك ان كل ما جاز أن يكون نمنا في البيع جاز عوضاً في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا أو منفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى ومختلفة كمنفعة دار بمنفعة عبد قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبه قال الشافعي قال

ولنا ان ما ضمن بالمسعى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كلالعيان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم

(مسئلة) قال (واذا وقعت الاجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منها الفسخ إلا عند تقضي كل شهر)

وجملة ذلك أنه اذا قال أجرتك هذا كل شهر بدرم فاختلف أصحابنا فذهب الشافعي الى أن الاجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الحزقي إلا أن الشهر الاول تلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتبليس به وهو السكنى في الدار إن كانت الاجارة على دار لانه مجهول حال العقد فاذا تبليس به نعين بالدخول فيه فصح بالعقد الاول، وإن لم تبليس به أوفسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ، وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الاجارة لانكون لازمة عنده لان المنافع متقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في الغرور، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري والصحيح من قولنا الشافعي لان كل اسم للعقد فاذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسدا كما لو قال أجرتك مدة

الله تعالى إخبارا عن شعيب انه قال (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانين حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة، وقال أبو حنيفة فيما حكى عنه لا يجوز إجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز إلا أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة هبيمة لان الجنس الواحد عنده يحرم النساء فيه، وكراه الثوري الاجارة بطعام موصوف والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجواز في الاجارة كالذهب والفضة ومأقاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسبة ولو كانت نسبة ما جاز في جنسين لانه يكون بيع دين بدين

(مسئلة) (ونجوز إجارة الحلي باجرة من جنسه وقيل لا يصح)

نجوز اجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد انه قال في اجارة الحلي ما أدري ماهو؟ قال القاضي هذا محمول على اجارته باجرة من جنسه فلما بقي جنسه فلا بأس لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في إجارة الحلي والنياب هو من المشتبهات واهله يذهب الى أن المتصدر بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه احتج بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منه اجزاء وان كانت بسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي الى بيع ذهب بذهب وشيء آخر

ولنا انها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما يجوز اجارته والزينة من

أو شهر آء ، وهل أبو بكر وابن حنبل كلام أحد في هذا على أن الاجارة وقعت على أشهر معينة ووجه الاول أن علياً رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ يأكل منه ، قال علي كست أدلو الدلو بتمرة وأشترطها جلدة ، وعن رجل من الانصار أنه قال ليهودي أسقي نخلاك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الانصاري أن لا يأخذها خدره ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواها ابن ماجه في سننه وهو نظير مسألتنا ، ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى بيذه به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم يثبت الاجارة فيه لعدم العقد ، وإن فسخ فكذلك وليس يفسخ في الحقيقة لان العقد في الشهر الثاني ثابت ، فأما أبر حنيفة فذهب إلى أنهما اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

(فصل) اذا قال أجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرم جاز بغير خلاف فعله لان المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبهه ما لو قال أجرتك عشرين

المقاصد الاصلية فان الله تعالى امتن بها علينا بقوله (اتركوها وزينة) وقوله (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس ما حرم على الرجال لاحتياجهم الى التزين للزواج وأسقط الزكاة عن حاليين معونة لمن على اقتنائه ، وما ذكره من نقصها بالاحتكاك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة إنما هو عوض المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء . الذاهب لما جاز اجارة أحد التقدين بالأخر لافضائه الى التفرق في معاوضة أحدهما بالأخر قبل القبض

(فصل) ولو استأجر من يسألخه بهيمة بجلدها لم يجز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أولاً وهل هو نخين أو رقيق ؟ ولانه لا يجوز أن يكون عوضاً في البيع فلا يجوز أن يكون عوضاً في الاجارة كسائر المجهولات فان سألخه فله أجر مثله وان استأجره اطرح ميتة بجلدها فهو أبان في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكاً وله أجر مثل ان فعل

(فصل) ولو استأجر راعياً فغير بثا ذرها ووصفها وشعرها ونسلها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية سعيد بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ولا يصلح عوضاً في البيع ، قال اسمعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة الى الرجل على أن يعلفها ويحفظها ولدها بينهما فقال اكره ذلك وبه قال أبو ايوب وأبو خبيشة ولا أعلم فيه مخالفاً لان العوض معدوم مجهول لا يدري ابو جدام لا ، والاصل عدوه

شهرأ بعشرين درهما ، وإن قال آجرتكما شهرأ بدرم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول ، لأنه أفردته بالعقد وبطل في الزائد لانه مجهول ، وبمحتمل أن يصبح في كل شهر تلبس به كما لو قال : آجرتكما كل شهر بدرم لان معناهما واحد ، ولو قال آجرتكما هذا الشهر بدرم وكل شهر بعد ذلك بدرم أو قال بدرمين صح في الاول وفيما بعده وجهان

(فصل ، والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لانها عقد معاوضة فكان لازما كالبيع ، ولانها نوع من البيع وانما اخضعت باسم كما اخضعت الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز المكثري فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جلابيح عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته أو يكتري دكانا لا يبيع فيحترق متاعه وما أشبه هذا لان العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ففلك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فابق ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها الغير عذر فلم يجوز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ، ولانه لو جاز فسخه لعذر المكثري لجاز لعذر المكثري نسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجوز همنا ولا يجوز ههنا ويفارق الابق فانه عذر في المعقود عليه

ولا يصلح أن يكون ثمناً، فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف مغلها قلنا إنما جازتم تشبيها بالمضاربة ولانها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من الثمنا كالمضاربة والمساقاة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لان الثمنا الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك، وذ كر صاحب المحرر رواية أخرى انه يجوز بناء على ما اذا دفع دابته أو عبده بجزء من كسبه والاول ظاهر المذهب لما ذكرنا من الفرق، وعلى قياس ذلك اذا دفع نعله الى من يقوم عليه بجزء من غسله وشمعه يخرج على الروايتين فان اكتراه على رعيها مدة معلومة بجزء معلوم منها صح لان العمل والمدة والاجر معلوم فصح كالأجر درهم ويكون الثمنا الحاصل بينهما بحكم الملك لانه ملك الجزء المجهول له منها في الحال فكان له نماؤه كالأجر

(مسئلة) وان قال ان خطت الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فهل يصبح؟

على روايتين

(إحداهما) لا يصبح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهو مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصبح كالأجر بعتك بدرم نقداً بدرمين نسيئة (والثانية) يصبح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لانه سمي لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كالأجر كل دلو بتمرة ، وقال أبو حنيفة ان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا لم يزد على درهمين وقد ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وقد رضي في أكثر العمل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمته الاجرة كاملة)

وجملته أن الاجارة عقد لازم يقضي نملك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فاذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنسخ الاجارة والاجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه ، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله رجل اشترى بغير ألفا قدم المدينة قال له فاسخني ، قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء ، قلت فان مرض المستكبري بالمدينة فلم يجمل له فسخها ، وذلك لانه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة اجارة العقار قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز ولا يجوز اجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديدته فإنه لا يصير معلوماً الا بذلك ولا يجوز اطلاقه ولا وصفه وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور اذا ضبط بالصفة أجزاء ، وقال أصحاب الرأي له خيار الرؤية كقولهم في البيع وبشئ خرج لنا مثل ذلك بناه على البيع ، والخلاف هنا مبني على الخلاف في البيع ولم يكتف بالصفة لانه لا يصير معلوماً الا بالرؤية كما لا يعلم في البيع ، الا بذلك فان كان داراً أو حماماً احتاج الى مشاهدة البيوت لان الغرض

بدرهم فلا يزداد عليه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كعدمه فيجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة

﴿مسئلة﴾ (وإن قال ان خطئه رومياً فلك درهم ، وان خطئه فارسياً فلك نصف درهم فهل يصح ؟ على وجهين)

بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتالي قبلها الا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة هنا ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين ، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم الى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبهه ما لو قال بعثك هذه الصبرة كل قبض بدرهم وهما الخباطة واحدة بشرط فيها عوضا إن وجدت على صفة وعوضا ان وجدت على أخرى أشبه ما لو باع بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) أنه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطئه كذا فلك كذا وان خطئه كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) نقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من جمال الى مصر بأربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون ، فقال إن اشترى الى الرقة بعشرة واشترى الى دمشق بعشرة الى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول

يختلف بصغرها وكبرها ومرافقتها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها و معرفة ما. الحمام إمامن قنأة أو بئر فان كان من بئر احتاج الى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء الماء منها ومشاهدة الأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ما. الحمام، فتي أهل بهذا أو بعضه لم تصح للجهاالة بها يختلف الغرض به (فصل) وكره احمد كراء الحمام وستل عن كرائه فقال أخشى فقيل له اذا شرط على المكتري أن لا يدخله أحد بغير ازار فقال ومن يضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبه قال ابن حامد هذا على طريق الكراهة تنزيها لانحرىما لانه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الاجارة على فعل محظور فكراهه لذلك فاما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان كراء الحمام جائز اذا حدده وذكر جميع آله شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكتري انما يأخذ الاجر عوضاً عن دخول الحمام والاختسال بهائه وأحوال المسكين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يجرم الاجر المأخوذ منه كالأول كثرى داراً ليسكنها فشرى فيها خمراً

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يتصرف مالك العقار فيه الا عند تقضي المدة)

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويؤول الملك المؤجر عنها كما

لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويتخرج فيه أن يصح بناء على المسئلتين قبل هذا ، ونقل عن احمد في رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً الى الكوفة وقال ان أوصات الكتاب يوم كذا فلك عشرة وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله ﴿مسئلة﴾ (وان أكره دابة وقال ان رددتها اليوم ففكر اوها خمسة وان رددتها غدا ففكر اوها عشرة فقال احمد لا بأس به

نقل عبد الله فيمن اكتري دابة وقال ان رددتها غدا ففكر اوها عشرة، وان رددتها اليوم ففكر اوها خمسة لا بأس به، وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة بالظاهر عن احمد برواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد على قياس بيعتين في بيعة ، وقال القاضي يصح في اليوم الاول دون الثاني وقياس حديث علي والانصاري صحته فان علياً أجر نفسه ليهودي يستقي له كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري وسند كره ﴿مسئلة﴾ (وان أكره دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال احمد في رواية أبي الحارث هو جائز) ونقل ابن منصور عنه فيمن اكتري دابة من مكة الى جدة بكذا فان ذهب الى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه لو قال اكتريتها بعشرة فما حبسها فعليه في كل يوم عشرة أنه يجوز وهذه الروايات تدل على أن مدعيه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوماً صح ، وتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته

يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لأنها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف في المبيع ، فان تصرف فيها نظرنا فان كان ذلك في حال بدأ المستأجر قبل تقضى المدة مثل أن يكتري دارا سنة فيسكنها شهرا ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمال أن يفسخ العقد فيما استوفاه المالك لأنه يتصرف فيه قبل قبض المكتري له فأشبهه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه . فعلى هذا ان تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه دون ما لم يتصرف فيه ويكون على المستأجر ما بقي ، فلو سكن المستأجر شهرا وتركها شهرا وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بفسط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبهه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها ، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء . وان فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها الى المستأجر والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وان تصرف المالك قبل تسليم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحداً لان العاقد قد أتلف العقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاماً فأتلفه قبل تسليمه ، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالخصه كالبيع اذا سلم بعضه وأتلف بعضا

غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجر نك لتحملي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فيحساب ذلك . قال شيخنا : والظاهر عن احمد خلاف هذا فان قوله فهو جائز عادى الى جميع ما قبله وكذلك قوله لا بأس ، ولان لكل عمل عوضا معلوما فيصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ومسائل الصبرة لان نص فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وإن سلم فسادها فلان القفزان التي شرط عملها غير معلومة بتعيين ولاصفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهاتها بخلاف الايام فانها معلومة

(مسألة) (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزانه)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفا

ولنا أن المدة مجبولة والعمل مجهول فلم يجوز كما لو أكثرها لمدة سفره في تجارته ولان مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجوز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فان فعل ذلك فله أجر المثل كلاجارات الفاسدة

(مسألة) (وان سمي لكل يوم شيئا معلوما فجاز)

(مسئلة) قال (فان حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له اجرة لما سكن)

يعني اذا استأجر عقارا مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجرة ، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لانه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو نعتد استيفاء الباقي لامر غالب ولنا أنه لم يسلم اليه ماعقد الاجارة عليه فلم يستحق شيئا كما لو استأجره ليحمل كنايةا فعمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرا وامتنع من حفر الباقي، وقياس الاجارة على الاجارة اولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما إذا امتنع لامر غالب لان له عذرا ، والحكم فيمن اكتمرى دابة فامتنع المكرمي من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من انماها أو آجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء الى مكان وامتنع من انما العمل كالحكم في العقار بمتنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئا لما ذكرنا

(فصل) اذا هرب الاجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضي المدة يوما فيوما فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها

وقال الشافعي لا يصح لان مدة الاجارة مجهولة . ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري فلم ينكره النبي ﷺ ولان كل يوم معلوم مدته وأجره فصح كالمعروف أجره شهرا كل يوم بدرهم أو استأجره لنقل صبرة معلومة كل قفيز بدرهم . اذا ثبت هذا فلا بد من تعيين ما يستأجر له من ركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء أقامت أو سارت لان المنافع ذهبت في مدته أشبه مالوا اكثرى دارا وغلقها ولم يسكنها

(مسئلة) (وان أكره كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص عن أحمد أنه يصح وكلما دخل شهر لزمها حكم الاجارة ولكل واحد منهما الفسخ عند انقضاء كل شهر ، وقال أبو بكر وابن حامد لا يصح)
 اختلف أصحابنا في ذلك فقال القاضي يصح ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار الحنفي لان الشهر الاول نلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وأجره معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار ان أجره دارا لانه مجهول حال العقد فاذا تلبس به تعين الدخول فيه فصح بالعقد الاول ، وان لم تلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك نحو هذا الا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة الا في اللزوم واختار أبو بكر عبد العزيز وابن حامد وابن عقيل أن العقد لا يصح وهو قول الثوري والصحيح

فان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات العقود عليه وان كانت الاجارة على موصوف في الذمة كخباطة ثوب أو بناء حائط أو حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من يعمل كما لو أسلم اليه في شيء. فهرب ابيع من ماله فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لان ما في الذمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال

(مسئلة) قال (فان جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الاجر بمقدار مدة انتفاعه)

وجملته أن من استأجر عينا مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يحل من اقسام ثلاثة (أحدها) أن تلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب (أحدها) أن تلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف فعله لان العقود عليه تلف قبل قبضه فاشبه ما لو تلف الطعام المبيع

من قول الشافعي لان كل اسم للعدد فاذا لم بقدره كان مجهولا فيكون فاسداً كقوله أجرتك أشهراً وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد على أنه وقع على أشهر معينة . ووجه الاول أن عليا استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به الى النبي ﷺ فأكل منه قال كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها جلدة وعن رجل من الانصار انه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة فاشترط الانصاري أن لا يأخذه خدره ولا تارزة ولا حشمة ولا يأخذ الا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواها ابن ماجه وهو نظير مسألة اجارة الدار، ونص في المسئلة الاخرى، ولان شروعه في كل شهر مع ما تقدم العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى يبذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا وجد من المساومة مادل على التراضي بها. فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تلزم الاجارة فيه لعدم العقد وكذلك ان فسخ وليس يفسخ في الحقيقة لان العقد الثاني ما ثبت والقياس يقتضي عدم الصحة لان العقد تناول جميع الاشهر وذلك مجهول ثم لا وجه لاعتبار الشروع في الشهر الذي يلي الاول مع كون الشهور كلها داخلة في اللفظ ، فأما أبو حنيفة فذهب الى أنهما اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد انصل القبض بالعقد الفاسد ، قال شيخنا ولا يصح هذا العذر لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

قبل قبضه (الثاني) ان تلتف عقيب قبضها فان الاجارة تنفسخ أيضا ويستقط الاجر في قول عامة الفقهاء الا ابا ثور حكى عنه أنه قال يستقر الاجر لان المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فاشبه تلفها قبل قبض العين (الثالث) أن تلتف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ماضى ويكون المؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث اذا اكترى بعيرا بعينه فنفق البعير يمطيه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداها وتلفت الاخرى قبل قبضها ثم ننظر فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر ماضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدزر مكة رجم في تقويمه الى أهل الخبرة ويقسط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبير استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة فهذا ظاهر مذهب الشافعي

(فصل) اذا قال أجرتك دارى عشرين شهرا كل شهر بدرهم غير خلاف لان المدة معلومة والاجر معلوم وليس لواحد منهما نسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبهه ما لو قال أجرتك عشرين شهرا بعشرين درهما، فان قال أجرتكها شهرا بدرهم وما زاد فبحسب ذلك صح في الشهر الاول لانه أفرد به بالعقد وبطل في الزائد لانه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال أجرتكها كل شهر بدرهم لان معناهما واحد ، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان لما ذكرنا

(فصل) في مسائل الصبرة وهي عشر مسائل (احداها) أن يقول استأجرتك لحل هذه الصبرة الى مصر بعشرة فبهي صحيحة غير خلاف نعمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كياها (الثانية) قال استأجرتك لتحملها كل قفيز بدرهم فيصح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيأزاده، ومبنى الخلاف على الخلاف في غيرها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيز بدرهم وما زاد فبحسب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل قفيزاً منها بدرهم وسائرهما أو باقيا بحسب ذلك أو قال وما زاد بحسب ذلك يريد باقيا كله إذا فهم ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو تقرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل قفيزاً منها بدرهم وما زاد فبحسب ذلك يريد مها حملته من باقيا فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المعقود عليه بعضها وهو مجهول . ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتنقل لي منها كل

(فصل) القسم الثاني أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو اقتطعت ماؤها فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتأففة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرضة الدار والأرض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها المزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضاً لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانتفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصالح الا لتدور في الرحي . وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها لانفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي لأن المنفعة لم تبطل جملة لأنه يمكن الانتفاع بعرضة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبهه ما لو قص نفعها مع بقاءه ، فعلى هذا بخير المستأجر بين الفسخ والامضاء فإن فسخ فحكه حكم العبد إذا مات ، وإن اختار امضاء العقد فعليه جميع الأجر لأن ذلك عيب فإذا رضي به سقط حكمه فان لم يختر الفسخ ولا الامضاء أما لجهله بأن له الفسخ أو تغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما في البيع ، ولو كان النفع الباقي في الأعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها المركوب فصارت لا تصالح الا للحمل أو بالمكس انفسخ العقد وجهاً واحداً لأن المنفعة الباقية لا يدلك استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيها كبيعها ، وأما ان يمكن الانتفاع

قفيز بدرم فهي كالرابعة سواء (السادسة) قال لتحمل لي منها قفيزاً بدرم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لأنه في معنى بيعتين في بيعة . ويحتمل أن يصح لأن معناه لتحمل لي كل قفيز منها بدرم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم وتقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك ، فإن كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيها لأنها كالصبرة الواحدة وإن جهل أحدهما صح في الأولى وبطل في الثانية لأنهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة [الثامنة] قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فإن كانا يعلمان التي في البيت صح فيها وإن جهلاها بطل فيها لأنه عقد واحد بعرض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها . فإن كانا يعلمان التي في البيت لكنها منصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لما منع اختنص بها بطل العقد فيها ، وفي صحته في الأخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة الا أنها إن كانت قفزاتها معلومة أو قدر إحداها معلوم من الأخرى فالأولى صحته لأن قسط لاجر فيها معلوم ، وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه لجهالة العوض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أفقزة بدرم فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لأنها معلومة ولم يصح في الزيادة لأنها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم فإن قدم لي طعام فحمله في حساب ذلك صح أيضاً في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرنا

بالعين فيما اكترها له على نعمت من القصور مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء، أو كان الماء ينحسر عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو بسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار اما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تنزل بالكتابة فأشبهه ما لو تعيبت والمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرناه الا في الدار اذا تهدمت فان فيها وجهين (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها ، فأما ان كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الارض بماء ينحسر في قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها اذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بهيب ، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو تهدم بعض العين المتأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في تيقية العين لان الصفة تبعضت عليه فان اغتار الامساك أمسك بالحصه من الاجر كما اذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع

(فصل) القسم الثالث أن تفصب العين المتأجرة فللمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الفاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة فأشبهه ما لو أتلقت الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ويتخرج انفساخ

(فصل) قال المصنف رحمه الله [الثالث أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا يجوز على الزنا والزمر والغناء ولا اجارة دار يجعلها كنيسة أو بيت نار، أو لبيع الخمر أو القمار]
وجملة ذلك ان من شرط صحة الاجارة أن تكون المنفعة مباحة فان كانت محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء لم يجز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور، وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كاجارة الامة الزنا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال اجارة النائحة والمنغنية

(فصل) ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء أو نوحا ، وقال أبو حنيفة بجوز . ولنا انه انتفاع بمحرم أشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتب شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك (فصل) ولا تجوز اجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس وخالفه صاحباه ، واختلف أصحابه في تأويل قوله ولنا انه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفجور ، ولو اكترى ذمي من مسلم داراً فأراد بيع الخمر فيها فالصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثوري . وقال أبو حنيفة إن كان بيتك في السواد والجبل فله أن يفعل ما يشاء . ولنا انه محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

العقد بكل حال على الرواية التي تقول ان منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي في ذلك اختلاف ، وإنزادت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيراً كذكرنا ، وإن كانت الأجرة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جملة الذي يحمل عليه وعبدته الذي يخبط له لم يفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الاجر بعوض المفصوب وإقامة من يعمل العمل لان العقد على ما في القصة كما لو وجد بالمسلم فيسه عيباً فرده فان تعذر البديل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المفصوبة فيستوفى منها (فصل) (القسم الرابع) أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأتى العبد أو

نشر الدابة وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا

(فصل) (القسم الخامس) أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لانه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين فاقطعت الطريق إليه لخوف حادث أو أكثر إلى مكة فلم ينجح الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الأجرة ، وإن أحب إبقاءها إلى حين امكان

(مسئلة) (ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة والخمر وعنه يصح للحر أكل أجرته)

لا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشتريها أو يأكل الميتة ولا على حمل خنزير لذلك ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة يجوز لان العمل لا يتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز لانه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز . وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً لذمية أو خراً لنصراني أكره أكل كرائته ولكن يقضى للعامل بالكره ، فإذا كان مسلم فهو أشد . قال القاضي : هذا محمول على انه استأجره ليربها فأما للشرب فمحظور لا يحمل أخذ الاجر عليه

قال شيخنا : وهذا تأويل بعيد لقوله : أكره أكل كرائته وإذا كان مسلم فهو أشد والمذهب خلاف هذه الرواية لانه استئجار فعل محرم فلم يصح كالزنا ، ولان النبي ﷺ لمن حاملها والمحمولة اليه . وقول أبي حنيفة لا يتعين يبطل بما لو استأجر أرضاً لينخذها مسجداً ، فأما حمل الخمر لراققتها والميتة لطحها والاستئجار لكسح الكنيف فجائز لان ذلك مباح ، وقد استأجر النبي ﷺ أناطية فحجمه . وقال أحمد في رواية ابن منصور فيمن يؤجر نفسه لنظارة كرم نصراني : يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع إلى الخمر (فصل) قد ذكرنا ان الاستئجار لكسح الكنيف جائز الا انه يكره له أكل أجرته كأجرة

الحجام بل هذا أولى . وقد روى سعيد بن منصور ان رجلاً حج وأتى ابن عباس فقال له اني رجل أكنس فانزى في مكسي ؟ قال أي شيء تكنس ؟ قال العذرة ، قال : ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم . قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث . ونحو هذا . ولان فيه دناءة فكره

استيفاء المنفعة جاز لان الحق لهما لا بعد وهما، فاما ان كان الخوف خاصا بالمستاجر مثل أن يخاف وحده تقرب أعدائه من الموضع المستاجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالسكينة فاشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لانه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا

(فصل) واذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف فعلمه، قال ابن المنذر اذا اكترى دابة بهيئها فوجد بها جرحا أو عضوا أو نفورا أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركبها فلما اكترى الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة وان شاء أخذها وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ولانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيع الاعيان، والعيب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جرحا أو عضوا أو أشباه ذلك، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والحذام والبرص، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها واقطاع الماء من ثمرها أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء، وأشباه ذلك من النقائص، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكترى

للحجامة . وانما قلنا بجواز الاجارة عليه لدعو الحاجة اليه ولا يندفع ذلك الا بالاباحة فجاز للحجامة (فصل) ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة فلا يجوز استئجار شمع ليتجمل به ويرده ولا طعام ليتجمل به على مائدته ثم يرده ولا النقود ليتجمل بها الدكان لانها لم تخاق لذلك ولا تراد له فبذل العوض فيه سفه وأخذ من أكل المال بالباطل، وكذلك استئجار ثوب ليوضع على سرير الميت لما ذكرنا (فصل) (قال الشيخ رحمه الله) والاجارة على ضربين (أحدهما) اجارة عين . فتجوز اجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها (كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرور والجم والسيف والرمح وأشباه ذلك . وقد ذكرنا بعض ذلك في مواضعه (مسئلة) (ويجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه) إذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز . وانما أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجازت الاجارة عليها كاستئجار السطح لنوم عليه

(مسئلة) (ويجوز استئجار حيوان ليصيد به إلا الكلب)

يجوز استئجار الفهد والبازي والصفور ونحوه للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته فجازت إجارته له كالذابة ، فأما اجارة سباع البهائم والطير التي لا تصلح للصيد فلا تجوز اجارتها لانه لا نفع فيها وكذلك اجارة الكلب والخنزير لانه لا يجوز بيعه . ويتخرج جواز اجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لان فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته له فجاز اجارته له كغيره . ولاصحاب الشافعي وجهان كحديثين

خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من العقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وإن رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضي به ناقصاً فأشبهه ما لو رضي بالمبيع معيباً ، وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أولاً؟ يرجع فيه إلى أهل الخبرة فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تنعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فليس له فسخ ، وإن قالوا هو عيب فله الفسخ هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها فإما إن كانت موصوفة في الذمة لم يفسخ العقد وعلى المكري إبدائها لأن العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته فإن عجز عن إبدائها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فله المكترى الفسخ أيضاً

(فصل) وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لأن عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه ، فإن ضاعت بغير تفریط من المكترى فعلى المكري بدلها لأنها أمانة في يد المكترى فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها ، وعليه بناء حائطان سقطوا وبدل خشبه إن انكسر ، وعليه تبليط الحمام وعمل الابواب والبزل ومجرى الماء لأن بذلك يتمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالخليل والدلو والبكرة فعلى المكترى وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحداً لأن الانتفاع ممكن بدونهما وأما تنقية البالوعة والكنف فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكري لأن ذلك مما يتمكن به من

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز استئجار كتاب ليقرأ فيه إلا المصحف في أحد الوجهين)

تجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها من القراءة فيها والنسخ منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه . وهذا مذهب الشافعي ، ومقتضى قول أبي حنيفة أنه لا تجوز اجارتها لأنه علل منع اجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الاجارة لمثل ذلك كما لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله

ولنا أن فيه نفعاً مباحاً يحتاج اليه تجوز الاعارة له فجازت الاجارة له كسائر المنافع . وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة اليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله ، وتجوز اجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك

(فصل) وفي اجارة المصحف وجهان [أحدهما] لا يصح اجارته لأنه لا يصح بيعه إجلالاً لكتاب الله تعالى وكلامه عن المعاوضة به وإبداله بالثمن في البيع والاجرة في الاجارة [والثاني] يصح وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت اجارته كسائر الكتب ، ولا يلزم من عدم جواز البيع عدم جواز الاجارة كالحرم

(فصل) والذي يحرّم بيعه محرّم اجارته إلا الحر والوقف وأم الولد فإنه يجوز اجارتها وإن حرّم بيعها ، وما عدا ذلك لا تجوز اجارته ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المكثري فعليه تفريقها وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور هو على رب الدار لأن به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكثري وهي ملأى وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكثري والاستحسان أنه على رب الدار لأن عادة الناس ذلك

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكثري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قاشا والقول في تفرغ جبة الحمام التي هي مصرف الماء كالقول في بالوعة الدار، وإن انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) وإن شرط على مكثري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فإن أطلق وتعلل فهو عيب حادث والمكثري بالخيار بين الامساك بكل الاجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له ارض العيب قياساً على المبيع المبيع، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الاجارة فعليه الاجر كله لأنه استوفى المعقود عليه فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له ارض العيب كما لو اشترى معيها فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف في يده (فصل) وإن شرط الانتفاع على العين النفقة الواجبة على المكثري كهمارة الحمام إذا شرطها على المكثري فالشرط فاسد لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على

(مسئلة) ويجوز استئجار النقد للتحلي والوزن لا غير

إذا كان في مدة معلومة وبه قول أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر أنه لا يجوز اجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا نضمن منفعتها بنفسها فأشبهت الشمع ولنا أنها عين يمكن الانتفاع بهام بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي، وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما يتلف عينه

(مسئلة) (فإن أطلق الاجارة لم يصح في أحد الوجهين ويصح في الآخر وينتفع بها في ذلك)

وهذا اختيار أبي الخطاب لأن منفعتها في الاجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن نحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكني ووضع المتاع فيها، فعلى هذا ينتفع بها فيما شاء، ومنها، وقال القاضي لا تصح الاجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الاجارة تقتضي الانتفاع والمعتمد بالدرهم والدنانير إنما هو باعياً لها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتمد، وقال أصحاب الشافعي لا تصح الاجارة ولا تكون قرضاً لأن التحلي ينقصها الوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها، ولا يجوز أن يبرمها عن القرض لأن القرض تملك للعين والاجارة تملك المنفعة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر، ولأن التسمية والالفاظ تؤخذ نقلاً ولم يعمد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض، قال شيخنا وقول أبي الخطاب أصح

المكربي لانه أنفقه علي ملكه بشرط العوض ، فان اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قول المكربي لانه منكر ، فان لم يشترط لكن أذن له في الاتفاق ليحتسب له من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكربي أيضا ، وان أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير اذنه نفقة غير واجبة على المالك فاشبه ما لو عمر دارا له اخرى

(مسئلة) قال (ومن استؤجر لعمل شيء بهينه ففرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة

على المريض)

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الأدي بغير خلاف بين أهل العلم وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر جلايلهما على الطريق وذكر النبي ﷺ رجلا استأجر اجراء كل أجير بفرق من ذرة وقال « انما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استأجر اجراء فقال من يعمل لي من غدوة الى نصف النهار على قبر اظير اظير اظير؟ فعملت اليهود، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار الى العصر على قبر اظير اظير اظير؟ فعملت النصارى، ثم قال من يعمل لي من العصر الى غروب الشمس على قبر اطين قبر اطين؟ فعملت اثم ففضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملا وأقل أجر افعال هل ظلمتكم من أجر كم شيئا؟ قالوا قال فانما هو

ان شاء الله تعالى لان العقد مني أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حملها على إيجارها للجهة التي تجوز اجارها فيها، وقول القاضي لا يصح لماذا كرنا، وماذا كر أصحاب الشافعي من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر نخلا ليحفظ عليها الثياب ويبسطها عليها ليستظل بظلها ولاصحاب

الشافعي في ذلك وجهان لما ذكره في الأمان

ولنا انها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك النابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فجاز في إحداهما يجوز في الاخرى ولانها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ولانها منفعة مقصودة يمكن استيفائها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وقطع الكافور والتد لشمه للرضى وغيرهم مدة

ثم يرده لانها منفعة أشبهت الوزن والتحلي مع انه لا ينفك من اخلاق وبلى

(فصل) يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز

لان فعل الصلاة لا يجوز استحقيقه بعقد الاجارة بحال فلا يجوز الاجارة لذلك

ولنا ان هذه منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالمسكنى

ويفارق الصلاة فانها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد

(مسئلة) (ويجوز استئجار ولده لخدمته وامراته لرضاع ولده وحضانه)

(الجزء السادس)

(٥)

(المغني والشرح الكبير)

فضلي أوتيه من أشاء» ولأنه يجوز الانتفاع به مع قما. عينه فجازت اجارته كاللور، ثم اجارته تقع على ضربين (أحدهما) استئجاره مدة بعينها لعمل بعينه كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني حجج واستئجار الاجراء المذكورين في الخبر (والثاني) استئجاره على عمل معين في القمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر دليلا بدلها على الطريق واستئجار رجل لحياطة قميص أو بناء حائط، ويتنوع ذلك نوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في القمة كحياطة قميص وبناء حائط فتى كانت على عمل في ذمته فرض وجب عليه أن يقم مقامه من عمله لأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه ايفاؤه كالسلم فيه ولا يجب على المستأجر انظاره لان العقد باطلاقة يقتضي التعجيل وفي التأخير اضرار به، فأما ان كانت الاجارة على عبده في مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء. في ذمته وعمل غيره ليس معقوداً عليه وإنما وقع العقد على معين فأشبه ما لو اشترى معيناً لم يجز ان يدفع اليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في القمة فإنه يجوز ابدال المعيب، ولا يفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه، فكذلك الاجارة، وان كانت الاجارة على عمل في القمة لكنه لا يقوم غير الاجير مقامه كالتسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير لان الفرض لا يحصل من غير التناسخ كحصوله منه فأشبه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الاعيان

يجوز استئجار ولده لخدمته كلاجني واستئجار أمه وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف كلاجانب، فأما استئجار امرأته لرضاع ولده منها فيجوز في الصحيح من المذهب قال الخرقي ان أرادت الأم أن ترضع ولدها باجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي لا يجوز تناول كلام الخرقي على أنها في جبال زوج آخر وهو قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لانه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه آخر لذلك ولنا ان كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولان منافعتها في الرضاع والحضانة غير مستحقة الزوج بدليل انه لا يملك إجبارها على ذلك ويجوز أن تأخذ عليها العوض من غيره فجازلها أخذه منه كمن مالها، قولهم أنها استحققت عوض الحبس والاستمتاع قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر كالأستأجرها ثم تزوجها، وتناول القاضي كلام الخرقي بخلاف الظاهر من وجهين (أحدهما) أن الالف واللام في الزوج للمعهود وهو ابوالطفل (الثاني) أنها اذا كانت في جبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع الاباذن زوجها ففسد التأويل

(مسئلة) (ولا نصح الاجارة الا بشروط خمسة أحدها أن يعقد على نفع العين دون أجزائها)

(فصل) يجوز الاستنجار لحفر الآبار والانهار والفني لانها منفعة معلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الاجارة عليه كالخدمة، ولا بد من تقدير العدل بمدة أو عمل معين فان قيده بمدة نحو أن يقول استأجرتك شهراً لتحفر لي بئراً أو نهراً لم يحتاج الى معرفة القدر، وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً، ويحتاج إلى معرفة الارض التي يحفر فيها، وقال بعض أصحابنا لا يحتاج إلى معرفتها لان الغرض لا يختلف بذلك، والاول أولى ان شاء الله لان الارض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقاً، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لان المواضع تختلف بالسهولة والصلابة ولا ينضبط ذلك بالصفة، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه لان العمل يختلف بذلك فاذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمنه العقد فان نهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملسكه ولم يتضمن عقد الاجارة رفعه، وان وصل إلى صخرة أو جراد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهدته من الارض وإنما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف، فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فاذا فسخ كان له من الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل، فيقال كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ ويقسط الاجر المسمى عليهماء، ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه، وان نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز الاستنجار لضرب الابن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل

لان الاجارة بيع المنافع فأما الاجزاء فلا تدخل في الاجارة فلا يصح اجارة الطعام للاكل ولا الشمع ليشعله لان هذا لا ينتفع به الا باتلاف عينه فلم يجوز كما لو استأجر ديناراً لينفقه، فان استأجر شمعة ليسرجها ويرد بقيتها ومن مذهب وأجر الباقي فهو فاسد لانه يشمل بيعاً واجارة وما وقع عليه البيع مجهول واذا جهل البيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان

(مسألة) (ولا يجوز استنجار حيوان يأخذ لبنه)

كاستنجار الابل والبقر والغنم يأخذ لبنها أو ليسترضعها اسخالها ونحوها ولا يأخذ صوفها وشعرها ووبرها ولا استنجار شجرة يأخذ ثمرتها أو شبتها من عينها لما ذكرناه

(مسألة) (الا في الظئر ونفع البئر يدخل تبعاً)

أما الظئر فقد سبق ذكرها، وأما نفع البئر فقال ابن عقيل يجوز استنجار البئر ليستقي منه أياماً معلومة ودلاً معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه، فأما الماء فيؤخذ على أصل الاباحة

(فصل) ولا يجوز استنجار الفحل للضرب وهو ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي

احتاج الى تبين عدده وذكر قلبه وموضع الضرب لان الاجر يختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن اسهل والماء اقرب فان كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما اذا كان المكيال معروفا وان قدره بالطول والعرض والسمك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفا لان فيه غررا وقد يتلف القالب ولا يصح كما لو أسلم في مكيال بعينه

(فصل) ويجوز الاستنجار للبناء، وتقديره بالزمان أو العمل فان قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لانه يختلف أيضا بقرب الماء وسهولة التراب، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد واجر أو غير ذلك، قال ابن أبي موسى واذا استاجر ابناء الف لبنة في حائطه أو استاجر بني له فيه يوما فعلم ما استاجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره لانه وفي العمل، وان قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط فعليه إعادة ما سقط. وأمام ما وقعت عليه الاجارة من الزرع، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فاما ان فرط أو بناه محولا أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ما تلف منه

(فصل) ويجوز الاستنجار لتطيين السطوح والحيطان ونحصبها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف فنه رقيق وثخين وأرض السطح تختلف فمنها العالي ومنها النازل وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الاعلى مدة (فصل) ويجوز استنجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعرا مباحا أو سجلات نص

وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه بناء على إجارة الظئر للرضاع لان الحاجة تدعو اليه وهو قول الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل متفق عليه ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين فهو كاجارة الغنم لأخذ لبنها، ولان الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة، فأما من أجازته فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمدة أو مرتين، وقيل بقدره بالمدة وهو بعيد فان من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة يزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وربما لا يحصل الفعل في المدة ويتعذر ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا أن يكتمري فخلا لإطراق ماشية كثيرة كتيس يتركه في غنمه فانه انما يكتمريه مدة معلومة. والمذهب أنه لا يجوز اجارته لما ذكرناه فان احتاج الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء، وليس للطرق أخذه لان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كسراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وان أطرق انسان فخله بغير اجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية فجزى عليها

(مسئلة) (الثاني معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين وبصح في الآخر بدونه

ولاستنجار خيار الرؤية)

عليه في رواية مثنى بن جامع وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم يره بأساً ، ولا بدم من التقدير بالمدة أو العمل فان قدره بالعمل ذكر عدد الاوراق وقدرها وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغاظه فان عرف الخط بالمشاهدة جاز وان أمكن ضبطه بالصفة ضبطه والا فلا بد من مشاهدته لان الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر باجزاء الفرع ويجوز باجزاء الاصل المنسوخ منه وان قاطعه على نسخ الاصل باجر واحد جاز واذا أخطأ بالشيء البسير الذي جرت العادة به عفي عنه لان ذلك لا يمكن التحرز منه ، وان أسرف في القاطع بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل مره ويوجب غلظه ولا لغيره تحديثه وشغله وكذلك كل الاعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالقصاراة والنساجة ونحوهما (فصل) ويجوز أن يستاجر من يكتب له مصحفاً في قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستاجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المصحف بالاجر ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القرية فكره الاجر عليه كالصلاة . ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجر عليه ككتابة الحديث وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجره كتاب الله » (فصل) ويجوز أن يستاجر لحصاد زرع ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، وكان ابراهيم بن آدم يؤجر

يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالصفات ، أو بالصفة ان كانت تنضبط قياساً على البيع ، وفيه وجه آخر أنه لا يشترط ويثبت المستاجر خيار الرؤية وهو قول أصحاب الرأي ، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ، وقد ذكرناه والمشهور الاول . فعلى هذا اذا كانت مما لا ينضبط بالصفة كاللوز والحام فلا بد من رؤيتها كالبيع لان الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة مائه ومشاهدة الابوان ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام ، فتي أخل بهذا أو بعضه لم يصح للجهالة بما يختلف به الغرض ، وقد كره أحمد كراء الحمام لانه يدخله من يكشف عورته فيه قال ابن حامد هو على طريق كراهة التنزيه دون التحريم فاما العقد فصحيح في قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز اذا حدده وذ كر جميع آله شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكتري انما يأخذ الاجر عوضاً عن دخول الحمام والاغسال بمائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كما لو أكثرى داراً ليسكنها فشرب فيها خراً

(مسئلة) (الثالث القدرة على التسليم فلا تصح اجارة الآبق والشارد والمغصوب من غير غاصبه اذا لم يقدر على أخذه منه) لانه لا يمكن تسليم العقود عليه فلم تصح اجارته كبيع

(مسئلة) (ولا يجوز اجارة المشاع مفرداً لغير شريكه وغنه ما يبدل على الجواز)

نفسه لحصاد الزرع ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا لسقي زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلا ليحطب له لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الاجرة فان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فظاهر هذا ان المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضرر باشتغاله عن عمله لأنه قال: ان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر، وظاهر هذا انه اذا لم يستضر لا يرجع بشي، لأنه اكثره اعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شي. كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فان ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه ويحتمل انه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لأنه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لان منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره

(فصل) ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فادونها، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال ابو حنيفة لا يجوز في النفس لان عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب من ممالي الرأس ومن ممالي الكتف فكان مجهولاً

قال أصحابنا لا يجوز اجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريك معاً وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح اجارته كالمصوب، بحقق ذلك أنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب الشريك ولا ولاية له على مال شريكه، واعتار ابو حفص "مكبري جوازه، وقد أومأ اليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت اجارته كالمفرد ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كإبيع، ومن نصر الاول فرق بين محل النزاع وبين ما اذا أجره الشريك أو أجره شريكه فإنه يمكن التسليم الى المستأجر فأشبه اجارة المصوب من غاصبه دون غيره، وان كانت لواحد فاجر نصفها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم ان أجر نصفها الآخر للمستأجر الاول صح لامكان تسليمه اليه، وان أجره لغيره ففيه وجهان كالمسئلة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره اليه، وان أجر الدار لاثنين لكل واحد منها نصفها فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد اليه

(فصل) ولا يجوز اجارة المسلم للذي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الاثرم فقال ان أجر نفسه من الذي في خدمته لم يجز، وان كان في عمل شي. جاز وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر يجوز لأنه يجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كاجارته من المسلم ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع، بحققه أن عقد

ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لا بمختص فاعله بكونه من أهل القرية فجاز الاستئجار عليه كالتقصاص في الطرف، وقوله أن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول ، وقوله أن محله غير متعين قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخياطة من حاشية الثوب والاجر على المقتص منه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة ومالك هو على المستوفى لانه غير متعين فليس على المقتص منه الا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخلة ولنا أنه أجر يجب لا يفاء. حق فكان على الموفى كأجر السكيل والوزان وما ذكره غير صحيح فان القطم مستحق عليه بخلاف الثمرة بدليل أنه لو مكنته من القطم فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص ولو كان التمكين تسليما لسقط حقه كالثمرة

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق فإن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هاديا خربتا وهو الماهر بالهداية ليدلها على طريق المدينة ، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمال معلوم أو في مدة معلومة وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ، وقد روي في حديث سويد بن قيس أنانا رسول الله ﷺ فاشترى منا رجل سراويل وم رجل بز باجر فقال رسول الله ﷺ « زن وأرجح » رواه أبو داود ويجوز استئجار رجل ليلازم غربما يستحق ملازمته وسئل أحمد عن ذلك فقال لا بأس قد شقله ، وقال في موضع آخر : غير هذا أعجب

الاجارة للخدمة يتعين فيها حبسه مدة الاجارة واستخدامه ، والبيع لا يتعين فيه ذلك فاذا منع فالمنع من الاجارة أولى ، قاما ان أجر نفسه منه في عمل معين في القدمة كخياطة ثوب جاز بغير خلاف نعلمه لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره، وكذلك الانصاري ولانه عقد معاوضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخداما فأشبهه مبايعته فان أجر نفسه منه لغير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا في ظاهر كلام أحمد لقوله : وان كان في عمل شيء جاز ونقل عنه أحمد بن سعيد لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الاجارة ، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى ما رواه الاثرم واحتج بانه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع، والصحيح ما ذكرنا فان كلام أحمد يدل على خلاف ما قاله ، وانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل، ويفارق البيع فان فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق إجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحربي أنه سئل عن الرجل يكثر في الديك ليوقظه لوقت الصلاة لا يجوز لان ذلك يقف على فعل الديك ، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت

(مسألة) (الشرط الرابع اشتمال العين على المنفعة)

الي كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضيق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالماً فيساعده على ظلمه لكنه جائز في الجملة لان الظاهر أنه محق فان الظاهر أن المالك لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا الموكل فعله (فصل) ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثوري وحامد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجر عشرة أيام يشتري له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار فان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً ، وان قال كلما اشتريت ثوباً فالك درهم اجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام احمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة (فصل) وإن استأجره ليبيع له ثياباً بعينها صح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان ذلك يتعدر عليه فأشبهه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كسراء الثياب ولنا يجوز عقد الاجارة عليه مقدراً بزمان فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة ، وقولهم إنه غير ممكن لا يصح فان الثياب

فلا يجوز استئجار بهيمة زمة للحمل ولا أرض لا تنبت الزرع لان الاجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين فلا تجوز اجارتها كالعبد الآبق
(مسئلة) (الخامس كون المنفعة مملوكة المؤجر أو مأذوناً له فيها)

لانه تصرف فيما لا يملكه ولا اذن فيه ماله كما فلم يميز كبيعته ، وبجمله أن يجوز وبقف على اجازة المالك بناء على بيع العين بغير إذن مالكاها

(مسئلة) (يجوز للمستأجر اجارة العين لمن يقوم مقامه من المؤجر وغيره)
يجوز للمستأجر اجارة العين المستأجرة اذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لان النبي ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولانه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يميز كبيع المسكيل والموزون قبل قبضه ، والارل أصح لان قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة وبهذا الاصل يبطل قياس الرواية الأخرى . إذا ثبت هذا فانه لا تجوز اجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لان هذه المنفعة صارت مملوكة له فله أن يستوفيها بنفسه وبنائبه ، والمستأجرة لا يجوز اجارتها لمن هو أكثر ضرراً منه ولا لمن يخالف ضرره ضرره لما نذكره

لا تنك عن راعب فيها ولذالك صحت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فانه معتذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمال أن لا يصح لان ذلك لا يكون الا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شيء استحق الاجر والا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائئ ولا المشتري

(فصل) ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم وسوا . كان الاجير رجلا أو امرأة حراً أو عبداً وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه يجوز النيابة فيه ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية ، قال احمد أجير المشاهدة يشهد الاعياد والجمعة ولا يشترط ذلك ، قيل له فينطوع بالركعتين ؟ قال ما لم يضر بصاحبه إنما أباح له ذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات السنة ، وقال ابو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، وقال احمد يجوز للرجل أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها تنجردة ولا إلى شعرها إنما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الامة والحرة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) فاما اجارتها قبل قبضها فتجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهو قول بعض الشافعية لان قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه ، والثاني لا يجوز وهو قول أبي حنيفة ، والمشهور من قول الشافعي لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان ، وأما اجارتها المؤجر قبل القبض فاذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر ففيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز كغيره (والثاني) يجوز لان القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه وهل يصح من بائئ؟ على روايتين وتجوز اجارتها من المؤجر بعد قبضها وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه يؤدي الى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق من المكري فاذا اكترها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهو تناقض

وانا أن كل عقد جاز مع الاجنبي جاز مع العاقد كالبيع وماذ كروه لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين ، فاذا اشتراها استحق تسليمها فان قبل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة قلنا للمستحق تسليم العين ، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بتلف الدار أو غصبها رجع عليها لانها تعذرت بسبب كان في ضمانه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا مات المكري والمكثري أو أحدهما فالاجارة بحالهما)

هذا قول مالك والشافعي واسحاق والبيهقي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الاجارة بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعمد استيفاءها على ملك المؤجر فاذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ما عقد مع الوارث ، واذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا انه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة العقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات وما ذكره لا يصح فانا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملك عليه الاجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكره لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئرا فوقه فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا

(فصل) وإن مات المكثري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كن يموت في طريق مكة ويخلف جملة الذي اكتمراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم

﴿مسئلة﴾ (ونيجوز إجارتهما بمثل الاجرة وزيادة ، وعنه لانيجوز بزيادة ، وعنه ان جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا)

إذا قلنا بجواز إجارة العين المستأجرة جازت بمثل الاجرة وزيادة نص عليه أحمد ، وروي عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد لانيجوز بزيادة تروى كراهة ذلك عن ابن المسيب وأبي سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والنخعي وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا فان فعل تصدق بالزيادة روي ذلك عن الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لوربح في الطعام قبل قبضه ويخالف ما إذا عمل فيها فان الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية أخرى ان أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث فيها عمارة لا يقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبير فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه بديل أنها لو فانت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، والتماس على بيع الطعام قبل قبضه لا يصح فانه لا يجوز وان لم يربح فيه ، وتمليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغي بما إذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها عادة والله أعلم

مقاهم فظاهر كلام أحمد أن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبهه مالو غصبت ، ولان بقاء العقد ضرر في حق المكثري والمكثري لان المكثري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكثري بمنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه وقد نقل عن احمد في رجل اكثري بهيماً فمات المكثري في بعض الطريق فان رجم البعير خاليا فعليه بقدر ماوجب له ، وان كان عليه نقله ووظاؤه فله الكراء. إلى الموضوع، وظاهر هذا أنه حكم بنسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبهه مالو اكثري من يقلع له ضرره فبراً أو انقلع قبل قلعه أو اكثري كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت ، ويجب أن بقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث، وتأولها القاضي على أن المكثري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا يفسخ بمدر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكنها ولا يصح هذا لانه لو منم الوارث الانتفاع لما استمتع شيئاً من الاجر، ويفارق هذا مالو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لا يؤس منه بالحبس فانه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة اما بأجر أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبهه ما ذكرنا من الصور

(فصل) وسئل أحمد عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل؟ قال ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء ، قلت أليس كان الخياط أسهل عندك اذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً؟ قال إذا عمل فهو أسهل . قال النخعي لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو إبراً فان لم يعين فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً . وهذا يحتتمل أن يكون النخعي قاله بناء على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة ، وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(مسألة) (وللمستعبر اجارتهما إذا أذن له المعير مدة بعينها)

لانه لو أذن له في بيعها جاز فكذلك اذا أذن له في اجارتهما ولان الحق له فجاز باذنه ولا بد من تعيين المدة في الاذن لان الاجارة عقد لازم لا تجوز الامدة معينة

(مسألة) (ونجوز اجارة الوقف) لان منافعه مملوكة للموقوف عليه فجاز اجارتهما كالمستأجر

(مسألة) (فان مات المؤجر فانتقل الى من بعده لم تنفسخ الاجارة في أحد الوجهين)

وللثاني حصته من الاجر لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يبتل بموته كما لو أجر ملكه المطلق

(فصل) إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة فمات في أثناءها وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان (أحدهما) لا تنسخ الاجارة لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق (والثاني) تنسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره وذلك لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل الى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل الى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنتهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح ، ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفقة وهذا التفصيل مذهب الشافعي ، فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقلنا تنسخ الاجارة فلن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر وإن قلنا لا تنسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(فصل) وإن أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثناءها فقال أبو الخطاب ليس له فسخ الاجارة لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ويحتمل أن تبطل الاجارة

(والثاني) تنسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره بخلاف الطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه ، وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل إلى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل إلى الوارث ، والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنتهم ولا ولاية له عليهم ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفقة وهذا التفصيل مذهب الشافعي فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقلنا تنسخ الاجارة فلن انتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر . وان قلنا لا تنسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(مسألة) (وإن أجر الولي اليتيم أو ماله مدة فبلغ في أثناءها فليس له فسخ الاجارة . ذكره أبو الخطاب) لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ، ويحتمل أن تبطل الاجارة فيما بعد البلوغ لزوال الولاية لما ذكرنا في اجارة الوقف . ويحتمل أنه إذا أجره مدة بتحقق فيها بلوغه وهو أن يؤجر ابن أربع عشرة سنتين فيبطل في السادس عشر لانا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه ، وهل يصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، وإن لم يتحقق فيها بلوغه

فما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في اجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها - مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لاننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة - وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل لاننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أفضى الى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره، والى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للابد ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب اذا زوج ولده وما قاسوا عليه انما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لالما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية الى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق ما أوجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لا ولاية له فيها وههنا انما يثبت للولي

كالذي أجره الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما ذكرنا في صدر الفصل، لأننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق فيها بلوغه أفضى الى أن يعقد على منافعه طول عمره وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للابد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة إذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده والامة إنما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لالما ذكره، بدليل انها لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية الى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق ما أوجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لا ولاية له فيها ، وههنا انما يثبت للوالي الثاني التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم يثبت للثاني ولاية على ما تناوله الخبر

(مسألة) (فان أجر السيد عبده مدة ثم أعتمقه في أثنائها صح العتق)

ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء . وهذا أحد قولي

الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم تثبت للثاني ولاية على ماتناوله

(فصل) وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قولي الشافعي وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل . ولنا أنها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المكره فانه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره ثم . ولنا انه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا يفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها . اذا ثبت هذا فان نفقة العبد ان كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه كما كانت وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على معتقه لانه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ولان العبد لا يقدر على نفقة نفسه لانه مشغول بالاجارة ولا على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى (فصل) اذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وبهذا

الشافعي ، وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل ولنا انها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه . ويخالف المكره فانه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره . ثم ولنا انه عقد لازم على ما يملك فلم يفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها اذا ثبت هذا فان نفقة العبد اذا لم تكن مشروطة على المستأجر فهي على معتقه لانه كالباقي في ملكه لكونه يملك عوض نفعه ، ولان العبد عاجز عن نفقته لانه مشغول بالاجارة ولم يجب على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى ، ويتخرج ان تفسخ الاجارة كالصبي والله أعلم (فصل) قال رحمه الله (واجارة العين تنقسم الى قسمين (أحدهما) أن تكون على مدة كاجارة الدار شهراً والارض عاما والعبد للخدمة أو للرعى مدة معلومة ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص) تكون في الآدمي وغيره ، فأما غير الآدمي فمثل اجارة الدار شهراً والارض عاما . وأما اجارة الآدمي فمثل أن يستأجر رجلاً يبني معه يوماً أو يخطط له شهراً فهذا يسمى الاجير الخاص لان المستأجر يختص بمنفعته في مدة الاجارة لا يشاركه فيها غيره

(مسئلة) (ويشترط أن تكون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وان طالت)

قال الشافعي في أحد قوايه وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المعصوب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الامة المزوجة ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه ، وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فان أجازته جاز وبطلت الاجارة وإن رده بطل

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجارته كبيع الامة المزوجة . اذ اثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها ونفعها إنما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عيناً في مكان بعيد فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص

(فصل) فان اشترى المستأجر صح البيع أيضاً لانه يصح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده

أما ضبطها بالشهر والسنة فلا نعلم فيه خلافاً وإنما اشترط العلم بالمدة لأنها هي الضابطة فاشترط معرفتها كعدد المكيلات فيما يبيع بالكيل ، فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على السنة الهلالية لأنها المعهودة قال الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فان قال هلالية كان نو كيداً ، وإن قال عددية أو سنة بالايام فهي ثلاثون وستون يوماً لان الشهر العددي ثلاثون يوماً . وان استأجر سنة هلالية في أولها عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لان الشهر الهلالي ما بين هلالين بنقص مرة ويزيد أخرى . وكذلك إن كان العقد على أشهر دون السنة ، وإن جعل المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وهما يعلمانها جاز وهي ثلاثون وخمسة وستون يوماً وربع يوم وإن جهلا ذلك أو أحدهما لم يصح

(فصل) فان أجره إلى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لانه جعل غاية فننتهي مدة الاجارة بأوله . وقال القاضي : لا بد من تعيين العيد فطراً أو أضحي من هذه السنة أو من سنة كذا . وكذلك الحكم ان علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجادي وريبع يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا . وان علقه بشهر مفرد كرجب فلا بد أن يبينه من أي سنة ، وإن علقه بيوم بينه من أي أسبوع ، وإن علقه بعيد من أعياد الكفار وهما يعلمانه صح وإلا لم يصح

(فصل) ولا تنقذر أكثر مدة الاجارة بل يجوز أجره العين مدة يغلب على الظن بقاء العين فيها

وهل تبطل الاجارة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلموبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر، ولو أجر الموصي له بالمنفعة مالك الرقبة صححت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا يتنافي العقد على الرقبة، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره (والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد لعين كالنكاح فانه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فيع استدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقي الاجر من الثمن

(فصل) وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة أو بقائها إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من ابيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابني أحدهما هو المستأجر فان الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما يحكم الملك واما يحكم الاجارة وما عليه من الاجر بينهما نصفين، وإن كان أبوه قد قبض الاجر لم يرجع بشي منه على أخيه ولا تركه أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشي أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه

وإن طالقت. وهذا قول عامة أهل العلم، غير أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان (أحدهما) كذا ذكرنا وهو الصحيح (والثاني) لا يجوز أكثر من سنة لان الحاجة لا تدعو الى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة: وحكى القاضي في كتاب الخلاف عن ابن حامد ان أصحابنا اختلفوا في مدة الاجارة فمنهم من قال لا تجوز أكثر من سنة. واختاره ومنهم من قال الى ثلاثين سنة لان الغالب ان الاعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الاسعار والاجر

ولنا قوله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام انه قال (على أن تأجرني ثمانى حجج) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل. ولان ما جاز المقدم عليه سنة جاز أكثر منها كالباع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحمك لادليل عليه وائس هو بأولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه

(فصل) اذا استأجر سنين لم يحتج الى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام احمد كما لو استأجر سنة لم يحتج الى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق، وكذلك لا يفتقر الى تقسيط أجر كل يوم اذا استأجر شهراً، ولان المنفعة كالايمان في البيم، ولو اشتملت الصفقة على اعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا، وقال الشافعي في أحد قولييه يفتقر الى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمّن أن يفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لا يفتقر الى تقسيط الاجر على كل شهر مع الاحتمال الذي ذكره

نصفا مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انتقضت الاجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة واخذ عوضها من غيره

(فصل) وإن اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها فإن قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين ، وإن كان المشتري أجنبيا فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لأنه يستحق عوضها على المستأجر فإذا سقط العوض عاد اليه المعوض ولأن المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه ما لم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لأن المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحققت بعقد الاجارة فإذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطالمتها الزوج ، ولا يصح هذا القياس فإن منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فإن المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلية فزال بالفسخ رجع اليه معوضها وهو المنفعة ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير

(مسئلة) (ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح)

سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن وكذلك ان أجره شهر رجب في المحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ، ففيه قولان لأنه عقد على ما يمكن تسليمه في الحال فأشبهه إجارة العين المفصولة قال ولا يجوز أن يكتري بعيرا بعينه إلا عند خروجه لذلك ولنا أنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسليم فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد ، ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه ، وما ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكنتري فإنه يصح مع ما ذكره . إذا ثبت هذا فإن الاجارة ان كانت على مدة تلي العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تليه فلا بد من ذكره لأنها أحد طرفي العقد فاحتيج الى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤها من حين العقد وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي وبعض اصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر وبذلك أي سنة هي قال احمد في رواية اسماعيل ابن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى حكاه عن شعيب عليه السلام قال (على أن تأجرني ثمانين حجج) لم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فاذا أطلقها وجب أن تلي السبب كمدة السلم والابلا ، وتفارق النذر فإنه قرينة

ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت الى البائت للملكت بغيرها ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها الى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) واذا وقعت الاجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملاً للحمل أو للركوب فنلت انفساخ العقد بتلفها ، وإن خرجت مستحقة تبيننا أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك ابدالها لان العقد على معين فثبتت هذه الاحكام كما لو اشترى عيناً ، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فتى سلم اليه عيناً فتالت لم تنفسخ الاجارة ولزم المؤجر ابدالها ، وإن خرجت موصوفة لم يبطل العقد ولزمه بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردها فكذلك لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في ابطال العقد كما لو اشترى بضمن في الذمة على ما قرر في موضعه ، فان قبيل فقد قلتم من اشترى جملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اشترى أرضاً للزراعة شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر فلم قلتم اذا اشترى جملاً بعينه لا يجوز أن يبدله ؟ قلنا لان المعقود عليه منفعة العين فلم يجوز أن يبدلها غير المعقود عليه كما لو اشترى عيناً لا يجوز أن يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه إنما هو موقوف بالمنفعة وإنما نشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فاما ما بين يعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع ، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض

(فصل) اذا تمت الاجارة وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة وتحدث على ملكه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالولد والتمرة

ولنا ان الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص وقد ثبت أن المنفعة المستقبلية كان للمالك العين أن يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها كان المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت انها كانت مملوكة للمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والتمرة فان المستأجر لا يملك التصرف فيها قولهم إن المنفعة معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت مورداً للأهل والقدر لا يرد إلا على موجود

(مسئلة) (واذا أجره في اثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرهما بالاهلة)

لانه تمدر امامه بالهلال فتمتناه بالعدد وامكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل وعنه يستوفي الجميع بالعدد لانها مدة يستوفي بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما او كانت المدة شهراً واحداً ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في اثنا عشره وكذلك كل شهر يأتي بعده ولا يحنيفة والشافعي كالروايتين ، وكذلك الحكم في كل ما يعتبر فيه الاشهر كعدة الوفاة وشهري صيام الكفارة

انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تفسخ الاجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافتراقا

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره اذا كان يقوم مقامه)

وجملته أن من استأجر عقاراً لسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء. ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه ويضع فيه ماجرت عادة الساكن به من الرجال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرهما ما لا يضر بها، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين لان ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدراب لانها تروث فيها وتفسدها ولا يجعل فيها السرجين ولا رحي ولا شيئاً يضر بها، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلاً فوق سقف لانه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها الا أن يشترط ذلك ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً وإنما كان كذلك لان له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز كما لو وكل وكيل في قبض المبيع أو دين له ولم يملك فعل ما يضر بها لانه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه فاما أن يجعل الدار مخزناً للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل أن لا يجوز لان ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار (فصل) واذا اكترى داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولا صفتها وهذا قول

(فصل) ومن اكترى دابة الى العشاء فأخر المدة غروب الشمس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخره النصف الآخر من الزوال وكذلك جاء في حديث ذي اليمين عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاة العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قوله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العنمة وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء الى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فيدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكره لا يصح لان لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ثم لو ثبت أن معناها واحد غير أن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه فان اكترها الى الليل فهو الى أوله وكذلك ان اكترها الى النهار فهو الى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار، وان اكترها نهاراً فهو الى غروب الشمس وان اكترها ليلة فهي الى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائك) ثم قال (فلان باشره من وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا

الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي لان السكنى تختلف ولو أكثرها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه

ولنا أن الدار لا تكترى الا للسكنى فاستغنى عن ذكره كاطلاق الثمن في بلديه قد معروف به والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه وما ذكره لا يصح فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتري، فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غير من ذكره ولكن ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما اذا كترى للركوب

(فصل) واذا أكثرى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لان العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفي أقل منه لانه يستوفي بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه لا يملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال انقاضي بشرط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب تثقل على الركوب وتضر به . قال الشاعر :

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقيل على أعجازها عنف

ولنا أن التفاوت في هذه الامور بعد التساوي في الثقل يسير فعني عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لا شترط معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل (فصل) وان أكثرى فسوطا الى مكة ولم يقل متى اخرج فالركاء فاسد وبه قال أبو ثور وهو

قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحسانا بخلاف القياس

ولنا انها مدة غير معلومة الابتداء فلم يميز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى رأس السنة وقد اعترفوا بمخالفته الدليل وما ادعوه دليلا نتم كونه دليلا

(القسم الثاني) إجارتهما العمل معلوم كاجارة الدابة للركوب الى موضع معين أو بقرح لحرث مكان أو دياس زرع واستئجار عبد ليدله على طريق أو رحي لطحن ففران معلومة فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف لان الاجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العرض فيها معلوما لتلا يقضي الى الاختلاف والتنازع كقولنا في البيع، والعلم بمقدار المنفعة إما أن يحصل بتقدير المدة كما ذكرنا في اجارة الدار وخدمة العبد مدة معلومة وإما بتقدير العمل ووصف ما يعمله وضبطه بما لا يختلف فيه كالبيعات

(فصل) يجوز أن يكتري بقرا لحرث مكان لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت إني لم أخلق لهذا إنا خلقت للحرث » متفق عليه، ويحتاج الى معرفة الارض وتقدير العمل، وأما الارض فلا تعرف إلا بالمشاهدة فانها تختلف فتكون صلبة تنعب

(فصل) فان شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانه قال فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط ويصح العقد ، ويحتمل أن يصح الشرط وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ، وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لأنه ينافي موجب العقد إذ موجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائيه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائيه والشرط ينافي ذلك فكان باطلا ، وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أحدهما لا يبطله لانه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضراً فالغني وبقي العقد على مقتضاه ، والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه فأشبهه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع

(فصل) ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد ابن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكمل والموزون قبل قبضه ، والاول أصح لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع التمرة على الشجرة ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الاصل. اذا ثبت فانه لا يجوز

البقر والحراث وتكون فيها حجارة تتعلق فيها السكة وتكون رخوة بسهل حرثها، ولا تنضبط بالصفة فتحتمل الى الرؤية. وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدّة كيوم وإما بمعرفة الارض كهنه القطعة أو من هنا الى هنا أو بالمساحة كجريب أو جريبين أو كذا ذراعا في كذا كل ذلك جائز لحصول العلم به فان قدره بالمدّة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها بالقوة والضعف ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ويجوز استئجارها بآلتها وبدونها وتكون الآلة من عند صاحب الارض ويجوز استئجار البقر وغيرها لدواس الزرع لانها منفعة مباحة ، مقصودة اشبهت الحرث ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان لان الغرض يختلف به فنه ماروئه ظاهر ومنه نجس، ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وغيرها مع صاحبه ومنفرداً كما ذكرنا في الحرث

(فصل) ويجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو زراعا ولاصحاب الشافعي فيه وجه انه لا يجوز لانها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان . وانما انها منفعة مباحة يمكن استيفائها اشبهت سائر المنافع المباحة وكالتى قبلها

(فصل) وان أكثرى حيوانا لعمل لم يخلق له كمن استأجر البقر لركوب أو الحبل أو الابل

إجارتها إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما تقدم، فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهذا قول أبي حنيفة والمشهور من قول الشافعي لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان، والآخري يجوز وهو قول بعض الشافعية لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر فإذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيها همتان (أحدهما) لا يجوز لأنه عقد عليها قبل قبضها (والثاني) يجوز لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الاجنبي، وأصلها بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائنه رواية واحدة، وهل يصح من بائنه؟ على روايتين، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجازة وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجوز لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام لأن التسليم مستحق على السكراء فإذا أكرها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهذا تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع، وماذ كروه لا يصح لأن التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها استحق تسليمها، فإن قيل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع، قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فإذا تعذرت المنافع تلف الدار وغصبها رجم عليه لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه

والخير للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كاتني خلقت له، ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيلها منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح أو ما ورد بتحريمه نص أو قياس صحيح أو رجحان مضرة على منفعة ولم يوجد شيء منها، وكثير من الناس يحملون على البقور وكونها وفي بعض البلاد يحرث على الأبل والبغال والخير فيكون معنى خلقها للحرث أن شاء الله تعالى أنه معظم نفعها ولا يمتنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة وبياح أكلها، والواو خلق للحلية ويجوز استعماله في الأدوية وغيرها

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعي ويفتقر لشئيين معرفة الحجر بالمشاهدة أو الصفة لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته (الثاني) تقدير العمل بالزمان كيوم أو يومين أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين وذكر جنس المظنون أن كان يختلف لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يشق، وأن أكثرها لإدارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دلالة لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض، وكذلك أن أكثرها للسقي بالغرب فلا بد من معرفته ولأنه يختلف بكمه وصفه، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة، يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض شديدة العطش لا يرويهما القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيرويهما

(فصل) ويجوز المستأجر اجارة العين بمثل الاجر وزيادة نص عليه أحمد، وروي ذلك عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وعن أحمد انه ان أحدث في العين زيادة جاز له أن يكرها بزيادة والا لم تجز الزيادة فان فعل تصدق بالزيادة روي هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يريح بذلك فيما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن، ولانه يريح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه، وبخالف ما اذا عمل عملا فيها لان الربح في مقابلة العمل وعن أحمد رواية ثالثة ان أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقا لدخولها في ربح مالم يضمن ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الاجر، وأما الخبز فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فأنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فان البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح وهما جائز في الجملة وتعليقهم بان الربح في مقابلة عمله ملغى بما اذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزد في أجرها في العادة

(فصل) ونقل الاثر من أحمد أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل؟ قال ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء قلت أليس كان الخياط أسهل عنده

اليسير، وان قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل الجواز لان شريها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقي عليها ماء، ولا بد من معرفة الآلة التي يسقي فيها من راوية أو قرب أو جرار اما بالرؤية واما بالصفة، ويقدر العمل بالزمان أو بالعدد أو بملء شيء معين، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة المكان الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونه، وان قدره الى شيء معين احتاج الى معرفته ومعرفة ما يستقي منه، ويجوز أن يكتري البيضة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها، فان أكثرها ليل تراب معروف جاز لانه يعلم بالعرف وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف وان وقع على عمل معين لم ينتج الى ذلك لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استقاء الماء عليه لان منه ماروته وجسمه طاهر كالخيل والبقر ومنه ماروته نجس وفي جسمه اختلاف كالبعال فربما نجس يد المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فاحتج الى معرفته

(مسئلة) (يجوز استئجار رجل ليدله على طريق)

لان النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الاريقط هاديا خربنا وهو الماهر بالهداية ليدلها على الطريق الى المدينة

إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً قال إذا عمل عملاً فهو أسهل ، قال النخعي لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو أبراً أو يخطب فيها شيئاً فإن لم يعن فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنياً على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(فصل) وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر ، قال أحمد إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرأ فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأساً إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه ، فإذا اكرت دابة ليحمل عليها حديد لم يحمل عليها قطناً لانه يتجافى وتهب فيه الريح فينعب الظهر ، وإن اكرتها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيتمثل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اكرتاه ليركبه لم يجز أن يحمل عليه لان الراكب يعين الظهر بركبته ، وإن اكرتاه ليحمل عليه لم يجز أن يركبه لان الراكب يقعد في موضع واحد فيشتمد على الظهر وانتاع يتفرق على جنبه ، وإن اكرتاه ليركبه عرباً لم يجز أن يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وإن اكرتاه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عرباً لانه إذا ركب عليه من غير سرج

(مسئلة) (ويصح استئجار رحي الطحن ففران معلومة)

ويحتاج الى معرفة جنس المطحون برأ أو شعيراً أو ذرة أو غيره لان ذلك يختلف فنه ما يسهل طحنه ومنه ما يصسر فاحتيج الى معرفته لتزول الجبالة

(فصل) ويجوز استئجار كيال أو وزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبه قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانعلم فيه خلافاً ، وقد روي في حديث سويد بن قيس أنانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى رجل منا سراويل ونم رجل بزن بأجر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « زن وأرجح » رواه ابو داود

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليلازم غريماً تسحق ملازمته وقد روي عن احمد انه كره ذلك وقال: غير هذا أعجب إلي وانما كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضيق على المسلم ولا يأمّن ان يكون ظالماً يساعده على ظلمه وروي عنه انه قال لا بأس به لان الظاهر انه بحق فان الحاكم في الظاهر لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا له وكل فعله

(فصل) ويجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقني لانها منفعة معلومة يجوز التطوع بها فجاز الاستئجار عليها كالخدمة ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قدره بمدة نحو أن يستأجره شهراً ليحفر له بئراً أو نهراً لم يحتج الى معرفة القدر وعليه الحفر في ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً

حي ظهره فربما عقره ، وإن أكثره ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه فلو أكثرى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البرذون إذا كان أثقل من سرجه ، وإن أكثرى دابة بسرج فركبها بكاف أثقل منه أو أضر لم يجز ، وإن كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً وعليه الاجر وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

(فصل) وإن أكثرى دابة ليركبها في مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها فزاد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضر منها أو تخالف ضررها بأن تكون احدها أحسن والاخرى أخوف لم يجز وإن كان مثلها في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لان المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم يضمن كنوع المحمول والراكب ، ويقوى عندي أنه متى كان المكركب غرض في تلك الجهة المعنية لم يجز العدول إلى غير هاتئ من يركي جماله إلى مكة فيحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكرها إلى بغداد لكون أهله بها أو يبلد العراق لم يجز الذهاب بها إلى مصر ، ولو أكثرى جمانه جملة إلى بلد لم يجز للمستأجر التفريق بينها بالفر ببعضها إلى جهة ويباقيها إلى جهة أخرى وذلك لانه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجز تفويته كما في حق المكترى فإنه لو أراد حمله إلى غير المسكن الذي أكثرى اليه لم يجز وكأ لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك

قال شيخنا ويفتقر إلى معرفة الارض التي يحفر فيها وقال بعض أصحابنا لا يحتاج الى ذلك لان الغرض لا يختلف بذلك والاول أولى ان شاء الله تعالى لان الارض الصلبة يشق حفرها والينة يسهل ، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لكونها تختلف بالسهولة والصلابة وذلك لا ينضبط بالصنعة ، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعرضه وعمقه لان العمل يختلف بذلك ، واذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكنه الحفر الا بذلك فقد تضمنه العقد ، فان تهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولا يتضمن عقد الاجارة رفعه ، وان وصل الى صخرة أو جراد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك يخالف لما شاهده من الارض وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فان فسخ كان له الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل ، فيقال كم أجر ما عمل وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الاجر المسمى عليها ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع ، لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه ، وان نبع منه ما منه من الحفر فهو كالصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ ينسخ له كتباً من الفقه والحديث والشعر المباح وسجلات نص عليه في رواية مثني ابن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالاجر فلم يره بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة

(فصل) ويجوز أن يكتري قميصا ليلبسه لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه فجازت اجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل فعليه نزعه في ذلك لأن الاطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك ، وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعه لأنه العرف ولبس القميص على ما جرت العادة به ولا يجوز أن يئزر به لأنه يعتمد عليه فيشقه وفي اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدي به لأنه أخف ، ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه وقيل فيه وجه آخر أنه لا يجوز لأنه استعمال لم يجز العادة به في القميص أشبه الاتزار به

(فصل) وإن استأجر أرضاً صح لما تقوم ولا يصح حتى يرى الأرض لأن المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لأنها لا تنضب بالصحة ، ولا يصح حتى يذكر له ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء ، لأن الأرض تصلح لهذا كله وتأثيره في الأرض يختلف فوجب بيانه ، فإن قال أجرتها لتزرعها أو تفرسها لم يصح لأنه لم يمين أحدهما فأشبهه مالو قال بعثك أحد هذين العبدين وإن قال لتزرعها ماشئت أو تفرسها ماشئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لأنه لا يدري كم يزرع ويغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها

ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزرعها ماشئت ، ولأن اختلاف المئسرين باختلاف النوعين ، وقوله لتزرعها ماشئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسيتين وله

أو العمل فإن قدره بالعمل ذكر عدد الورق وقدره وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحراشي ودقة القلم وغلظ. فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز وإن أمكن ضبطه بالصفت ضبطاً ، وإلا فلا بد من المشاهدة لأن الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر بأجزاء الفروع وأجزاء الاصل ، وإن قاطعه على نسخ الاصل بأجر واحد جاز فإن أخطأ بالشيء اليسير عفي عنه لأنه لا يمكن التحرز منه ، وإن كان كثيراً بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل ليس له محادثة غيره حال النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلظه ولا لغيره تحديته وشغله ، وكذلك الاعمال التي تختل يشغل السر والقلب كالقصار والنسابة ونحوهما ، ويجوز أن يستأجر على نسخ مصحف في قول أكثر أهل العلم ، منهم جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ويستكتبه مصحفاً ، وكرهه علقمة ككتابة المصحف بالاجر واهله يرى ذلك مما يختص كون فاعله من أهل القرية ففكره الاجر عليه كالمصلاة

ولنا انه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجرة عليه ككتابة الحديث ، وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله »

(فصل) يجوز أن يستأجر لحصاد زرعاً لأنه لا ينلم فيه خلافاً وكان إبراهيم بن آدم يؤجر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز تقديره بمدة وبعمل مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقي

أن يغرسها كلها، وإن أحب زرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعاً واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ههنا

وإن أكرها للزرع وحده ففيه أربع مسائل (أحدها) أن أكرها للزرع مطلقاً أو قال لتزرعها ما شئت فإنه يصح وله زرع ماشاء. وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء. ولنا أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الأنواع لأنها دونه فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر وكان له مادونه وبخالف الاجناس المختلفة فإنه لا يدخل بعضها في بعض، فإن قيل فلو اقتصرت دابة للركوب لوجب تعيين الراكب، قلنا لأن اجارة المراكب لا أكثر الركاب ضرراً لأن يجوز بخلاف المزروع ولأن للحيوان حرمة في نفسه فلم يجوز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجوز أن يسكنها من يضر بها كالتقاصر والحداد فلم قلتم أنه يجوز أن يزرعها ما يضر بها؟ قلنا إن سكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لأن العقد لم يقتضيه والزرع يقتضي الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فلماذا جاز وأيسر له أن يغرس في هذه الأرض ولا يبين لأن ضرره أكثر من المقود عليه

(المسئلة الثانية) أكرها للزرع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما يعينه وما ضرره كضرره أو

زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلاً يحتطب له لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع. قال أحمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الاجرة فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة، وظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استنصر باشتغاله عن عمله لقوله إن كان يدخل عليه ضرر رجوع بالقيمة فاعتبر الضرر. وظاهر هذا أنه إذا لم يستنصر لا يرجع بشيء لأنه أكثره لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء. كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله فإن ضرر المستأجر رجوع عليه بقيمة ما فوت عليه. وبمقتضى أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لأنه صرف نفعه المقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لأن منافعهما في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون الذي استأجره

(فصل) يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس وما دونها، وبه قال مالك والشافعي

وأبو ثور، وقال أبو حنيفة لا يجوز في النفس لأن عدد الضربات يختلف وهو وضع الضربات غير متعين

إذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس وما يلي الكتف فكان مجهولاً

ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية فجاز الاستئجار

دونه ولا يتعين ماعينه في قول عامة أهل العلم الا داود وأهل الظاهر فاتهم قالوا لا يجوز له زرع غير ماعينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجوز له أن يزرع بيضاء لانه عينه بالعقد فلم يجوز العدول عنه كما لو عين المروكوب أو عين الدرهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعة الارض دون القمح ولهذا يستقر عليه العوض بمضي المدة اذا تسلم الارض وان لم يزرعها وانما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره ، وفارق المروكوب والدرهم في الثمن فاتهم معقود عليهما فتعينا والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضاً ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون (المسئلة الثالثة) قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتالي قبلها إلا أنه لا يخالف فيها لانه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الاشكال

(المسئلة الرابعة) قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لانه يتنافى مقضى العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لانه لا ضرر فيه ولا غرض لاحد المتعاقدين لان مضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبهه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه، وقد ذكرنا فيما اذا شرط مكثري الدار أنه لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط ووجها آخر في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

عليه كاتقصاص في الطرف. وقوله ان عدد الضربات بخلاف وهو مجهول يبطل بخيطة الثوب فان عدد الفرزات مجهول ، وقوله ان محله غير متعين ، فلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخيطة من حاشية الثوب

(فصل) ويجوز أن يستأجر سمساراً بشترى له ثياباً ، ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي ، وكرهه الثوري وحماد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النياحة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ، ونجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجره عشرة أيام بشترى له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم فأشبهه الخياط والقصار ، وان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل الف درهم شيئاً معلوماً صحيح أيضاً ، وان قال كلما اشتريت ثوباً فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمان جاز ، وان لم تكن كذلك فظاهر كلام أحمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملاً بهوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة (فصل) وان استأجره ليبيع له ثياباً بعينها صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لان

ذلك يتعدر عليه فأشبهه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

وانا انه عمل مباح معلوم تجوز النياحة فيه فجاز الاستئجار عليه كشرائه الثياب ، ولانه يجوز الاستئجار

(فصل) وإن أكرها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه لأن كل واحد منهما يضر بباطن الأرض ، وليس له البناء لأن ضرره يخالف ضرره فإنه يضر بظاهر الأرض ، وإن أكرها للزرع لم يكن له الغرس ولا البناء لأن ضرر الغرس أكثر ، وضرر البناء يخالف ضرره ، وإن أكرها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لأن ضررها يخالف ضرره

(فصل) ولا تخلو الأرض من قسمين أحدهما أن يكون له ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر في الزرع أو من عين نابعة أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ثم يستقى به أو من بئر يقوم بكفائتها أو ما يشرب به روقه انداوة الأرض وقرب الماء الذي تحت الأرض فهذا كله دائم ، وروصح استنبجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الأرض التي تشرب من مياه الأمطار وينتهي بالاعتاد منه لأن ذلك بحكم العادة ولا ينقطع إلا نادراً فهو كسائر الصور المذكورة (الثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهاه ، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة برداً وما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر فهذه نصح إيجارها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه إن أكرها بعد الزيادة صح ولا يسح قبلها لأنها معدومة لا تعلم هل يقدر عليها أو لا

عليه مقدراً بزمان فجاز مقدراً بالعمل كالحياطة وقومهم أنه يتعذر ممنوع فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صحح المضاربة ولا تكون إلا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فإنه يتعذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة من رجل معين احتمل أن لا يصبح لأنه قد يتعذر لامتناع صاحبه من البيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ويحتمل أن يصبح لأنه يمكن في الجملة فإن حصل من ذلك شيء استحق الأجر وإلا بطلت الإجارة كالأول لم يعين البائع ولا المشتري

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات السلم كخياطة ثوب وبناء دار و حمل إلى موضع معين ولا يكون الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف ، ويسمى الاجير المشترك) يجوز للآدمي أن يؤجر نفسه بغير خلاف وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية القصر ، واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضي الله عنه رجلاً ليدهم على الطريق ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه أشبه الدور ، ثم إن اجارته تقع على مدة بعينها وعمل بعينه كإجارة موسى عليه السلام نفسه للرعي ، وتقع على عمل موصوف في الذمة كاسلم ، ومتى كان على عمل موصوف في الذمة لم يكن الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف لأن الذمة لا تكون لغير الآدمي ولا تثبت المعاوضة لعمل في الذمة لغير جائز التصرف ، ولا بد أن يكون العمل الذي يتعلق بالذمة مضبوطاً بصفات السلم ليحصل العلم به

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت إجارة الأرض الشارحة به كالشارحة من مياه الأمطار ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالم في الفاكهة إلى أوانها (النوع الثاني) أن يكون مجيئ الماء نادراً أو غير ظاهر كالأرض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبية فهذه إن أجرها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضاً لأنه يمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إيجارتها كذات الماء الدائم ، وإن أجرها قبله للفرس أو الزرع لم يصح لأنه يتعذر الزرع غالباً ويتعذر المقود عليه في الظاهر فلم تصح إيجارتها كالأبق والمغصرب ، وإن أكثرها على أنها لا ماء لها جاز لانه يمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها ، وله أن يزرعها رجاء الماء ، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها وليس له أن يبني ولا يفرس لأن ذلك يراد لتأييد وتقدير الاجارة بمدة تقتضي تفرغها عند انقضائها، فإن قيل فلو استأجرها للفراس والبناء صح مع تقدير المدة ، قلنا التصريح بالبناء والفراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة إلا أن يشترط فلم ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الفراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا ، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بمحلها وعدم ماؤها صح لانها ماد خلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبهه مالوشراطه ، وإن لم يعلم عدم نواتها أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل

ويسمى الاجير فيها الاجير المشترك مثل الحياط الذي يتقبل الحياطة لجماعة وكذلك القصار ومن في معناه فتكون منفعة مشتركة بينهم

(مسئلة) (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم ، وعنه يجوز)

لا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم أو تبني هذه الدار في شهر وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن الجمع بينهما يزيد الاجارة غرراً لا حاجة اليه لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد وان لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة ، فهذا غرر قد أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجوز العقد معه ، وروي عن أحمد فيمن أكثرى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست قال قد أضربه فقيل يرجع عليه بالقيمة؟ قال لا ويصالحه، وهذا يدل على جواز تقديرها جميعاً وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن الاجارة معقودة على العمل فالمدة إنما ذكرت للتعجيل فلا تمنع ذلك ، فعلى هذا إذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لانه وفي ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فلا مستأجر فسخ الاجارة لان الاجير لم يف له بشرطه ، فان رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لان الاخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة

ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد ولانه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكثر بها لزراعة مع تعذرها ، وقيل لا يصح العقد المطلق وان علم بمالها لان اطلاق كرا. الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لان العلم بالحال يقوم مقام الاشرط كالمعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم او الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتالي لاما لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اكرى أرضا غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لان الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبا ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة بأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد لان المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يجز اجارتها لانها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى غرق الزرع أو هلك بمحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار المكثري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي لان التالف غير المعقود عليه وأما تلف مال المكثري فيه فأشبهه من اشترى دكانا فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكثري الانتفاع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك فالأجر لازم له لان تعذره

له الى الفسخ كما لو تعذر المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ وملكه المسلم ، فان اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لاغير كالمسلم اذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وسبوه لم يكن له أكثر من المسلم فيه وان فسخ العقد قبل العمل سقط الأجر والعمل ، وان كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل لان العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع الى أجر المثل

(مسألة) (ولا تجوز الاجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كالخج والاذان ، وعنه تجوز)

معنى قوله يختص فاعله أن يكون من أهل القرية أنه يكون مسلما ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الاستئجار على عمل يختص فاعله أن يكون مسلما كالامامة والحج والاذان وتعليم القرآن فروي عنه انها لا تصح وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري ، وكره إسحاق تعليم القرآن بأجر ، قال عبد الله بن شقيق : هذه الرغفان التي يأخذها المملون من السحت ، وكره أجر المعلم مع شرط الحسن وابن سيرين وطائفة والشعبي والنخعي ، وعن أحمد رواية أخرى انه يجوز حكاها أبو الخطاب ، ونقل أبو طالب عن أحمد انه قال : التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في نعمة ، ومن أن يستدين ويتجر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله بأمانات الناس التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكره لا للتحريم

لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا معنى في العين ، وإن تعذر الزرع ؛ بب غرق الارض أو انقطاع مائها فلا مستأجر الخيار لانه لمعنى في العين ، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلفه مباشرة ولا بسبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فيه الفسخ لانه عيب فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا ويبقى الزرع في الارض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لما مثل ذلك الماء ، وكذلك ان انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو بسوء حاله به

(فصل) وإذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكاله قبل انقضاء المدة فحكه حكم زرع الفاصب بخير المالك بعد المدة من أخذه بالقيمة أو تركه بالاجر لما زاد على المدة لانه أبقى زرعاً في أرض غيره بعدوانه ، وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي انقضاء العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض ، وإن اتفقا على تركه بهوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الفاصب وقياس مذهبنا ما ذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ يبرد أو غيره فانه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني قالوا يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ومن أجاز ذلك مالك والشافعي ، ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لارسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن متفق عليه ، فإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة . وقال رسول الله ﷺ «أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله» حديث صحيح ، وفي حديث أبي سعيد أن رجلاً رقى رجلاً بفانحة السكتاب على جعل فبراً وأخذ أصحابه الجمل فأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه فقال «لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم» حديث صحيح . وإذا جاز أخذ الجمل جاز أخذ الاجر لانه في معناه ، ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد ولان الحاجة ندعو الى الاستتابة في الحج عن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الاجر فيه

ووجه الرواية الارلى ما روى عثمان بن أبي العاص قال إن آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ أن أأخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجرأ . قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى عبادة بن الصامت قال

ولنا أنه حصل الزرع في أرض غيره بأذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع، وقولهم إنه مفراط غير صحيح لأن هذه المدة التي جرت العادة بكامل الزرع فيها وفي زيادة المدة تفويت زيادة الاجر بغير فائدة و تضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء يتوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطاً، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في الاجارة فللمالك منعه لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فان زرع لم يملك مطالبته بقامه قبل المدة لأنه في أرض يملك نفعها ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال اذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارة

(فصل) وإذا اكرت الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل ان يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة نظرنا فان شرطاً تفريطها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لأنه لا يفضي إلى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لاخذها إياه نصيلاً أو غيره ويلزمه ما التزم ، وان أطلق العقد ولم يشترط شيئاً احتمل أن يصح لان الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه ان أمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضرره كضمر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذ قصيبلاً صح العقد لان الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن ، وإن لم يكن كذلك لم يصح لأنه اكرت

علمت أناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوساً قال قلت قوس وليست بما قال قلت أتقلدها في سبيل الله وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وقص عليه القصة قال : ان مسرك أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى له خبيصة أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو انك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار » وعن أبي قال: كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغها أقرئه يقول لجارية له هلمي طعام أخي فيؤني بطعام لا آكل مثله بالمدينة فخاك في نفسي منه شيء . فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان شاك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه ، وان كان يتحملك به فلا تأكله » وعن عبد الرحمن بن شبل الانصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثوم في سننه، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قريبة الى الله تعالى فلم يجز أخذ الاجر عليها كما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو اتر اوج . فاما الاخذ على الرقية فان احمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد، والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الاجر عليها والجماعة أوسم من الاجارة ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة وقوله عليه السلام « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » يعني الجعل أيضاً في الرقية لأنه ذكر ذلك في سياق خبر

للزراع مالا ينتفع بالزرع فيه أشبه إجارة السبخة له، فإن قلنا يصبح فإن انقضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته لأنه ههنا مفروط، واحتمل أن يلزم المسكوي تركه بالأجر لأن التفريط منه حيث أكره مدة لزوع لا يكمل فيها، وإن شرط تبقية حتى يكمل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فإن تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولأن مدة التبقية مجهولة فإن زرع لم يطالب بنقله كالتى تقدمت

(فصل) إذا أجره للغراس سنة صح لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المنصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يغرس قبل انقضاء المدة فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس لزوال عقده، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القلم عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ولا على المسكوي نسبة الحفر وإصلاح الأرض لأنهما دخلا على هذا لرضاهاما بالقلم واشتراطها عليه، وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره جاز إذا شرط مدة معلومة، وكذلك لو أكره الأرض سنة بعد سنة كلما انقضت عقد جدد آخر جاز، وإن أطلق العقد فللمسكوي القلم لأن الغرس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها، وإذا قلم فعليه نسوية الحفر لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه، وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة ههنا وفي التي قبلها لأن القلم قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولأنه تصرف في الأرض تصرفا نقصها لم

الرقية، وأما جعل تعليم القرآن صداقا فعنه فيه اختلاف، وليس في الخبر نصريح بأن التعليم صداق إنما قال «زوجتكما بما معك من القرآن» فيحتمل أنه زوجها إياه بغير صداق أكراما له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ونقل عنه جوازه، والفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوض وإنما واجب محلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الأجر في غيره

(فصل) فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الأمور لأن بيت المال من مصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجا إليه كان من المصالح وكان له أخذه لأنه من أهله وجري مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الأجر

(فصل) فإن أعطى المعلم شيئا من غير شرط جاز في ظاهر كلام أحمد فإنه قال في رواية أبوب ابن سافري لا يطالب ولا بشارط فإن أعطى شيئا أخذه، وقال في رواية أحمد بن سعيد أكره أجر المعلم إذا شرط، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا إن أتاه شيء قبله كأنه براه أهون، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخبيصة التي أعطيتها أبي عبادته من غير شرط، ولأن ذلك قرينة فلم يجوز أخذ العوض عنه بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام. ووجه الأول قول النبي ﷺ «ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذته وتموله فإنه رزق ساقه الله اليك» وقد أرخص رسول الله ﷺ في أكل طعام الذي كان يعلمه إذا كان طعامه وطعام أهله ولأنه إذا

يقتضيه عقد الاجارة ، وان ابي القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في لاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي ﷺ « ليس امرق ظالم حق » مفهومه ان ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ولانه غرس باذن المالك ولم بشرط. قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها وبخلاف الزرع فانه لا يقتضي التأيد ، فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأيد فشرط القلع يتأني في مقتضى العقد فينبغي أن يفسده ، فلما انما اقتضى التأيد من حيث ان العادة في الغراس التيقية فاذا أطقه حل على العادة واذا شرط. خلافه جاز كما اذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة شرطا بخلاف العادة . اذا ثبت هذا فان رب الارض يجبر بين ثلاثة اشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه (الثاني) أن يقلع الغراس والبناء. ويضمن ارش نقصه (الثالث) أن يقر الغراس والبناء. يأخذ منه أجر المثل وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك يجبر بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبة بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شر يكتين وليس بصحيح لان الغراس ملك لغارسه لم يدفع اليه عنه عوض ولا رضي بزوال ملكه عنه فلا يزول عنه كسائر الغرس ، وإن انقاعا على بيع الغراس والبناء المالك جاز وإن باعها صاحبها لغير مالك الارض جاز ومشتربهما يوم

كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً ، فأما حديث القوس والحبيصة فقضيتان في عين فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلا ذلك خالصا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ، وبجهد غير ذلك ، فأما ان أعطي المعلم أجراً على تعليم الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال : ان كان المعلمي يتوي أنه يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه وهكذا لو كان امام المسجد قبا يكتسه وبسرج فناديله وبغلق بابه ويفتحة فأخذ أجراً على خدمته ، أو كان النائب في الحج بخدم المستنيب له في طريق الحج وليشد له ويحج عن قريبه فدفع اليه أجراً لخدمته جاز ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كتعليم الخط والحساب والشعر وشبهه وبناء المساجد والقنابر فيجوز أخذ الاجرة عليه لانه يقع تارة قرية وتارة غير قرية فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت وكذلك في تعليم الفقه والحديث ذكره شيخنا ، وذكر القاضي في الخلاف أنهم من القسم الاول ، والاولى ما ذكره شيخنا لكون فاعله لا يختص أن يكون من أهل القرية ، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه وحججه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجرة عليه بغير خلاف لان الاجر عوض للانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها

فيهما مقام البائس ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ليس له بيعهما لغير مالك الارض لان ملكه ضعيف بدليل أن اصحاب الارض تملكه عليه بالقيمة من غير اذنه

وانا أنه مملوكه يجوز بيعه لذلك الارض فجاز لغيره كشفص مشفوع وبهذا يبطل ماذكروه فان للشفيع تملك الشقص وشراؤه ويجوز بيعه لغيره ، فأما ان شرط في العقد بقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم مالو أطلق العقد سواء ، وهو قول أصحاب ، الشافعي وبمقتضى أن يبطل العقد لانه شرط ماينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ، ولان الشرط باطل بدليل أنه لايجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط بقية الزرع بعد مدة الاجارة

(مسئلة) قال (ويجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته)

اختلفت الرواية عن أحمد فبين استأجر أجيراً بطعامه وكسونه أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عند جواز ذلك وهو مذهب مالك واسحاق وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها اختارها القاضي وهذا مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجهول وانما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لمن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع لان

(مسئلة) (وان استأجر من بحجمه صح ، ويكره للحر أكل أجرته ويطعمه الرقيق والبائس ،

وقال القاضي لا يصح)

يجوز أن يستأجر حجاً ليجعله وأجره مباح اختاره أبو الخطاب وهو قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة وبجبي الانصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لايجوز وذكر أن أحمد نص عليه قال وان أعطي شيئاً من غير عقد ولا شرط. فله أخذه وبصرفه في علف دابته وطعم عبده ومؤنة صناعته ولا يحمل أكله وبمن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » متفق عليه وقال أظعمه ناضحك ورقيقك

ولنا ماروى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراماً لم يعطه متفق عليه ، وفي لفظ ولو علمه خبيثاً لم يعطه ولانها منفعة مباحة لا يختص فاعلمها أن يكون من أهل القرية فجاز الاستئجار عليها كالختان ولان بالناس حاجة اليها ولايجد كل أحد متبرعاً بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع ولان قول النبي ﷺ في كسب الحجام « أظعمه رقيقك » دليل على اباحته اذ غير جائز أن يطعم رقيقه بمايحرم أكله فان الرقيق آدمي يحرم عليه أكل ما حرم على الحر ونخصبص ذلك بما

الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوج ، ولان المنفعة في الحضانه والرضاع غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك ، وروى عنه رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال لافي الظن ولا في غيرها ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف باختلاف كثير امتيانيا فيكون مجهولا والاجر من شرطه أن يكون معلوما

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى بلغ قصة مريم قال : ان موسى آجر نفسه ثمانى حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه « وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم اذا نزلوا وأحدوا بهم اذا ركبوا ، ولان من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له تكبير فكان اجماعا ، ولانه قد ثبت في الظن بالآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كمنفعة الزوجة ولان للكسوة عرفا وهي كسوة الزوجات والاطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كمنقذ البلد ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالائمان . اذا ثبت هذا فانهما إن نشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله ، قال أحمد اذا نشاحا في الطعام بحكم له بمد كل

أعطيه من غير استئجار تحمك لادليل عليه ، فعلى هذا تسمية كسبه خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمي النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما وانما كره النبي ﷺ ذلك للحر نزعها له لدناءة صناعته وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا استئجاره عليها وانما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاء ، وقال «أعلمه الناضح والرفيق» هذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحا في نهي عنه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ على ما بينا ، فان إعطائه للحجام دليل إباحته اذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وبيناهم عن المحرمات فكيف يعطيه إياها؟ فعلى هذا يكون نهييه عليه السلام عن أكله نهي كراهة لانهي تحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله بل قصد انباءه ، وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل قولهم على الكراهة فلا يكون في المسئلة قائل بالتحريم . اذا ثبت هذا فانه يكره للحر أكل أجرة الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامه وإجارة نفسه لها لما ذكرنا من الاخبار ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح ، وفيما ذكرناه إن شا. الله جمع بين الاخبار وتوفيق بين الادلة الدالة عليها فعلى هذا يطعمه الرقيق والبيائم كما جاء في الاخبار الصحيحة والله أعلم

(فصل) فأما استئجار الحجام لغير الحجامه كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شي من الجسد «حاجة اليه فجاز لان قول النبي ﷺ «كسب الحجام خبيث» يريد بالحجامه كما نهي عن مهر البغي

يوم ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من اطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ولأن الاطعام مطلق في الموضوعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر، وليس له اطعام الاجير إلا ما وافقه من الاغذية لان عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) وإن شرط الاجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع وإن لم بشرط طعاما ولا كسوة نفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت، وإن شرط الاجير طعام غيره وكسوته موصوفاً جاز لانه معلوم أشبهه مالو شرط. دراهم معلومة ويكون ذلك للاجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه، وإن لم يكن موصوفاً لم يجز لان ذلك مجهول احتمال فيما اذا شرطه الاجير للحاجة اليه وجرت العادة به فلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لانه مجهول ولا عرف له يرجم اليه ولا نعلم أحداً قال بجوازه إلا أن بشرطه موصوفاً فيجوز

(فصل) وإن استغنى الاجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره لم نسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانها عوض فلا تسقط بانغى عنه كالدرهم، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لانه لم بشرط له الاطعام إلا صحيحاً لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشترى له الاجير ما يصلح لان ما زاد على طعام الصحيح لم يقم العقد عليه فلا يلزم به كالأند في القدر

أي في البقاء، ولذلك لو كسب في بضاعة أخرى لم يكن خيبنا بغير خلاف وهذا النهي يخالف القياس فيختص بالحل الذي ورد فيه ولأن هذه الامور تدعو الحاجة اليها، ولا نحرّم فيها تجازت الاجارة فيها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لانه عمل جائز ويمكن نسليمه ويقدر على ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط وبمحتاج الى بيان عدد ما يكحله في كل يوم مرة أو مرتين فان قدرها بالبرء فقال القاضي لا يجوز لانه غير معلوم، وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء، لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز ذلك لكي يكون جمالة لا إجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة معلومة أو عمل معلوم والجمالة تجوز على عمل مجهول كرد القطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جمالة فيجوز ههنا مثله. اذا ثبت هذا فان الكحل ان كان من العليل جاز لان آلات العمل تكون من المستأجر كالابن في البناء والطين والآجر ونحوها وان شرطه على الكحال جاز، وقال القاضي يحتمل أن لا يجوز لان الاعيان لا يملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كبن الحائط

ولنا ان العادة جارئة به ويشق على العامل تحصيله وقد يعجز عنه بالكيفية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ والحبر والاقلام من الوراق وما ذكره ينتقض بهذين الاصلين، وفارق لبن الحائط لان العادة تحصيل

(فصل) اذا دفع اليه طعامه فأحب الاجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فان كان المؤجر دفع اليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته وبفضل الباقي أو كان في تركه كلاً كله ضرر على المؤجر بان يضعف عن العمل أو يقل ابن الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه اياه وانما أباحه أكل قدر حاجته ، وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعة فنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع اليه قدر الواجب من غير زيادة أو دفع اليه أكثر وملكه اياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لانه حق لا ضرر على المؤجر فيه فأشبهه الدرهم

(فصل) وإن قدم اليه طعاماً فتهب أو تلف قبل أكله نظرت فان كان على مائدة لا يخصه فيها بعطامه فهو من ضمان المستأجر لانه لم يسلمه اليه فكان تدمه من ماله ، وإن خصه بذلك وسلمه اليه فهو من ضمان الاجير لانه نسليم عوض على وجه التمليك أشبه البيع

(فصل) اذا دفع إلى رجل ثوباً وقال بهه بكذا فما ازددت فهو لك صح نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد وروى ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم

ولنا ما روى عطاء عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بهه بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف ولانها عين تنمي بالعمل

المستأجر إياه ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجر من يبني له جداراً والآجر من عنده لانه اشترى ما تم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان معروفاً جاز كما لو استأجره ليصنع له ثوباً والصبر من عنده

ولنا ان عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط بيع العين صار كبيعتين في بيعة ويفارق الصبغ من حيث ان الحاجة داعية اليه ، لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في خنب يحتاج الى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب فجاز لميسر الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان استأجره مدة فكعله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك انه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفي العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وان لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لحياطة قميص فلم يتمه فيه فان برأت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لتعذر العمل فهو كما لو حجرت عنه أمر غالب وكذلك لو مات فان امتنع عن الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما ان شرطه على البرء فهي جمالة لا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً فان برئ به بغير كعله أو تعذر الكحل

فيها أشبه دفع مال المضاربة . إذا ثبت هذا فإن باعه بزيادة فهي له لأنه جعلها أجرة ، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة ههنا فهو كالمضارب إذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع لأنه وكيل مخالف ، وإن تعذر رده ضمن النقص وقد قال أحمد يضمن النقصان مطلقاً وهذا قد مضى مثله في الوكالة ، وإن باعه نسيتاً لم يصح البيع لأن إطلاق البيع يقتضي النقد لما في النسيتة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح ، ويقارن المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساءً لأنه يحصل لرب المال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيتة وههنا لا فائدة لرب المال في الربح بحال ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو في النسيتة أكثر وههنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه ، وقال أحمد في رواية الأثرم ليس له شيء يعني إذا زاد على العشرة لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالاً ، فإذا باعها نسيتة فلم يمثل الأمر فلم يستحق شيئاً

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئاً علم جزاء المشاع فيكون أجراً معلوماً واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه وههنا يكون أقل منه ضرورة

لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجمالة ثم فسخ العقد فإن امتنع لاسر من جهة الكحال أو غير المستأجر فلا شيء له وإن فسخ الجاعل الجمالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله وإن فسخ الكحال فلا شيء له على ما يذكر في باب الجمالة إن شاء الله تعالى

(فصل) ويصح أن يستأجر طبيباً لمداواته والكلام فيه كالسكلام في الكحال سواء لأنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لأنه إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه وجري العادة به ولم يوجد ذلك المنع ههنا فيثبت الحكم فيه على وفق الأصل

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لأنها منفعة مباحة مقصودة فجاز ذلك عليها كالختان فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه من جنائته وإن برأ الضرر من قبل قلعه انفسخت الإجارة لأن قلعه لا يجوز وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لأن أنثلاف جزء الأدي محرم في الأصل وإنما أبيع إذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفروض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك فصاحب الضرر أعلم بمضرته ونفعه وقدر ألمه

(فصل) قال رضي الله عنه (والمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمئنه فإذا أكثرى داراً للسكنى فله أن يسكنها مثله لأنه لم يزد على استيفاء حقه ولأنه حقه فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله إذا كان مثله في الضرر أو دونه كقبض المبيع واستيفاء الدين ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرجل

﴿ مسألة ﴾ قال (وكذلك الظئر)

يعني انه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهي المرضعة وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم، ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالأجارة في سائر المنافع ثم ننظر فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لها جاز، وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة فيه وجهان (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لأن العقد ماتناولها (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي لأن العرف جار بأن المرضعة تمضن الصبي فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف والعادة ولاصحاب الشافعي وجهان كعبد بن

(والحضانة) تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقة وأشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الأبط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير لبيضه وفراخه لأنه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر (فصل) وبشترط لهذا العقد أربعة شروط (أحدها) أن تكون مدة الرضاع معلومة لأنه لا يمكن

والطعام ويخزن فيه الثياب وغيرها مما لا يضر بها ولا يسكنها من يضر بها كالفصاريين والحدادين ولا يجعل فيها الدراب لأنها تروث فيها وتفسدها، ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا ما يضر بها ولا شيئاً ثقيلاً فوق سقف لأنه يثقله وقد يكسر خشبه فإن شرط ذلك جاز وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً ولا يملك فعل ما يضر بها لأنه فوق المقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه فإن جعل الدار مخزناً للطعام فقال أصحابنا يجوز ذلك لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل أن لا يجوز لأنه يفضي إلى تخريق الفار أرضها وحيطاتها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار

(فصل) وإن أكثرى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الركب فكان له أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه وله استيفاء أقل منه لأنه بعض حقه وليس له استيفاء أكثر منه لأنه أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الأوصاف كلها لأن قلة المعرفة بالركوب يثقل على الركوب ويضر به قال الشاعر

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقيل على أكفالها عنف

تقديره إلا بها فإن السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصفه ونهمته وقناعته ، وقال القاضي يعرف بالصفة كالأركب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها (الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق

(فصل) واختلف في المعقود عليه في الرضاع فقبل هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فمه تبع كالصبيغ في اجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار لان اللبن عين من الاعيان فلا يعقد عليه في الاجارة كلبن غير الآدمي وقيل هو اللبن ، قال القاضي هو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحققت الاجرة ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئاً ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتباً على الارضاع فبدل ، على أنه المعقود عليه ، ولان العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها ، وأما كونه عيناً فاما جاز العقد عليه في الاجارة رخصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو الى استيفائه وانما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى ابقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصالح به والمكترى مطالبها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي وحتى لم ترضعه وانما أسقته ابن الغنم أو أطمعته

ولنا ان التفاوت في هذه الامور مع التساوي في الثقل يسير ففهي عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والحفة

(فصل) فان شرط أن لا يستوفى المنفعة بمثله ولا بمن دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانهم قالوا فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها يبطل الشرط ويصح العقد، ويحتمل أن يصح الشرط وهو أحد الوجهين للشافعية لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ، ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافي موجب العقد إذ موجهه ملك المنفعة والتسليط على استيفائها بنفسه ونائبه واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلاً ولا يبطل به العقد في أصح الوجهين لانه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضرراً فأقني وبطل العقد على مقتضاه والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه أشبه ما لو شرط أن لا يستوفى المنافع

(مسألة) (وله استيفاء المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها)

قال احمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس اذا كان الوزن واحداً وان كانت المنفعة التي يستوفىها أكثر ضرراً أو مخالفة المعقود عليها في الضرر لم يجز لانه يستوفى أكثر من حقه أو غير ما يستحقه

فلا أجر لها لانها لم توف المقود عليه فأشبهه بالو اكثرها لحياطة ثوب فلم نخطه ، وان دفعته الى خادمها فأرضته فكذلك ، وبه قال أبو ثور وقال أصحاب الرأي لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها ولنا أنها لم ترضعه فأشبهه بالو سقته لبن الغنم ، وإن اختلفا فقالت أرضعته فأنكر المسترضع فاقول قولها لانها مؤتمنة

(فصل) ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن علق عنقه بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه إيجارها للخدمة ، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها لان نفعها لسيدها وان كان لها ولد لم تجز إيجارها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها وليس لسيدها إلا ما فضل عنه ، وان كانت مزروجة لم تجز إيجارها لذلك إلا باذنه لانه يفوت حق الزوج لاشغالها عنه بارضاع الصبي وحضائه ، فان أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا يفسخ عقد الاجارة ويكون الزوج أن يستتم بها في حال فراغها من الرضاع والحضانة . وقال مالك ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر لانه ينقض الابن وقد يقطعه ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه ، وليس لسيد اجارة مكانبته لان منافعها اليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطأها ولا إيجارها في غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من جهات الاكتساب

(مسئلة) فاذا استأجر أرضا لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه وليس له زرع الدخن ونحوه ولا يملك الفرس ولا البناء ولو اكثرها لاحدهما لم يملك الآخر

رجلة ذلك ان اجارة الارض صحيحة وقد ذكرناه ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لكونها لا تنضب بالصفة ولا يصح حتى يذكر ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصلح لذلك كله وتأثيره في الارض يختلف فوجب بيانه فان قال أجرتكها لتزوعها أو تفرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما لانه أشبه ما لو قال بعثك أحد هذين العبدين ، فان قال لتزوعها ما شئت وتفرسها ما شئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدري كم يزرع ويفرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويفرس نصفها ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزوعها ما شئت ولان اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين ، وقوله لتزوعها ما شئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسين وله أن يفرسها كلها وأن يزرعها كلها كما لو اذن له في أنواع الزرع كله كان له زرعها نوعا واحداً وزرعها جميعها من نوعين وكذلك هنا

(فصل) فان اكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل (احداهن) اكراها للزرع مطلقا أو قال لتزرع ما شئت فيصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعي وحكي عن ابن مريج أنه لا يصح

(فصل) ويجوز للرجل استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه نصير خلاف، وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الحرفي فقال وإن أرادت الام أن ترضعه بأجر مثلها فهي أحق به من غيرها سواها. كانت في حبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي ليس لها ذلك وتناول كلام الحرفي على أنها في حبال زوج آخر، وهذا قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولأن منافعتها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانه ولدها ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كسمن مالها. وقولهم أنها استحققت عوض الحبس والاستمتاع، قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر كما لو استأجرها أولاً ثم تزوجها، وتناول القاضي كلام الحرفي بخلاف الظاهر من وجهين (أحدهما) أن الألف واللام في الزوج للمهود وهو زوجها أبو الطفل (والثاني) أنها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلا باذن زوجها ففسد التأويل (فصل) وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين

حتى يبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكتمى له من زرع أو غرس أو بناء ولنا أنه يجوز استئجارها لاكثر الزرع ضرراً وبياح له جميع الأنواع لأنها دونه فاذا عم أو أطلق تناول الأكثر وكان له ما دونه، ويخاف الاجناس المختلفة فانه لا يدخل بعضها في بعض، فإن قيل فلو اكرت دابة للركوب لوجب تعيين الراكب قلنا لان اجارة الركوب لاكثر الركاب ضرراً لا يجوز بخلاف المزروع ولان للحيوان حرمة في نفسه فلم يجوز اطلاق ذلك فيه بخلاف الارض، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجوز أن يسكنها من يضر بها كالتحصار والحداد فلم قلتم انه يزرعها ما يضر بها؟ قلنا السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لان العقد لم يقتضه والزرع يقتضي الضرر فاذا أطلق كان راضياً بأكثره فلهذا جاز، وليس له أن يفسد في هذه الارض ولا يبنى لان ضرره أكثر من المفقود عليه (المسئلة الثانية) اكرها لزرع حنطة أو نوع بهينه فإن له زرع ما عينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم الا أهل الظاهر قاتهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجوز أن يزرع بيضاء لانه عينه بالعقد فلم يجوز العدول عنه كما لو عين الركوب أو عين الدرهم في الثمن

ولنا أن المفقود عليه منفعة الارض دون القمح ولهذا يستقر عليه الاجر بمضي المدة اذا نسلم الارض ولم يزرعها وانما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها فله أن

ولنا انه ملك المعقود عليه أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة ، وان مات الطائر انفسح العقد
لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لانه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف
الابن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي ، وإذا انفسخ العقد
عقبه بطالت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدّة رجع بمحصّة ما بقي

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في الخبر اذا
كان المسترضع موسراً)

يعني بالخبر ما روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي
عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما يذهب غني مذمة الرضاع؟ قال « الغرة العبد أو الامة » قال الترمذي
هذا حديث حسن صحيح ، قال ابن الجوزي ، المذمة بكسر الدال من الدمام وبتحمان الدم ، قال
ابن عقيل إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها لان فعلها في إرضاءه وحضائته سبب حياته وبقائه
وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة ليناسب ما بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى
المرضة أمّاً فقال تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا أن
يجده مملوكاً فينتقه » وان كانت المرضة مملوكة استحب إعناقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها ونحصل

يسكنها غيره ، وفارق المالك والدرهم في الثمن فانه معقود عليها فتعينا والمعقود عليه ههنا منفة مقدرة
وقد تعينت أيضاً ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المسكيات والميران في المسكيات والموزون ، فعلى
هذا يجوز له زرع القمح والشعير والباقل لانه أقل ضرراً وليس له زرع الدخن والذرة والقطن لانه
اما أن يكون أكثر ضرراً فيأخذ فوق حقه أو يكون ضرره مخالفاً لضرر القمح فيأخذ ما لم يتناوله
العقد ولا شيئاً من جنسه (المسئلة الثالثة) قال ازرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتالي
قبلها الا أنه لا يخاف فيها لانه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك بصريح نصه فزال الاشكال
(المسئلة الرابعة) قال ازرعها حنطة ولا تزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لذاته مقتضى
العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد
صحيح لانه لا ضرر فيه ولا غرض لاحد المتعاقدين لان ما ضرره مثله لا يختلف في غرض المؤجر فلم
يؤثر في العقد فأشبهه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه وقد ذكرنا فيما اذا اشترط مكترهي الداران
لا يسكنها غيره وجهاً في صحة الشرط ووجهاً في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

(فصل) فان أكرها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر
الغراس وهو من جنسه لان كل واحد منها يضر بباطن الارض وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره
فانه يضر بظاهر الارض وان أكرها للزرع لم يملك الغراس ولا البناء لان ضرر الغراس أكثر

به المجازة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

(مسئلة) قال (ومن اكرى دابة الى موضع جاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل لما جاوز وان تلفت فعليه أيضا قيمتها)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين [أحدهما] في الاجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل الزائد نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر القاضي ذلك ، وروى الاثرم باسناده عن أبي الزناد انه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا في الشيء ، فأخذنا بقول أكثرهم وأفضاهم رأيا فكان الذي وعبت عنهم على هذه الصفة : ان من اكرى دابة الى بلد ثم جاوز ذلك الى بلد سواء فان الدابة ان سلمت في ذلك كله أدى كراهها وكراه ما بعدها وان تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراهها الذي تنكراها به وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي

وقال الثوري وأبو حنيفة لأجر عليه لما زاد لان المنافع عندهما لاتضمن في الغصب ، وحكي عن مالك انه إذا تجاوز بها الى مسافة بعيدة بخير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه تعدد بامساكها حابس لها من أسواقها فكان اصحابها تضمينها اياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وما ذكره نحكم لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب

وضرر البناء يخاف لضرره ، وانما كترها ما للبناء لم يكن له القرمس ولا الزرع لان ضررها يخاف ضرره (فصل) ولا تخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون لها ماء دائم اما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع الا مسدة لا تؤثر في الزرع أو من عين تنبع أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها الماء ثم تسقى به أو من يثر يقوم بكفائتها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ويصح استنجاؤه للقرمس والزرع وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار ويكتفي بالاعتاد منها لان ذلك يحكم العادة لا تنقطع الا نادرا فهي كسائر الصور المذكورة (والثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي وقت الحاجة كارض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وارض دمشق الشاربة من زيادة برد أو ما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فتصح اجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان أكرها بعد الزيادة صح ولا تصح قبلها لأنها معدومة لا يعلم هل يقدر عليها أولا

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت اجارة الارض الشاربة منه كالشاربة من مياه الامطار ولان ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالمسلم في الفاكهة الى أوانها (النوع الثاني) أن يكون مجيء الماء نادرا أو غير ظاهر كالارض التي لا يكفيها الا المطر الشديد الكثير الذي يندر

﴿ الفصل الثاني في الضمان ﴾

ظاهر كلام الحرقي وجوب قيمتها إذا تلفت به سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم وقال القاضي إن كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وإن هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها، وقال أبو الخطاب إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها، وقال أصحاب الشافعي إن لم يكن صاحبها معها لزم المكتري قيمتها كلها وإن كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فإنه قال من اكتري جملاً لثلث تسعة فحمل عشرة فتلف فملى المكتري عشر قيمته، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها، فأما إذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكامل قيمتها

وجوده أو يكون شربها من فيض ماء وجوده نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالباً فهذه إن أجرها بعد وجود ما يسقيها به صح لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت أجاتها كذات الماء الدائم، وإن أجرها قبله لم يصح لأنه بتعذر الزرع غالباً أو بتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح أجاتها كالأبق والمغصوب، وإن أكثرها على أنها لا ماء لها جاز لأنه يتمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها وله أن يزرعها رجاء الماء، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها، وليس له أن يبني ولا يفرس لأن ذلك يراد لنا بغير تقدير الاجارة بمدة يقتضي تفرغها عند انقضائها، فإن قيل فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة؟ قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفرغ عند انقضاء المدة إلا أن يشترط قلم ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا، وإن أطلق اجارة هذه الأرض مع العلم بحالها وعدم ماؤها صح لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه ما لو شرطاه، وإن لم يعلم عدم ماؤها أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل ماؤها بوجه من الوجوه لم يصح العقد لأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك يحصل لها ماء، وأنه يكتريها للزراعة مع تمدرها وقيل لا يصح العقد على الإطلاق وإن علم حالها لأن إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة والأولى صحته لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غير

لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمفصولة وكذلك اذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها لان اليد المراكب وصاحب الحمل بدليل انهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها لكانت المراكب ولصاحب الحمل ولان الراكب متعد بزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كن جالس الى انسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعيبها فالضمان على المتعدي كن القى حجراً في سفينة موقرة ففرقها ، فاما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر فان كان تلفها بسبب تعيبها بالحمل والسير فهو كالموت تلفت تحت الحمل والراكب وان تلفت بسبب آخر من اقترا سبب أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لانها لم تلف في يد عادية ولا بسبب عدوان ، وفولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجرحتين يبطل بما اذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانا فمات منهما ، وفارق ما اذا جرح نفسه وجرحه غيره لان الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها الى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي . وقال

محمد يسقط كالموت على في الوديعة ثم ردها

ولنا انها يد ضامنة فلا يزول الضمان عنها الا باذن جديد ولم يوجد ، وما ذكره في الوديعة

لان له الا أن بردها الى مالكها أو يجدد له اذا

دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وان اكرت أرضاً غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لان لا تنفع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالباً ، وان كان ينحسر عنها وقت الحاجة الى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح لان المقصود يتحقق بحكم العادة المستمرة ، فان كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم تجز اجارتها لانها في حكم الفارقة بحكم العادة المستمرة (فصل) ومتى زرع فغرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكثري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً وهو مذهب الشافعي ، لان التسانف غير المعقود عليه واما تلف مال المكثري فيه فأشبه من اكرت دكاناً فاحترق متاعه فيه ثم إن أمكن المكثري الاتماع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وان تعذر ذلك لزمه الاجر لان تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين ، وان تعذر الزرع بسبب غرق الارض وانقطاع ماؤها فللمستأجر الخيار لانه لمعنى في العين ، وان تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلف بمباشرة ولا سبب ، وان قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لانه محبب فان كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ويبقى الزرع في الارض الى أن يستحصد وعليه من المسمى بمحصته الى

﴿مسئلة﴾ قال (و كذلك ان اكثرى لحمولة شيء فزاد عليه)

وجهة ذلك أن من اكثرى حمل شيء فزاد عليه، مثل أن يكثر بها الحمل ففيزين فحمل ثلاثاً فحكه حكم من اكثرى الى موضع فجاوزه الى سواه في وجوب الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد وزوم الضمان إن تلفت هذا قول الشافعي وحكى القاضي ان قول أبي بكر في هذه المسئلة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لأنه عدل عن المعقود عليه الى غيره فأشبهه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسئلة الحرق في مسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من احدي المسئلتين الى الاخرى اتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقا ظاهراً فان الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولأنه في مسئلة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما رقع العقد عليه ولهذا علاه أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحمل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسئلة بما اذا اكثرى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ولأنه في مسئلة الحمل متعدد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متعدد بالزرع كله فأشبهه الفاصب، فأما مسئلة الزرع فيما اذا اكثرى أرضاً لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في

حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لها مثل ذلك الباء. وكذلك ان انقطع الباء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك به بعض الزرع أو تسوء حالته به
﴿مسئلة﴾ (وان اكثرى دابة لركوب أو الحمل لم يملك الآخر، وان اكثرها حمل الحديد أو القطن لم يملك الآخر)

إذا اكثرى دابة لركوب لم يملك الحمل عليها لان الركاب يعين الظهر بمركته، وان اكثرها ليحمل عليها فليس له ركوبها لان الركاب يقعد في موضع واحد فيشند على الظهر والمتاع يتفرق على جنبها، وان اكثرها ليركبها عربياً لم يجز أن يركب بسرج لأنه يحمل عليه أكثر مما يقعد عليه، وإن اكثرها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عربياً لان الركوب بغير سرج يحمى به الظهر فربما عقرها، وان اكثرها ليركب بسرج لم يجز أن يركب بأثقل منه فان اكثرى حماراً بسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون ان كان أثقل من سرجه، وإن اكثرى دابة بسرج فركبها بأثقل منه أو أضر منه لم يجز، وان كان أخف أو أقل ضرراً فلا بأس، وإن اكثرى دابة ليحمل عليها حدبداً لم يحمل عليها قطناً لأنه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر، وإن اكثرها حمل القطن فليس له حمل الحديد لأنه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق ويكثر ضرره ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً وعليه أجر المثل وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

رواية عبد الله فقال ينظر ما يدخل على الارض من التقصان ما بين الخنطة والشعير فيعطى رب الارض فحمل هذه المسئلة كسئلتي الخرفي في ايجاب المسمى وأجر المثل لزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فاذا زرع خنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه ما لو اكثرها الى موضع تجاوزه ، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلاه بأنه عدل عن المعقود عليه فان الخنطة ليست شعيراً وزيادة وان قلنا انه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتي الخرفي ، وقال الشافعي المكتري يخبر بين أخذ الكراء وما نقصت الارض عما يتقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لان هذه المسئلة أخذت شبا من أصليين

(أحدهما) اذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) اذا استأجر أرضاً فزرع غيرها لانه زرع متعدياً فلها خيره بينهما ، ولانه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكيم وتعدر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره الى المستحق كقتل العمدة ، ومن نصر أبا بكر قال هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالفنصب ولهذا يملك رب الارض منعه من زرعه ويملك أخذه ببقته اذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فانه غير متعد بالجميع انما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسئلتين من اكثرى غرة ايجمل

(فصل) وإن اكثرى دابة ليركبها في مسافة معينة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر وهي أضر منها أو يخالف ضررها ضررها بأن تكون إحداها أخوف والاخرى أخشن لم يجوز وان كانت مثلها في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لان المسافة عينت ليستوفى بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم يتعين كنوع المحمول والراكب قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى كان المكتري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجوز العدول الى غيرها مثل من يركب جماله إلى مكة ليحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكرها إلى بغداد لسكون أهله بها أو ببغداد فليس له الذهاب إلى مصر ، ولو أكرى جماله جملة الى بلد لم يجوز التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة ويباقيها إلى غيرها وذلك لانه عين المسافة لغرض في فوائده ضرر فلم يجوز تفويته كما في حق المكتري فانه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكثرى اليه لم يجوز وكما لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك

(فصل) إذا اكثرى قميصاً ليلبسه جاز لان الارتفاع به ممكن مع بقاء عينه ويجوز بيعه أشبه العقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة فان كانت العادة في بلده زرع ثيابهم عند نوم الليل فعليه نزعها لان الاطلاق يحمل على العادة وله ايبسه فيما سوى ذلك ولا يلزمه نزعها إذا نام نهاراً لانه العرف ويلبس القميص على ماجرت العادت به لا أن ينزعه لانه يعتمد عليه فيشقه ، وفي اللبس لا يعتمد ويجوز

فيها أفضرة حنطة نترك فيها أكثر منها ، ومن أكثرها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففي الأولى له المسمى وأجر الزيادة وفي الثانية يخرج فيها من الخلف مثل ماقلنا في مسألة الزرع، وحكم المستأجر الذي يزرع أرض مما أكثرى له حكم الناصب لرب الأرض منه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع قرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفن النفقة وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجرة لاغير على ما ذكرنا في باب الغصب

(فصل) وان أكثرى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسألة الزرع يخرج فيها رجهان قياس المنصوص عن أحد أن له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لاتتبعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ولأنه متعدد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز فانه إنما يمنعه الزيادة لاغير ، وإن أكثرى لمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لمل حديد فحمل قطناً فالصحيح ان عليه أجر المثل ههنا لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الأرض فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل ، وسائر مسائل العدوان في الاجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً أو مالم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها والله أعلم

(فصل) اذا أكره لمل قنيزين فحملها فوجدتها ثلاثة فان كان المكثري تولى الكيل ولم يعلم

الارتداء به لانه أخف من اللبس ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه وقيل لايجوز لانه استعماله بالانجزي العادة به في القميص أشبه الأتزار به والله أعلم

(مسألة) (وإن فعل ما ليس له فله فعله عليه أجر المثل) لانه استوفى منفعة غير التي عقد عليها لايجوز له استيفاؤها فلزمه أجر المثل كالغاصب

(مسألة) (وإن أكثرها لحولة شيء فزاده أو إلى موضع فجاوزه فعله الاجرة المذكورة وأجرة المثل الزائد ، وقال أبو بكر عليه أجره المثل للجميع)

وجملة ذلك أن من أكثرى دابة لحولة شيء فزاد عليه كمن أكثرى لمل قنيزين فحمل ثلاثة أو إلى موضع فجاوزه مثل أن يكثرها من دمشق إلى القدس فيركبها إلى مصر وجب عليه الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد وضامها ان تلفت وهذا مذهب الشافعي وانص عليه أحد فيما إذا استأجرها إلى موضع فجاوزه واليه ذهب ابن شبرمة والحكم ، والظاهر من قول الفقهاء السبعة ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لان منافع الغصب غير مضمونة عندهما ، وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خبر صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لانه متعدد بما سكا فكان اصحابها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بما لم يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كالمسافة قريبة وما ذكره محكم

المكري بذلك فحكاه حكم من اكترى لحولة شي. فزاد عليه وإن كان المكري تولى كيله وتعيته ولم يعلم المكتري فهو غاصب لأجر له في حل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لانها تلفت بعدوان صاحبها وحكاه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجنبي ولم يعلم المكري والمكتري فهو متعدد عليهما يلزمه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضع الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين إذا كاله المكتري ووضع المكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكتري لان المكري مفرط في حمله

وانا أن التدليس ليس من المكتري إذ أخبره بكيلها على خلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها، فأما إن كاله المكتري ورفعها المكري على الدابة عالما بكيلها لم يضمن المكتري دابته إذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تقرير، وهل له أجر القفيز الزائد؟ محتمل وجهين (أحدهما) لا أجر له لان المكتري لم يجعل له على ذلك أجرا (والثاني) له أجر الزائد لانها اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى العاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لانه إذا أمر به كان ذلك كفعله، وإن

لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وسيأتي الكلام مع أبي حنيفة في باب الغصب إن شاء الله وحكى القاضي أن قول أبي بكر فيما إذا اكترى لحولة شي. فزاد عليه وجوب أجر المثل للجميع أخذاً من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة ان عليه أجر المثل للجميع لانه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبهه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي بين مسألة الحرقى ومسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسئلتين إلى الاخرى اتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقا ظاهراً فان الذي حصل التمدي فيه في الحل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولانه في مسئلة الحل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علم أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل الحاق هذه المسئلة بما اذا اكترى إلى مسافة فزاد عليها أشد وشبهها بها أشد لانه في مسئلة الحل متمد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متمد بالزرع كله فأشبهه الغاصب

(فصل) فاما مسئلة الزرع فيما إذا اكترى لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبد الله فقال: ينظر ما يدخل على الارض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الارض فجعل هذه المسئلة كمسئلتى الحرقى في إيجاب المسمى وأجر المثل الزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين

كأله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يكثرى مدة غزاته)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون حقيقاً . ولنا أن هذه إجارة في مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز كما لو أكرها لمدة سفره في تجارته . ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الأسفار المجهولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل لأنه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد فوجب أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

﴿مسئلة﴾ قال (فإن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً جوائز)

وجملته أن من أكثرى فرسا مدة غزوه كل يوم بدرهم فالنصوص عن أحمد صحته ، وقال الشافعي هذا فاسد لأن مدة الاجارة مجهولة

ولنا أن علياً رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري ولم ينكره النبي ﷺ ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كما لو قال أجرتكها شهراً كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك

ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه مالوا كثيراً ما إلى موضع فجاوزه ، وقد ذكرنا قول أبي بكر أن له أجر المثل لأنه عدل عن المعقود فإن الحنطة ليست بشعير وزيادة ، وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسألتي الحرقي ، وقال الشافعي المسكري مخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لأن هذه المسئلة أخذت شيئاً من أصلين (أحدهما) إذا ركب دابة فجاوز بها المسافة المشترطة لسكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها لأنه زرع متعدياً فلهذا خبره بينهما ولأنه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكيمين ونعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد ، والاولى إن شاء الله قول أبي بكر فإن هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالفاسب ولهذا ملك رب الأرض منعه من زرعه ويملك أخذه بتفخته إذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة في كونه لم يتعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة فقط ولهذا لا يملك المسكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسئلتين من أكثرى غرفة ليجعل فيها أفقر حنطة فجعل أكثر منها ومن أكثرها ليجعل فيها قنطار قطن فجعل فيها قنطار حديد في الاولى له المسمى وأجر الزيادة ، وفي الثانية يخرج فيها من الخلف كقولنا في مسألة الزرع وحكم المستأجر الذي زرع أضرم ما أكثرى له

لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولا بد من تعيين ما يستأجر له إما ر كوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء كانت مقبلة أو سائرة لان المنافع ذهبت في مدته فأشبهه مالو اكثرى داراً فأغلقها ولم يسكنها ، وان أجر نفسه اسقى نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجر معلوم جاز للأثر الوارد فيه ولان كل عمل معلوم له عوض معلوم فجاز كما لو سمي دلاء معروفة ، ولا بد من معرفة الدلو والبئر وما يستسقى به لان العمل يختلف به

(فصل) ونقل أبوالمبارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فان حسبها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكثرى دابة من مكة الى جدة بكذا فان ذهب الى عرفات بكذا فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه لو قال أكرتكم بعشرة فما حيبه بافعليه كل يوم عشرة ، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه انه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوماً صح . ويتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أفقزة بدرهم وما زاد فيحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا فان قوله : فهو جائز عاد الى جميع ما ذكر قبله ، وكذلك قوله لا بأس ولان لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو استسقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ، ومسئلة الصبرة لانص فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وان سلم فساد هاتلان القفزان التي شرط

حكم الغاصب لرب الارض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فان زرع فرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين اخذه ودفع النفقة ، وان لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجر على ما ذكر في الفص

(فصل) وان اكثرى دابة الى مسافة فسلك أشق منها فهي كمسئلة الزرع يخرج فيها وجهان وقياس منصوص أحمد ان له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر ان له أجر المثل لان الزيادة غير متميزة ولانه متعدد بالجميع بدليل ان لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوزها فانه انما بمنعه الزيادة لا غير ، وان اكثرى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو بالعكس فعليه أجر المثل لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل وسائر مسائل العدوان يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها

(فصل) وان اكتراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدتهما ثلاثة فان كان المكترى نولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك فهو كمن اكثرى لحمولة شيء فزاد عليه وان كان المكري نولى كيله وتعيينته ولم يعلم المكترى فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد وان تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها

حدها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهاتها بخلاف الايام فانها معلومة (فصل) وان قال ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فمن احمد فيه روايتان [احدهما] لا يصح وله اجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعثك نفداً بدرم أو بدرهمين نسيئة [والثانية] يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لانه سمى العمل عوضاً معلوماً فصح كما لو قال كل دلو بتمرة

وقال أبو حنيفة ان خطاه اليوم فله درهم وان خطاه غداً لايزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضي في أكثر العملين بدرم فلا يزداد عنه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كالعهد ويجب اجر المثل كسائر العقود الفاسدة (فصل) وان قال خطته روميا فلك درهم ، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ففيها وجهان

بناه على التي قبلها والخلاف فيها كاتي قبلها لان أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا ولنا أنه عند معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم الى العمل الاول والكل واحد منها عوض مقدر فاشبه ما لو قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرم وههنا الخياطة

وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وان تولى ذلك أجنبي ولم يعلم فهو متعدي عليهم عليه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به ضمانها وعليه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضع الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين اذا كاله المكترى ووضع المكري على ظهر البهيمة لاضمان على المكترى لان المكري مفرط في حمله ولنا ان التدليس من المكترى اذا أخبره بكيهها بخلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها ، فأما ان كاله المكترى ووضعها المكري على الدابة عالما بكيهها لم يضمن المكترى الدابة إذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تعريض وله اجر القفيز الزائد في أحد الوجهين لانهما انفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاوضة في البيع ودخول الحرام من غير تقدير أجر (والثاني) لا أجر له لان المكترى لم يجعل له على ذلك أجراً ، وإن كاله المكري وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله فعليه اجر القفيز الزائد وان أمره بحمله ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لانه اذا أمر به كان كفعله، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي فهو كما لو حمله الذي كاله وإن كان باس الاخر فهو كما لو حمله الاخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

(مسألة) (وإن تلفت ضمنها إلا ان تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين) إذا تلفت الدابة التي تعدى فيها إما بزيادة على الحل أو زيادة على المسافة ضمنها بقيمتها سواء

واحدة شرط فيها عوضا ان وجدت على صفة وعوضا آخر ان وجدت على اخرى فاشبهه مالو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) انه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطنه كذا فلك كذا وان خطنه كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من جمال الى مصر باربعين ديناراً فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون فقال اذا اكترى الى الرقة بعشرين و اكترى الى دمشق بعشرة و اكترى الى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود ، وبخرج فيه أن يصح بناء على المسيلين قبل هذا ونقل البرزاطي عن أحمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال ان وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله . ونقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال ان رددتها غداً فكراؤها عشرة وان رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن احمد في رواية الجماعة فيما ذكر نافساد العقد وهو قياس بيعتين في بيعة والله أعلم

تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن هذا ظاهر كلام الحرقى والفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي ، وقال القاضي ان كان المكتري نزل عنها وسلها إلى صاحبها ليسكها أو بسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وان هلكت والمكتري راكب عليها أو حملة عليها ضمنها ، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه النصف ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري جميع القيمة وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبهه مالو تلفت بعد مدة التعدي ، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف القيمة لأنها تلفت بفعل مضمون أشبهه مالو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال فيمن اكترى جملاً للحمل تسعة فحمل عشرة فتلفت فعلى المكتري عشر قيمته ، قال شيخنا وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها ، فاما ان تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكامل قيمتها لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمقصوب ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حملاه وصاحبها معها لان اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل مالو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والاخر أخذ بزمامها كانت لصاحب الحمل والراكب ولان الراكب متعد

﴿ فصل في مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل ﴾

(أحدها) قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة الى مصر بعشرة فالاجارة صحيحة بغير خلاف تعلمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة التي يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كالمعلم كيليها (الثانية) قال استأجرتك لتحملها لي كل قفيز بدرم فيصح أيضا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويطلق فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيزا بدرم وما زاد فبحساب ذلك فيجزز كما لو قال كل قفيز بدرم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل منها قفيزاً بدرم وسائرهما أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيها كله اذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو تقرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهابت من باقيها فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المقود عليه بعضها هو مجهول، ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتنقل لي منها كل قفيز بدرم فهي كالارابعة سواها (السادسة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لانه في معنى بيعتين في بيعة ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز بدرم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم وتنقل لي صبرة اخرى في البيت بحساب ذلك فان كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لانهما كالصبرة الواحدة وان جهلها

بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن خرق ثياب انسان وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعيبها فالضمان على المتعدي كمن اتى حجراً في سفينة موقرة فغرقها، فأما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها وكان تلفها بسبب تعيبها بالحمل والسير فهو كتلفها تحت الحمل والراكب، وان كان بسبب آخر من افراس سبع أو بقوط في هرة فلا ضمان فيها لانها لم تلف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدواناً فمات منها، وفارق ما لو جرح نفسه وجرحه غيره لان الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد يسقط كما لو تعدى في الوديمة ثم ردها ولنا انها يد صارت ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا باذن جديد ولم يوجد والاصل ممنوع إلا أن يردّها إلى مالكيها أو يجدد لها إذنا

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الحمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الاحمال والمحامل والرفع والحط ولزوم البعير لينزل له صلاة الفرض ومفاتيح الدار وعمارته وكل ما جرت عادته به

أحدهما صح في الأولى وبطل في الثانية لانهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة (الثامنة) قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فان كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وان جهلاها بطل فيهما لانه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومنجهول بخلاف التي قبلها فان كانا يعلمان التي في البيت لكنها مقصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لما منع اخنص بها بطل العقد فيها وفي صحته وفي صحة الاخرى وجهان بنا. على تفريق الصفة إلا أنهما ان كانت قفزانها معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الاخرى فالاولى صحته لان قسط الأجر فيها معلوم وان لم يكن كذلك فالاولى بطلانها لجهالة العوض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة اقفزة بدرهم فان زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لانها معلومة ولم يصح في الزيادة لانها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه (العاشر) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فان قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرناه

يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطىء به للركوب من الحاجة للجمل والغنم وما يتمكن به الراكب من النعم كزمام الجمل والبرة التي في أنفه ان كانت العادة جارية بها والسرج والجام للفرس والبردة والا كاف للبقل والحمار على ما يقتضيه العرف بحمل الاطلاق عليه، وما زاد على ذلك من الحمل والمخارة والحبل الذي يشد به بين الحملين على المكثري لانه من مصلحة الحمل وكذلك الوطاء الذي يشد فوق الحاجة تحت الحمل وعلى المكري رفع الحمل وحطه وشده على الحمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لان هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب، ويلزمه القائد والسائق هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكثري، فان كان على أن يذم الراكب البيهمة ليركبها بنفسه فكل ذلك عليه لان الذي على المكري تسليم البيهمة وقد سلمها، فأما الدليل فهو على المكثري لان ذلك خارج عن البيهمة المكتراة وآلتها فاشبه الزاد وقيل ان كان اكثري منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكثري لان الذي عليه تسليم الظهر وقد سلمه، وان كانت الاجارة على حماله الى مكان معين في القمة فهو على المكثري لانه من مؤنة إيصاله اليه وتخصيبه فيه، فان كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعبير قائم كالمرأة والشيوخ والضعيف والسمين فعلى الجمال أن يترك الجمل لركوبه ونزوله لانه لا يتمكن منها إلا به وإن كان ممن يمكنه الركوب، النزول مع قيام البعبير لم يلزم الجمال أن يترك الجمل لامكان استيفاء العقود عليها، فان كان قويا حال العقد فتجدد له الضعف أو بالعكس فلا اعتبار بحال الركوب لان العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعبير لينزل لصلاة الفرض وقضاء حاجة الانسان والطهارة وبدع البعبير واقفا حتى يفعل ذلك لانه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعبير، وما يمكنه فعله عليه

(مسئلة) قال (ومن اكرى الى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والحامل والاغطية والاطشمة لم يجز الكراء)

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الابل الى مكة وغيرها وقد قال الله تعالى (والحيل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين الملوكة والمكتراة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن يتفقوا فضلا من ربكم) أن نحيج وتكري ونحوه عن ابن عمر ولأن بالناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر أنهم يأتون رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق . وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز دفعا للحاجة . إذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ماعقدا عليه لأنه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع ، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين والآلة التي يركبون فيها من محمل أو محارة وغيرها وان كان مقتبا ذكراه، وهل يكون مغطى أو مكشوفاً؟ فان كان مغطى احتيج الى معرفة الفطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال يجوز اطلاق غطاء المحمل لأنه لا يختلف اختلافا متباينا ، وحكي عنه في المعاليق

من الاكل والشرب وصلاة النافلة لا يلزمه ان يقفه اه من أجله فان أراد المكثري أمام الصلاة وطلبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام (فصل) اذا اكرى ظهرا في طريق العادة فيه النزول والشئ عند اقتراب المنزل والراكب امرأة أو ضعيف لم يلزمه ذلك لأنه اكرى جميع الطريق كالمتاع، وان كان جلدأ قويا احتمل أن لا يلزمه أيضا لأنه عقد على جميع الطريق ولم نجح له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق أشبه الضعيف ويحتمل ان يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالمشروط

(فصل) فان كان المكثري داراً أو حماما فعلى المكثري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لان عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فازدعت أو تلفت بغير تفريط المستأجر فعلى المؤجر بدلها لكونها أمانة في يد المستأجر فأشبهه حيطان الدار وأبوابها وان سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فعليه ابدالها وبناء الحائط، وعليه تبليط الحمام وعمل الابواب والبرك ومجرى الماء. لان ذلك يحصل الانتفاع ويمكنه ما كان لاستيفاء المنافع للحيل والدلو والبركة فعلى المكثري فاما التحسين والتزويق فلا يلزم واحدا منهما لان الانتفاع يمكن بدونه

(مسئلة) (فاما تفريغ البالوعة والكنيف فيلزم المستأجر إذا سلمها فارغة)

إن احتيج إلى تفريغ البالوعة والكنيف عند الكراء فعلى المكثري لأنه مما يتمكن به من الانتفاع

قول انه يجوز اطلاقها ونحمل على العرف ، وحكي عن مالك انه يجوز اطلاق الراكبين لان
اجسام الناس متقاربة في الغالب ، وقال ابو حنيفة اذا قال في الحمل رجلان وما يصلحها من
الوطاء والدثر جاز استحسانا لان ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي
في غطاء الحمل كقول الشافعي

ولنا ان هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كاطعام الذي يحمل معه ، وقولهم : ان
اجسام الناس متقاربة لا يصح فان منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والهزيل والذكر
والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً ، ويتفاوتون أيضاً في المعاليق فمنهم من يكثر الزاد والحوامج
ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشترطت معرفته كالحمل والاطوطة ، وكذلك غطاء
الحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الحمل في الهواء ، ومنهم من يقنع بالضيق
الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا

وأما المستأجر فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك ، ونحصل بأحد
امرين إما بالرؤية فيكتفي بها لانها أعلى طرق العلم الا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المسمى فيه
كالهوال وغيره فاما أن يجز به فيعلم ذلك برؤيته وإما ان يصفه ، وإما بالصفة فاذا وجدت اكتفي بها
لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالباع واذا استأجر بالصفة لا ركب احتاج الى ذكر الجنس

وان امتلأت بفعل المستأجر فتفرقها عليه وهذا قول الشافعي ، وقال أبو ثور هو على رب الدار لان به
يمكن من الانتفاع أشبه مالوا كترها وهي ملائى ، وقال أبو حنيفة انقياس أنه على المكثري والاستحسان
أنه على رب الدار لان ذلك عادة الناس

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكثري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قناشا ، والقول في تفرغ
جبة الحمام التي هي مصرف مائه كالتقول في بلوعة الدار ، وان انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قمامة من
فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) فان شرط على مكثري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يصح لانه لا يجوز أن يؤجر
مدة لا يمكنه الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن بشرط أن يستوفي بقدرها عند انقضاء مدته لانه يؤدي
إلى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولاً فان أطلق وتعتل فهو عيب حادث والمكثري بالخيار بين
الامساك بكل الاجر وبين الفسخ ويتخرج أن له أرض العيب كالباع المبيع فان لم يعلم بالعيب حتى
انقضت مدة الاجارة فعليه جميع الاجر لانه استوفى المعقود عليه فأشبهه مالو علم العيب بعد العقد فرضيه
ويتخرج أن له أرض العيب كما لو اشترى معيياً فلم يعلم عيبه حتى تلف في يده أو أكله

(فصل) وإن شرط على المكثري النفقة الواجبة على المكثري كهمارة الحمام فالشرط فاسد لان
العين ملك للمؤجر فنفتها عليه ، فان انفق بناء على هذا الشرط احتسب به على المكثري لانه أنفق

فيقول ابل أو خيل أو بغال أو حبر ، والنوع فيقول بخي أو عربي ، وفي الخيل عربي أو بردون ، وفي الحبر مصري أو شامي ، وان كان في النوع ما يختلف كالمهملج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره ، وذكر القاضي أنه يحتاج الى معرفة الذكورية والانوثية وهو مذهب الشافعي لان الغرض يختلف بذلك فإن الاثني أسهل والذكر أقوى ، ويحتمل انه لا يحتاج الى معرفة ذلك لان التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح انه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة إنما هو الجمال العرب دون البخاتي

(فصل) واذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه الى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ايسر اليها ولا مقدور عليه لهما ، وان كان في طريق السير فيه اليها استحباب ذكر قدر السير في كل يوم ، فان أطلق والطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لانه معلوم بالعرف ومتى اختلفنا في ذلك وفي ميقات السير ليلا أو نهارا أو في موضع المنزل اما في داخل البلد أو خارج منه على العرف كما لو أطلقنا الثمن في بلد فيه نقد معروف ، وان لم يكن للطريق عرف وأطلقنا العقد فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقنا الثمن في بلد لا عرف فيه ، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المحرف ولانه لم نجبر العادة بتقدير السير في طريق ، ومتى اختلفنا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق

على ملكه بشرط العرض فان اختلفنا في قدر ما أنفق ولا بينة فاقول قول المكري لانه منكر فان لم يشترط لكن أذن له في الانفاق ليحتسب له به من الاجر ففعل ثم اختلفنا فاقول قول المكري أيضا ، وإن أنفق من غير اذنه لم يرجع بشي ، لانه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك أشبه ما لو عمر له داراً أخرى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في جواز كراء الابل وغيرها من الدواب إلى مكة وغيرها قال الله تعالى (والحيل والبغال والحمير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمستأجرة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن يبيع ويكري ويحويه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة اليه ، وقد فرض الله تعالى الحج على الناس وليس اسكل أحد بهيمة بملكها ولا يحسن القيام بها والشدة عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز ذلك دفعا للحاجة. اذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين المعقود عليه لانه عقد معارضة أشبه البيع فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين بالرؤية أو بالصفة لان المعرفة بالصفة تقوم مقام الرؤية اذا وصفها بالطول والقصر والهزال والسمن والصغر والكبر والذكورية والانوثية ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا يكفي في ذلك الصفة لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ولهم في المحمل وجه أنه لا يكفي فيه بالصفة ويجب تعيينه

(فصل) وإن اشترط حمل زاد مقدر كائنة رطل نظرنا فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك ، وإن شرط أن ما نقص بالاكل لا يبدل له لم يكن له إبداله فإن ذهب بغير الأكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لأن ذلك لم يدخل في شرطه ، وإن أطلق العقد فله ابدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المعتاد فله ابداله أيضا لأنه استحق حمل مقدار معلوم فملك ابدل ما نقص منه كما لو نقص بسرقة ، ويحتمل أن لا يملك ابداله لأن العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل فحمل العقد عند الاطلاق على العرف وصار كالمصرح به ، وقال الشافعي القياس أن له ابداله ، ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع

(فصل) وإذا اكترى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليه إلى منى لأنه من تمام الحج وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج والاولى أن له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لأنها زيادة ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكثرى إليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكترى للحج

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف إلى حيوان فاكتفي فيه بالصفة كالبع وكالركوب في الاجارة ولأنه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لآتاني عليه الصفات لا يعلم تساويهما فيه ولأن الوصف يكتفي به في البيع فاكتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات بسير تجري المساحة فيه كالمسلم فيه ويحتاج إلى معرفة الآلة التي يركب فيها من محل ومحارة وقتب وغير ذلك، وهل يكون مغطى أو مكشوقا؟ فإن كان مغطى احتاج إلى معرفة الغطاء ويحتاج إلى معرفة الوطاء، ومعرفة المعاليق التي معه من قربة وسطيحة وقدر وسفرة ونحوها وذكر سائر ما يحمل معه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال يجوز اطلاق غطاء المحمل لأنه لا يختلف اختلافا كثيرا متباينا، وحكي عنه في المعاليق قول أنه يجوز اطلاقها ويحمل على العرف وحكي عن مالك أنه يجوز اطلاق الرابين لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب، وقال أبو حنيفة إذا قال في المحمل رجلان وما يصلحهما من الوطاء، والدرج جاز استحسننا لأن ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيرا فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمله معه وقول مالك إن أجسام الناس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والمزبل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيرا ويتفاوتون أيضا في المعاليق منهم من يكثر الزاد والحوائج

(فصل) فيما يلزم المكري والمكثري للركوب . يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به للركوب لراكب من الحاجة للجمل والقتب والزماد الذي يقاد به البعير والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بها وإن كان فرسا فالاجام والسرجه ، وإن كان بغلا أو حمرا فأبرذعة والاكاف لان هذا هو العرف فحمل الاطلاق عليه . وعلى المكثري ما يزيد على ذلك كالحمل والمخارة والحبل الذي يشده بين المحملين أو المحارزين لان ذلك من مصلحة الحمل والوطاء الذي يشد فوق الحداجة نحت الحمل ، وعلى المكري رفع الحمل على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لان هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب ، ويلزمه القائد والسائق هذا اذا كان الكراء على أن يذهب مع المكثري وإن كان على أن ينسلم الراكب البهيمة بركبها لنفسه فكل ذلك عليه لان الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها ، فأما الدليل فهو على المكثري لان ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كإزاد ، وقيل إن كان اكثري منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكثري لان الذي عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه ، وإن كانت على حمله الى مكان معين في الذمة فهو على المكري لأنه من مؤنة إصالة اليه وتحصيله فيه

(فصل) واذا كان الراكب من لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمن وشبههم فعلى الجمال أن يترك الجمل لركوبه ونزوله لانه لا يتمكن من الركوب والنزول الا به ، وإن كان

ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له برجم اليه فاشترطت معرفته كالحمل والاطنة ، وكذلك غطاء الحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشد على الحمل في الهواء ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فنجب معرفته كسائر ما ذكرناه ، فان رأى الراكبين أو وصفاله وذكر الباقي بارتال معلومة جاز ذكره الخرفي ، وأما الراكب فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك ويحصل بالرؤية لانها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المشي كالرحوال وغيره ، وأما أن يجر به فيعلم ذلك برويته ويحصل بالصفة فاذا وجدت ا كفي بها لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقده عليه كالبيع ، فاذا استأجر بالصفة للركوب احتاج الى ذكر الجنس فرسا أو بعيرا أو بغلا أو حمرا أو النوع فيقول في الابل بختي أو عرابي وفي الخيل عرابي أو برذون وفي الحمير مصري أو شامي وإن كان في النوع ما يختلف كالمهملج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره لان الغرض يختلف به ، وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه ، قال شيخنا ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة الجمال العراب دون البخاني

(فصل) اذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه الى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما وإن كان في طريق السير فيه اليهما استحب ذكر قدر السير في كل يوم فان اطلق والطريق منازل معروفة جاز لانه معلوم بالعرف ، ومتى

عن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يترك له الجمل لأنه يمكن استيفاء العقود عليه بدون هذه الكفاية، وإن كان قويا حال العقد فضعف في أثناءه أو ضعيفا فقوي فلا اعتبار بحال الركوب لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل الصلاة الفريضة وقضاء حاجة الإنسان وطهارته وبدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعله عليه من الأكل والشرب وصلاة النافلة من البن وغيرها لم يلزمه أن يتركه ولا يقف عليه من أجله، وإن أراد المكثري أمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام ومن أكثرى بعيراً لا إنسان يركبه لنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك لانه وفي له بما عقد عليه فلم يلزمه شيء سواه

(فصل) وإذا أكثرى ظهراً في طريق العادة فيه النزول والمشى عند اقتراب المنزل والمكثري امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لانه أكثره جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشى فلزم حمله في جميع الطريق كالمنازع وإن كان جلدأ قويا ففيه وجهان [أحدهما] لا يلزمه النزول أيضا لانه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضها كالضعيف [والثاني] يلزمه لانه متعارف والمتعارف كالشروط

(فصل) وإن هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين [أحدهما] أن يهرب بجماله فينظر فإن لم يجد المستأجر حاجا أو وجد حاجا لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن الإثبات

اختلفا في ذلك وفي وقت السير ليلا أو نهاراً أو في موضع المنزل إما في داخل البلد أو خارج منه جملا على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه تقدم معروف، وإن لم يكن للطريق عرف فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المحرف لانه لم تجر العادة بتقدير السير في الطريق فإن اختلفا رجع الى العرف في غير تلك الطريق

(فصل) فإن شرط حمل زاد مقدر كإثارة رطل وشرط انه يبذل منها ما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك وإن شرط أن ما نقص بالاكل لا يبذله فليس له ابداله فإن ذهب بغير الاكل كسرقه أو سقوط فله ابداله لأن ذلك لم يدخل في شرطه، وإن اطاق العقد فله ابدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو اكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المضاد فله ابداله أيضا لانه استحق حمل مقدار معلوم فملك ابدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة وبجتمل أن لا يملك ذلك لأن العرف جار بأن الزاد ينقص ولا يبذل فحمل العقد عليه عند الإطلاق وصار كالمصرح به، وقال الشافعي القياس ان له ابداله ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع (فصل) إذا أكثرى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج

عنده ولا يحصل له ما يكترى به ما يستوفي حقه منه فللمستأجر فسخ الاجارة لانه تعذر عليه قبض العقود عليه فأشبه ما لو أفسس المشتري أو انقطع المثل فيه عند محله، فان فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الاجر كان ديننا في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك وتنتى قدر على الجمال طالبه به، وان كان العقد على مدة انقضت في هربه افسخ العقد بذلك، وان أمكنه اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فان وجد للجمال مالا اكترى به له وان لم يجد له مالا وأمكنه أن يفترض على الجمال من بيت المال أو من غيره ما يكترى به فقبل، فان دفع الحاكم المال الى المكترى ليكترى لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحمد وان افترض عليه من المكترى ما يكترى به جاز وصار ديننا في ذمة الجمال، وان كان العقد على معين لم يجز إبداله ولا اكتراه غيره لان العقد تعلق بعينه فيتخير المكترى بين الفسخ أو البقاء الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

[الحال الثاني] إذا هرب الجمال فترك جماله فان المكترى يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجمال مالا استأجر به من يقوم مقام الجمال في الانفاق على الجمال والشد عليها وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعليه فان لم يجد له غير الجمال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أو لم يمكن بيعه افترض عليه الحاكم كما قلنا، وان ادان من المكترى وأنفق جاز، وان أذن للمكترى

عليه إلى متى لان ذلك من تمام الحج، وقيل ليس له الركوب الى متى لانه بعد التحلل من الحج، والاولى أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (والله على الناس حج البيت) ولو ا كترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة ويحتمل أن له ذلك لان الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكترى اليها إلا للحج غالباً فكان بمنزلة المكترى للحج

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي، ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لانه إذا جازا كراؤهما في الجميع جاز في البعض ولا بد من العلم بها إما بالفراسخ واما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول، وإن شرط أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز فان أطلق احتمال الجواز واحتمل أن لا يصح لانه يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولاً، وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أو مازاد ونقص جاز وإن اختلفا لم يجز الممتنع منهما لان فيه ضرراً على كل واحد منهما الماشي لدوام المشي عليه والداية لدوام الركوب عليها لانه إذا ركب بعد شدة التعب كان أثقل على البعير، وان ا كترى اثنان جلاباً بما قربان عليه جاز ويكون كراؤه كل الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما لكل

في الاتفاق من ماله بالمعروف ليسكون ديناً على الجمال جاز لانه موضع حاجة ، واذا رجع الجمال واختلفنا فيما أنفق نظرنا فان كان الحاكم قدر له ما يفتق قبل قوله في قدر ذلك وما زاد لا يحسب به وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم ففعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفى عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري أو غيره ويحفظ باقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والاتفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز وان لم يجد حاكماً أو محجراً عن استئذانه فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيها يلزمه فان فعل ذلك متبرعاً لم يرجع بشيء وان نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة، وهذا أحد الوجوهين للشافعي وان لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان [أحدهما] يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إذن في الاتفاق [والثاني] لا يرجع به لانه ثبت لنفسه حقاً على غيره وكذلك ان لم يجد من يشهد فأنفق محسباً بالرجوع وقياس المذهب ان له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضاً ، وحكم موت الجمال حكم هر به ، وقال أبو بكر مذهب أحمد ان الموت لا يفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى فان لم يكن في بد المستاجر ما ينفقه لم يجز أن يبيع منها شيئاً لان البيع انما يجوز من المالك أرمن نائبه أو ممن له ولاية عليه

واحد منهما فرائخ معلومة أو لاحدهما بالليل والآخر بالنهار ، وإن كان ذلك عرف رجع اليه وان اختلفا في البادية منهما أفرع ، وبجمل أن لا يصح ركوبها إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كالمشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبداً معيناً منهما

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لاحدهما فسخها)

وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لانها عقد معاوضة فكانت لازمة كالبيع ولانها نوع من البيع وانما اختلفت باسم كالصرف والسلم لأن يحد العين معينة عينا لم يكن علم به فله الفسخ بغير خلاف فعلمه قال ابن المنذر اذا كثرت دابة بعينها فوجدها جرحاً أو عضواً أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكتري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة ، وإن شاء أخذها وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لانه عيب في العقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيع الاعيان ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج بتأخره عن القافلة وربض البيهمة بالحمل وكونها جرحاً أو عضواً ونحو ذلك ، وفي المكتري للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي القار انه دام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء

(فصل) قال أصحابنا بصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ومعناها الركوب في بعض الطريق بركب شيناً وبمشي شيناً لانه إذا جاز أكثراؤها في الجيم جاز أكثراؤها في البعض ، ولا بد من كونها معلومة إما أن بقدرها فمراسخ معلومة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً وبمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول ، وان انفقا على أن يركب يوماً وبمشي يوماً جاز . فان أكثرى عقبة وأطلق احتمال أن يجوز ويحمل على العرف ، ويحتمل أن لا يصح لأن ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولاً . وان انفقا على أن يركب ثلاثة أيام وبمشي ثلاثة أيام أو مازاد وقص جاز ، وان اختلنا لم يجبر الممتنع منها لان فيه ضرراً على كل واحد منها : الماشي لدوام المشي عليه ، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعب كان أثقل على البعير

وان أكثرى اثنان جملاً بركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤها طول الطريق والاستيفاء . بينها على ما يتفقان عليه ، وان تشاحا قسم بينهما لكل واحد منها فمراسخ معلومة أو لأحدهما الليل والآخر النهار وان كان ذلك عرف رجع اليه ، وان اختلفا في البادي . منها أفرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح كراؤها إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منها لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منها فلم يصح كما لو اشترى عبد بن علي أن لكل واحد منها عبداً معيناً منها

وأشبا . ذلك من النقائص ، فان رضي بالمقام ولم يفسخ لزمه جميع الاجرة لانه رضي به ناقصاً أشبهه مالو رضي بالمبيع معيناً ، وان اختلفا في الموجود هل هو عيب أولاً ؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تعيب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فان قالوا هو عيب فله الفسخ والا فلا هذا اذا كان العقد تعلق بعينها فان كانت موصوفة في القصة لم يفسخ العقد وعلى المكري إبدالها كالمسلم فيه إذا وجده معيناً أو على غير صفته فان عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره فلا مكثري الفسخ أيضاً

(مسئلة) (وان بدا له قبل تقضي المدة فعليه الاجرة)

قد ذكرنا أن الاجارة عقد لازم يقتضي تملك المؤجر الاجر والمستاجر المنافع فاذا فسخ المستاجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الاتفان اختياراً منه لم يفسخ الاجارة ونلزمه الاجرة ولا يزول ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيناً وقبضه ثم تركه : قال الاثرم قلت لابي عبد الله رجل اشترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني؟ قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء قلت فان مرض المستكري بالمدينة؟ فلم يجعل له فسخاً لانه عقد لازم من الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه ، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن المستاجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع وبزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لانها صارت مملوكة لغيره فان

(مسئلة) قال (فان رأي الراكبين أو وصفه له وذكر الباقي بأرطال معلومة بجائز)

وجملته ان المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين إذا وصفها بمختلفان به في الطول والقصر والجزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والانثوية والباقي يكفي فيه ذكر الوزن وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا بد من معرفة الراكبين بالرؤية لأنه يختلف بثقله وخفته وسكوته وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ، ولهم في الحمل وجه أنه لا تكفي فيه الصفة ويجب تعيينه

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الى حيوان فاكتفي فيه بالصفة كالبيع وكالمركوب في الاجارة ولأنه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لأنه إنما يعلم كونه مثله اتساويها في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه ولأن الوصف يكتفي به في البيع فاكتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة بسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه

(فصل) ويجوز أكثره الأبل والدواب للحمولة ، قال الله تعالى [ونحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانس] والحمولة بالضم الاحمال والحمولة بالفتح التي يحمل عليها قال الله تعالى

نصرف فيها وكان ذلك في حال يد المستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمال أن يفسخ العقد فيما استوفاه المالك لأنه تصرف فيه قبل قبض المكتري له أشبه ما لو أئلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه ، فان تصرف في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه خاصة ، وعلى المستأجر أجر ما بقي فان سكن المستأجر شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين ، وان سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المالك أجر عشرة أشهر واحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بسقط ذلك مما على المستأجر من الاجر وبلزومه الباقي لأنه تصرف فيها ملكه المستأجر عليه بغير إذنه أشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري إياه وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالاكتمال والاجارة وغيرها ، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر الاجر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء ، وان فضلت منه فضلة لزم المالك أدائها الى المستأجر ، والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي وان تصرف المالك قبل تسليمه العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحداً لان العاقد أئلف الممتد عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاماً فأئلفه قبل تسليمه ، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقي بالحصصة كالبيع إذا سلم بعضه وأئلف بعضاً

ومن الانعام حمولة وفرشا [الحمولة الكبار والفرش الصغار ، وقبل الحمولة الابل والفرش الغنم لانها لا تحمل ، ولا يحتاج الى معرفة الحمولة لان الغرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فان المراكب غرضا في الركوب من سهواته وحاله وسرعته ، وان انفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئا نضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكر في الاجارة ، وأما الاحمال فلا بد من معرفتها فان لم يعرفها لم يحز لان ذلك بتفاوت كثير ، ويختلف الغرض به فان شرط أن يحمل ماشا . بطل لان ذلك لا يمكن الوفاء به وبدخل فيه ما يقتل البهيمة ، وان قال احتمل عليها طاقتها لم يحز أيضا لان ذلك لا ضابط له ، ونحصل المعرفة بطريقتين (المشاهدة) لانها من أعلى طرق العلم (والصفة) وبشرط في الصفة معرفة شئبين القدر والجنس لان الجنس يختلف تبع البهيمة باختلافه مع التساوي في القدر فان القطان يضربها من وجه وهو انه ينتفع على البهيمة فبدخل فيه الريح فيثقل ومثله من الحديد يؤذي من جهة أخرى وهو انه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلا بد من بيانها ، وأما الظروف فان دخلت في الوزن لم يحتاج الى ذكرها ، وان لم توزن فان كانت ظروفها معروفة لا تختلف كغرائر الصوف والشعر ونحوها جاز المقدم عليها من غير تعيين لانها قلما تتفاوت تفاوتنا كثيرا فتسميتها تكفي ، وان كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين أو الصفة وذكر ابن عقيل انه اذا قال أكربتكها انحمل عليها ثلاثمائة رطل مما شئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حلا يضرب

(مسئلة) (وان حوله المالك قبل تقضيها فليس له أجر لما سكن نص عليه وبمحتمل أن له من

الاجرة بقسطه)

اذا استأجر مدة فسكنه بعضها ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجر نص عليه أحمد وذكره الحارثي وبمحتمل أن له من الاجر بقسطه وهو قول أكثر الفقهاء لانه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عرضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقبته

ولنا أنه لم يسلم اليه ما تناوله عقد الاجارة فلم يستحق شيئا كما لو استأجره لحل كتاب الى بلد فحمله بعض الطريق أو يحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرا وامتنع من حفر الباقي وقياس الاجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع ، والحكم فيمن أكرى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفسه او عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها أو أجر نفسه ابناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار بمتنع من تسليمه وانه لا يستحق شيئا لما ذكرنا

(مسئلة) (وان هرب الاجير حتى انقضت المدة انفسخت الاجارة ، وان كانت على عمل خير

للمستأجر بين الصبر والفسخ)

بالحيوان مثل مالو أراد حمل حديد أو زئبق يندبني أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظوره ولا يجعله في وعاء يتموج فيه فيكسد البيمة ويتعبها، وإن اكرتري ظهراً لأحمل موصوفاً بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لأنه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه وإن طالبه المؤجر وكان يفوت به غرض للمستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكن الحولة لتكون الحولة مما يضرها الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وتقل الحولة فيعين الابل لم يجز العدول عنه لأنه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك كما في المركوب، وإن لم يفوت غرضاً جاز كما يجوز لمن اكرتري على حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه

(فصل) ويجوز كراء الدابة للعمل لأنها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالكرب وان اكرتري بقرأ للحرث جاز لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ «بينما رجل بسوق بقره أراد أن يركبها فقالت اني لم أخلق لهذا انما خلقت للحرث» متفق عليه. ويحتاج الى شرطين معرفة الارض وتقدير العمل فأما الارض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولأنها تختلف فتكون صلبة تهب البقر والحراث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة بهل حرثها ولا تأتي الصنة عليها فيحتاج إلى رؤيتها وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما الارض كهذه القطعة أو من

وجملة ذلك أنه اذا هرب الاجبر أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان انفسخ فلا كلام، وان لم يفسخ وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضي المدة يوماً فيوماً فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها، وان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات العقود عليه وان كانت الاجارة على موصوف في الأمانة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من عمله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب بيع من ماله فان تعذر فله مستأجر الفسخ فان لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لان ما في الأمانة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الاجبر من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع اذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل ان لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال (مسئلة) (فان هرب الجمال أو مات وترك الجمال انفق عليها الحاكم من مال الجمال أو أذن للمستأجر في الانتفاع اذا قدم باعها روفى المنفق وحفظ باقي منها لصاحبه)

اذا هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يهرب بجماله فان لم يجد المستأجر حاكماً أو وجد حاكماً لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن ولم يحصل

هذا المكان إلى هذا المكان أو بالمساحة كدوى أو مديين ونحو ذلك كل ذلك جائز، لأن العلم يحصل به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف، ويجوز أن يتأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها بدون آلتها تكون الآلة من عند صاحب الارض، ويجوز استئجار البقر وغيرها للدراس الزرع لانها منفعة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه، وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج الى معرفة جنس الحيوان لان الغرض يختلف به فنه ماروئه طاهر ومنه ماروئه نجس ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته غير آلته مع صاحبه ومنفرداً عنه كما ذكرنا في الحرث (فصل) ويجوز استئجار بهيمة لادارة الرحي ويفتقر إلى شيتين معرفة الحجر إما بمشاهدة وإما بصفة تحصل بها معرفته لازم عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوماً أو يومين، أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف لان منه ما يسهل طعنه ومنه ما يصعب، وكذلك إن اكرهاها لادارة دولاب فلا بد

له ما يستوفي به حقه منه فلامستأجر الفسخ لانه تعذر عليه قبض المقرد عليه أشبه ما اذا أفلس المشتري فان فسخ العقد وكان الجمل قد قبض الاجر كان ديناً في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك، ومتى قدر على الجمل طالبه به وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخت الاجارة وان أمكن اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فان وجد الحاكم للجمل مالا كثرى به وان لم يجد له مالا وامكنه أن يتعرض عليه ما يكتري له به فعل فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري به لنفسه جاز في ظاهر كلام أحد، وان كان القرض من المكتري جاز وصار ديناً في ذمة الجمل وان كان العقد على معين لم يجز ابداله ولا اكثره غيره لان العقد تعلق بعينه فيخير المكتري بين الفسخ أو الصبر الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

(الحال الثاني) اذا هرب وترك جماله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجمل مالا استأجر به من يقوم مقامه في الانفاق على الجمل والشد عليها وفعل ما يلزم الجمل فان لم يجد له غير الجمل وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أولم يمكن بيعه انترض عليه الحاكم كما ذكرنا، وان ادان من المكتري وانفق جاز، وان أذن للمكتري في الانفاق من ماله بالمعروف ليكون ديناً على الجمل جاز لانه موضع حاجة فاذا رجع واختلفا فيما انفق وكان الحاكم قدر الذمة قبل قول

من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بزمان أو مل. هذا الحوض أو هذه البركة، وكذلك ان أكثرها للاستقاء، بالقرب فلا بد من معرفته لانه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض، ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لان ذلك يختلف فقد تكون الأرض عطشاً لا يروها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيكتبها القليل فيكون ذلك مجهولاً، وإن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز ذلك ويحتمل أن يجوز لأن شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة يستقي عليها، ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي بها من راوية أو قرب أو جرار، ومعرفة ذلك إما بالرؤية وإما بالصفة، ويقدر العمل إما بالزمان وإما بعد المرات وإما بل شيء معين، فإن قدره بعد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب إليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحرونة، وإن قدره بملء شيء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقي منه، ويجوز أن يكتب البيمة بآتمها وبدونها مع صاحبها ووحدها، وإن أكثرها لبل تراب معروف جاز لان ذلك بالعرف، وكل موضع وقع المقدم على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الفرض يختلف باختلافها في القوة والضعف، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك في استقاء الماء عليه لان منه ماروته طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف كالخيل والبقر، ومنه ماروته نجس ويختلف في نجاسة جسمه كالغزال والحير فربما نجس به المستقي أو دولوه فيتنجس الماء به فيختلف الفرض بذلك فتجب معرفته

المكتري في ذلك دون ما زاد، وإن لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين فاشبه الوصي إذا ادعى النفقة على الأيتام بالمعروف وما زاد لا يرجع به لانه منقطع به، وإذا وصل المكتري برفع الأمر إلى الحاكم فيعمل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفي عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري أو غيره ويحفظ بقي الثمن له وإن رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والاتفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز، وإن لم يجد حاكماً أو عجز عن استئذانه فله أن ينفق عليها ويقم مقام الجمال بما يلزمه، ولا يرجع بذلك إن فعله متبرعاً وإن نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وإن لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان (أحدهما) يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة اذن في الاتفاق (والثاني) لا يرجع به لانه ثبت لنفسه حقاً على غيره وكذلك إن لم يشهد وأنفق محتسباً بالرجوع، قال شيخنا وقياس المذهب أن له الرجوع كقولنا يرجع بما أنفق على الآتي وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة، فإن قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضاً، وحكم موت الجمال حكم هر به وقال أبو بكر مذهب أحمد أن الموت لا ينسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى، فإن لم يكن في يد المستأجر ما ينفق لم يجز أن يبيع منها شيئاً لان البيع إنما يجوز من المالك أو نائبه أو ممن لا ولاية عليه

(فصل) واذا اكرى حيوانا لعمل لم يخلق له مثل أن اكرى البقر المركوب والحمل عليها أو اكرى الابل والحمل للحرث جاز لانها منفعة متصودة يمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذي خلقت له ولان مقتضى الملاك جواز التعرف بكل ما تصالح له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمنع ذلك إلا بمعارض راجح اما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضرته على منفعتها وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الاكراء وغيرهم يحملون على البقر ويركبوها وفي بعض البلدان يحرث على الابل والبغال والحير فيكون معنى خلقها للحرث ان شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت المركوب والزينة وبياح أكلها والؤلؤ خاق للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها والله أعلم

(مسألة) (وما حدث في الساعة من يد الصانع ضمن)

وجملته أن الاجير على ضربين خاص ومشارك فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا . سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس . والمشارك الذي يقع العقد معه على

(مسألة) (وتفسخ الاجارة بتلف العين المقود عليها)

وجملته ان من استأجر عينا مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام [أحدها] ان تناف العين كدابة تنفق أو عبد يموت ذلك على ثلاثة أضرب [أحدها] أن تلف قبل قبضها فان الاجارة تفسخ بغير خلاف فعلمه لان المقود عليه تلف قبل قبضه فأشبهه مالو تلف الطعام المبيع قبل قبضه [الثاني] أن تناف عقب قبضها فان الاجارة تفسخ ايضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء . إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال يستقر الاجر لان المقود عليه تلف بعد قبضه أشبه المبيع . وهذا غلط لان المقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فأشبهه تلفها قبل قبض العين [الثالث] أن تلف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث : إذا اكرى بعيراً بعينه فنفق بعليه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض كما لو اشترى صبرتين فقبض احدهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ، ثم نظر فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر ما مضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي ، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء ،

عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالسكاح والطيب . سمي مشتركاً لانه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته ، فالاجبر المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرفي وهو ضامن لما جنت يده فالحائث اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص أحمد على هذه المسئلة في رواية ابن منصور، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والحباز ضامن لما أفسد من خبزه والجمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه واتقطاع حبله الذي يشد به حمله والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يبالغ به السفينة ، وروي ذلك عن عمر وعلي وعبدالله بن عتبة وشريح والحسن والحكم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يعمد . قال الربيع هذا مذهب الشافعي وان لم يبح به ، وروي ذلك عن عطاء وطارس وزفر لانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم نصر مضمونة كالعين المتأجرة

ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك ، وروي الشافعي في مسنده باسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولان عمل الاجبر المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعقد وان يقطع

أو دار لها مومهم كدور مكة رجع في تقويمه الى أهل الخبرة ويسقط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كجبر استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

(مسئلة) (وموت الصبي المرضع)

إذا مات الصبي المرضع انفسخ العقد لانه يتعذر استيفاء المعتود عليه لانه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف الابن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي ، وإذا انفسخ العقد عقبيه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المتأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدة رجع بمحض ما بقي

وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة افوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها اجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين

ولنا انه ذلك المقود عليه أشبه ما لو هلكت البيمة المستأجرة .

(مسئلة) (وموت الراكب اذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة) اذا مات المكثري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائباً كن يموت في طريق مكة ويخلف جله الذي اكتره وليس له عليه شيء بحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد ان لاجارة تنفسخ فيما بقي

عضو بخلاف الاجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فانه اذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء تلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي أن الاجير المشترك اذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الحجاز يجزئي تنوره وماله والنصار والحياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويحيط عنده لاضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط لانه سلم نفسه الى المستأجر فيصير كلاجير الخاص ، قال ولو كان صاحب المتاع م الملاح في السفينة أو راكبا على الدابة فوق حمله فعطب الحل لاضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم نزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم بضمنه الجمال لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا ، قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أو اكتره يعمل له شيئاً وهو معه لم بضمن لان يده عليه فلم بضمن من غير جنابة ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكما عمل شيئاً صار مسلماً اليه فظاهر كلام الحرقي أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضرأ عنده أو غائبا عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أولاً ، وكذلك قال ابن عقيل ماتلف بجنابة الملاح بجذفه أو بجنابة المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو

من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر منفعة العين فأشبهه مالو غصبت ولان بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكثري لان المكثري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يتمتع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه ، وقد نقل عن أحمد في رجل ا كثرى بعيراً فمات المكثري في بعض الطريق فان رجع البعير خاليا فعليه بقدر ما وجبه له ، وان كان عليه ثقله ووطأؤه فله الكراء الى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق له به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبهه مالو ا كثرى من يعلم له ضرره فبرأ او انقلع قبل قلعه أو ا كثرى كحالا ليكمل عينه فبرأت أرذبت ، ويجب أن بقدره ، لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا يفسخ بهذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكنها ، ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الاجر ، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لم يؤس منه بالحبس لانه يمكن خروجه في كل وقت من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة له إما بأجره أو غيره بخلاف الملبت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه أشبه ما ذكرنا من الصور

لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالمعدوان ولان جنابة الجمل والملاح اذا كان صاحب المتاع راكبا معه بعم المتاع وصاحبه وتفريطه بعهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انسانا مترسا فكسر ترسه وقتله ، ولان الطيب والختان اذا جنت بدهما ضمنا مع حضور المطيب والختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معه فمتر فسقط المتاع تلف ضمن ، وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنابته والسرقه ليست من جنابته ورب المال لم يحمل بيته ويده وهذا يقتضي ان تلفه بجنابته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أرلى لان الفعل في ذلك الى الموضع مقصود لهاعه والسقطه من الحمال غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستأجر على حمله عبيداً صفاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقوده اذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجنابة فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الجنابيات وما ذكره ينتقض بجناية الطيب والختان والله أعلم

(فصل) فأما الاجبر الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد قال أحمد في رواية

(مسئلة) (وانقلع الضرس الذي اكثري اقلعه أو برؤه) وكذلك ان اكثري كحالا ليكمل عينه فبرأت أو ذهبت انفسخ العقد لانه تعذر استيفاؤه المعقود عليه أشبه ما لو تعذر بالموت (مسئلة) (فان اكثري داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فاقطع ماؤها انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين وفي الآخر يثبت المستأجر خيار الفسخ)

وجملة ذلك أنه إذا حدث في العين المكتراة ما يمنع نفعها كدار انهدمت أو أرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بهرصة الدار أو الارض لوضع حطب فيها أو وضع خيمة في الارض الذي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الارض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضاً لان المنفعة التي وتم العقد عليها تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى . وقال القاضي في الارض التي انقطع ماؤها لا تنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي ، لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بهرصة الارض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبهه ما لو نقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا يخير المأجر بين الفسخ والامضاء ، فان فسخ فحكه حكم العبد إذا مات ، وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الاجارة لان ذلك عيب فاذا

مهنا في رجل أمر غلامه بكيل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة الفصار ؟ قال لا ، الفصار مشترك ، قيل فرجل أكثرى رجلا بسنقي ماء ، فكسر الجرة ؟ فقال لاضمان عليه قيل له فان أكثرى رجلا بمرث له على بقرة فكسر الذي بمرث به ؟ قال فلاضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر ان جميع الاجراء يضمنون وروى في مسنده عن علي رضي الله عنه انه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالفصاص وقطع يد السارق ، وخبر علي رضي الله عنه وكرم وجهه مرسل والصحيح فيه انه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وان روي مطلقا حمل على هذا فان المطاق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى مأسره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب ، فأما ما ي تلف بتعديه فيجب ضمانه ، مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف بتعدي باضمنه كغير الاجير (فصل) واذا استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصاً كالخباط في دكان يستأجر أجيراً مدة يستعمله فيها فقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

(فصل) اذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه بخير بين تضمينه اياه غير معمول ولا أجر عليه

رضي به سقط حكمه فان لم يخنر الفسخ ولا الامضاء إما لجهله بان له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كالأعيان في البيع ، ولو كان النفع الباقي في العين مما لا يباح استيفاءه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحداً لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاءها مع سلامتها فلا يملكها مع تعييبها كبيعها ، فاما ان أمكن الانتفاع بالعين وفيها أكثرها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء أو كان الماء منحسراً عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تنزل بالكلية فأشبهه مالو تعيبت وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا إلا في الدار إذا تهدمت ففيها وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها فاما إن كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الارض بما يتحسر عن قريب بحيث لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الفرق المنصر أو انقطاع الماء أو الهدم ببعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكثري الخيار في بقية

وبين تضمينه اياه معمولاً ويدفع اليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه ولا أجر له وبين تضمينه اياه في الموضع الذي أفسده وبعطيه الاجر إلى ذلك المكان، وإنما كان كذلك لانها إذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لانه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فذلك المطالبة به عوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه اليه وما سلم اليه فلا يلزمه

(فصل) اذا دفع إلى حائك غزلاً فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع وتسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لانه غير مأثور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه فان كان جاء به زائداً في الطول وحده ولم ينقص الاصل بالزيادة فله ما سمي له من الاجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين فان جاء به زائداً في العرض وحده أو فيما فقيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ما أمر به فأشبهه زيادة الطول ، ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بان يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض ، وأما إن جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما فقيه أيضاً وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه

العين لان الصفة تبعضت عليه فان اختار الامساك أمسك بالحصاة من الاجر كما إذا تلف أحد القهيزين من الطعام في يد البائع

(مسألة) (ولا تنفسخ بموت المكنتري أو المكري)

وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبيهقي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ لاجارة بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالقد استيفائها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته فالتناغم تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفائها لانه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا أنه عند لازم لم ينفسخ بموت العائد مع سلامة العقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات ، وما ذكره لا يصح لانا قد بينا أن المستأجر قد ملك التناغم ، وان الاجرة قد ملكت عليه كاملة في وقت العقد على ما ذكره ، ويلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكره ولكن وجوب الاجر هنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئراً فوق فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حياته كذا هنا

(مسألة) (ولا تنفسخ بعذر لأحدهما مثل أن يكنتري للحج فنضم نفقته أوردنا فيحترق بتاعه)
وهذا قول مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال ابو حنيفة وأصحابه يجوز للمكنتري فسخها لعذر

ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فاشبهه مالو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع [والتاني] له بحصته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن فحضر بعضه ، ويحتمل انه ان جاء به ناقصا في العرض فلا شيء له ، وان كان ناقصا في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وان جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه. وقال محمد بن الحسن في الموضوعين بخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النسيج ومطالبته بمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في زائد أو بحصة المنسوج في الناقص لان عرضه لم يلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالتمصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أنلف عليه غزله

ولما أنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعرضه كما لو جاء به زائداً في الطول وحده ، فأما ان أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن بأمره بنسج عشرة أذرع ليكزن الثوب خفيفا فنسجه خمسة عشرة فصار صفيقا أو أمره بنسج خمسة عشر ليكزن صفيقا فنسجه عشرة فصار خفيفا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لانه لم يأت بشي مما أمر به

(فصل) اذا دفع الى خياط ثوبا فقال إن كان يقطع قيصا فاقطع فقال هو يقطع ويقطعه فلم يكف فعله ضمانه ، وإذ قال انظر هذا يكفيني قيصا فقال نعم قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن به هذا اقل الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المسئنين لانه لو كان غره في الاولى لسكان قد غره في الثانية

في نفسه مثل أن يكترى جملا ليحج عليه فيمرض بلا يتمكن من الخروج أو نضيج نفقته ، أو يكترى دكانا لاز فيحترق مناعه وما أشبه هذا لان هذا العذر يتمذره استيفا المنة المعقود عليها لك به النسخ كما لو استأجر عبداً فابق

ولما أنه عقد لا يبرز فسخره لغير عذر فلم يجز لهذر في غير المعقود عليه كالباع ولانه لو جاز فسخره لعذر المكترى لجاز لعذر المكترى تسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد منهما ولم يجز ثم فلا يبرز ههنا ، وينارق الا باق فإنه عذر في المعقود عليه

(مسئلة) (وإن غضبت العين خير المتأجر بين المسخ والامضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل) إذا غضبت العين المتأجرة فله تأجر المسخ لان فيه تأخر حقه فان فسح فالمحكم كالمو انفسخ العقد بتلف العين وإن لم يفسح حتى انتضت مدة لاجارة فله الخيار بين انفسخ الرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل الى بدل وهو القيمة فأشبهه مالو أنف الثمرة لمبيعة آدمي قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولا صاحب الشافعي في ذلك اختلاف فان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن قد فسح استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة

ولنا أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفي الثانية أذن له من غير شرط فافتقر ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتعديره بل لعدم الأذن في قطعه لأن أذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون أذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية

(فصل) فإن أمره أن يقطع الثوب قبض رجل فقطعه قبض امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لأن هذا قطع غير مأذون فيه فأشبهه بالواقطعه من غير إذن ، وقبل بغرم ما بين قبض امرأة وقبض رجل لأنه مأذون في قبض في الجملة ، والأول أصح لأن المأذون فيه قبض ، ومصرف بصفة فاذا قطع قبضا غيره لم يكن فاعلاما أذن فيه فكان متعديا بإتداء القطع لذلك لا يستحق على التقطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) وإن اختلفنا فقال أذنت لي في قطعه قبض امرأة وقال بل أذنت لك في قطعه قبض رجل ، أو قل أذنت لي في قطعه قبضا قال بل قبض أو قال الصباغ أمرتني بصبته أحمر قال بل أسود فاقول قول الخياط والصباغ نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فقال القول قول الخياط والصباغ وهذا قول ابن أبي إبي ، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول رب الثوب ، واختاف أصحاب الشافعي فمنهم من قل له قولان كالذهبين ومنهم من قال له قول ثالث أنهم ما يتجانسان كالتيابيهين يتجانسان في الثمن ومنهم من قال الصحيح أن القول قول رب الثوب لأنهما اختلفنا في صفة أذنه والقول قوله في أمرى الأذن فكذلك في صفة ولأن الأصل عدم الأذن اختلف فيه فالقول قول من ينفيه

مخيراً كما ذكرنا ، وإن كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء الى موضع معين فغصب جملة الذي يحمل عليه أو عبده الذي يخيط له لم يفسخ العقد ، والله تأجر مطالبة الاجير بعوض المصنوع وإقامة من يعمل العمل لأن العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده فإن تعذر البديل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المصنوعة فيستوفي منها

(فصل) فإن حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو بجمهر البلد فيمنع خروج المستأجر الى الارض المستأجرة المزرع ونحو ذلك ثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة فثبت الخيار كغصب العين ، ولو اكترى دابة ليركبها أو يحمل عليها الى موضع معين فانقطعت الطريق اليها تخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل واحد منهما فسخ الاجارة ، وإن اختار ابقاها الى حين امكان استيفاء المنفعة جازلان الحق لها ، فأما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر كمن خاف وحده لترب أعدائه من الموضع المستأجر أو خلوم في طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكفاية أشبه مرضه ، وكذلك لو حبس أو مرض لأنه ترك استيفاء المنفعة لمعنى من جهة فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً . قال الحارثي : فإن جاء أمر غالب بمحجر المـ تأجر عن منفعة ما رقع عليه العقد لزمه من الاجرة بقدر مدة انتفاعه وقد شرحناه

ولنا انهما اتفقا في الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب اذا قال اذنت لي في البيع ذاه، ولانهما اتفقا على ملك الخياط القاطع والصباغ الصبغ والظاهر انه فعل ماملكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه. فلي هذا بحاف الخياط والصباغ بالله لقد اذنت لي في قطعه قبا. وصيغة أهر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمينه ولان النبي ﷺ قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فاما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا وقطعه قيصا وصيغة أسود، فاما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما اذنت في قطعه قبا. ولا صبغه أحرر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ شيء، لانهما فعلا غير ما اذن لهما فيه وذكرا بن أبي موسى عن أحمد رواية اخرى أن صاحب الثوب اذا لم يكن ممن يلبس الاقبية والسواد قال القول قوله وعلى الصانع غرم ما تآص بانقطع وضمان ما فسد ولا أجر له لان قرينة حال رب المال تدل على صدق دعواه بهما كما لو اختلفا في حائط لاحدهما عليه عقداً وازج رجحنا دعواه بذلك وان اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له، ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته. فعلى هذا يحلف رب الثوب ما اذنت لك في قطعه قبا. وبكفي هذا لانه يبتغي به الاذن فيصير قاطعا لغير ما اذن فيه فان كان القبا مخيطا

(مسألة) (ومن استؤجر لعمل شيء، فرض أقيم مقامه من بعمله والاجر عليه)

لا خلاف بين أهل العلم في جواز استئجار الأدي، وقد أجر مرمى عايبه السلام نفسه لرعيه الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا يدهما على الطريق، ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه تجازت اجارته كالذور. ثم اجارته تنقسم قسمين (أحدهما) استئجاره مدة بعينه لعمل معين كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانى حجج لرعي الغنم (والثاني) استئجاره على الدمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر رجلا يدهما على الطريق، واستئجار رجل لخياطة قيص أو بنا. حائط، ويتنوع ذلك بنوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية الغنم أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في الدمة كخياطة قيص وبناء حائط، فنتى كانت على عمل في ذاته فرض وجب عليه أن يقيم مقامه من بعمله لانه حق وجب في ذاته فوجب عليه إيفاءه كالمسلم، فيه ولا يلزم المستأجر انظاره لان العقد باطلانه يقتضي التعميل وفي التأخير إضرار به، فاما إن كانت الاجارة على عينه في مدة أو غيرها فرض لم يقيم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء. في ذمته وعمل غيره ليس بمعقود عليه فأشبهه ماله اشترى معيناً لم يجوز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله له بخلاف ما لو وقع في الدمة فانه يجوز ابدال المعيب ولا يفسخ العقد بتلف ما بسله والمبيع المعين بخلافه، فكذلك الاجارة فان كانت الاجارة على عمل في الدمة لكان لا يقوم غير الاجير مقامه كالتسخ فانه بخلاف التصدي فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة

يجبوط لما ملكه لم يملك الخياط فتمه وكان لما ملكه أخذ مخيطا بلا عرض لانا عمل في ملك غيره عملا مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت الخياط للخياط فله نزعها لأنها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لأنها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة ، فإن انتفا على تعويضه عنها جاز لان الحق لهما ، وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سلمه عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة الى ذلك لانه انتفاع بملكه ، وحكم الصباغ في قلم الصبغ إن أحبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على مامضى في بابه ، والذي يقوى عندي ان القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم

(فصل) وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الاجير كالصباغ بصبغ في حانوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا منه لان المقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري . وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فانه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لانه في يد المستأجر فيصير مسلما لعمله حالا فخالا ، ولو استأجر رجلا يبنى له حائطا في داره أو يحفر فيها بئرا لبري من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط يبرأ بمجرد العمل ولو انهارت

غيره وقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير لان العوض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبهه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وكذلك كل ما يختلف باختلاف الاعيان

(مسئلة) (وان وجد العين معيبة فله الفسخ)

كما لو وجد المبيع معيبا وقد ذكرناه ، وان حدث بها عيب فله الفسخ وأجرة مامضى لان البائع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء فهي كالمكيل يتعيب قبل قبضه فان بادر المكري إلى إزالة العيب من غير ضرر يلحق المستأجر كدار تشعث فأصلحها ، ولا خيار للمستأجر لعدم الضرر والا فله الفسخ ، وان سكنها مع عيبها فعليه الاجرة علم أو لم يعلم لانه استوفى جميع المقود عليه معيبا فلزمه البدل كالمبيع المعيب اذا رضيه

(مسئلة) (ويجزز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الاجارة إلا أن يشترها المستأجر فتنفسخ في إحدى الروايتين)

يصح بيع العين المستأجرة نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر ان باعها لغير المستأجر لم يصح لان يد المستأجر تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المفصرب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كبيع الامة اذا زوجها ، قولهم يد المستأجر تمنع

عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل نص عليه أحمد في زواية ابن منصور فانه اذا قال استعمل الف لبنة في كذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء ، وأما الاجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة سواء تلف ماعمله أو لم يتلف نص عليه أحمد فقال اذا استأجره يوماً فعمل وسقط عند الليل ماعمل فله الكراء وذلك لانه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الاجير المشترك ولو استأجر أجيراً لبني له حائطاً طوله عشرة اذرع فبني بعضه فسقط لم يستحق شيئاً حتى يتمه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لان الاستحقاق مشروط بتمامه ولم يوجد قال أحمد اذا قيل له ارفع حائطاً كذا وكذا ذراعاً فعليه أن يوفيه فان سقط فعليه التمام وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة اذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئاً حتى يتم حفرها

﴿ مسألة ﴾ قال (وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا اجر له فيما عمل فيها)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير نعد منه ولا تقربط فروي عنه لا يضمن نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طارس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي وروى عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمه وان كان غرقاً أو عدواً غالباً فلا

التسليم لايصح لان يد المستأجر إنما هي على المانع والبيع على الرقبة فلا يتم ثبوت اليد على أحدهما لتسليم الآخر كإلحاق الأمانة المزدوجة ولانها منعت التسليم في الحال فلا يتم في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة وبكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه وقال أبو حنيفة البيوع موقوف على اجارة المستأجر فان أجازته جاز وبطلت الاجارة وان رده بطل

ولما أن البيع على غير المقدود عليه في الاجارة لم تعتبر اجازته كبيع الأمانة المزدوجة . اذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع بسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها وإنما يستحق نفعها إذا انقضت الاجارة فهو كمن اشترى عيناً في مكان بعيد لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيه وكالمسلم الى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة خير بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص (فصل) ويصح بيعها للمستأجر لانه اذا صح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده وهل تبطل الاجارة فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه ملك المنفعة ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر فلم يتناها كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صححت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا يتناهي العقد على الرقبة ولذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، فعلى هذا يكون الاجر باقياً على المشتري وعليه الثمن ويضمنان كباقيهم كما لو كان المشتري غيره

ضمان قال أحمد رحمه الله عليه في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتل أنه إنما اوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الودبعة في رواية إنها تضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمن بما اذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن اذا تلف مع متاعه ولانه اذا لم يكن منه تفریط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بامر غالب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير ولنا أنها عين مقبوضة بهد الاجارة لم ينفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة، ولانه قبضها باذن مالکها لنفع يعود اليها فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بامر غالب، وبخلاف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فيخص محل النزاع بالنفاس عليها اذا ثبت هذا فانه لا اجر له فيما عمل فيها لانه لم يسلم عمله الى المستأجر فلم يستحق عرضه كالباع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(فصل) وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمنه لانه لم يبرهنه عنده

ولا اذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالفاسب

(والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطلت، لك العاقد الرقبة كما لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمن استدامتها كالنكاح، فعلى هذا يستطعن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وان كان المؤجر قد قبض الاجر كانه حسيه عليه من الثمن ان كان من جنس الثمن

(فصل) فان رد المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة وبقاتها فلو استأجر انسان من أبيه داراً ثم مات الاب وخلف ابنين (أحدهما) المستأجر فلدار بينهما نصفين والمستأجر أحق بمنفعتهما لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك أو بحكم الاجارة وما عليه من الاجارة بينهما نصفين، فان كان ابوه قد قبض الاجر لم يرجع على أخيه بشيء منه ولا على تركة أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفاً مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي بطلت الاجارة فيها اذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره

(فصل) فان اشترى المستأجر العين فوجدها معيبة فردها فان قلنا لا تنسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع، وان قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين

(فصل) إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكة فعليه ضمانه لانه فوته على مالكة . قال أحمد بغيرم القصار ولا يسع المدفوع اليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار وبطالبه بثوبه ، فان لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن ارش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجوداً ، وان هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان (إحداهما) يضمنه لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لم يمكنه رده فأشبهه مالو عجز عن دفعه لمرض (فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكرون المظال أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرقة أو بذهاب هل يضمن ؟ قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم في هذا خلافاً وذلك لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخاءته سنة أو قبض الزوج امرأته الامه ، وبخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رده بغيره وليس عليه الرد أو ما إليه في رواية ابن منصور ، فقيل له إذا اكرى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال أحمد : من استعار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجب في الاجارة والوديعة ، ووجهه أنه قد لا يقتضي الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعة . وشارك العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة

فان كان المشتري أجنبياً فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر وإذا سقط العوض عاد اليه الموضع ، ولان المشتري ملك العين مسلوقة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه ما لم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحققت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قال شيخنا ولا يصح هذا القياس لان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها فاذا كان له عرض المنفعة المستقبلية فزال بانفسخ رجوع اليه بعوضها وهو المنفعة ، ولان منفعة البضع لا يجوز أن يملك بغير ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت إلى البائع للملك بغيرها ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) وإذا وقعت الاجارة على عين كن استأجر عبداً للخدمة أو الرعي فتاب انفسخ العقد وقد ذكرناه وإن خرجت العين مستحقة تبيننا أن العقد باطل وان وجد بها عيباً فردا انفسخ العقد أيضا ولم يملك إبداله لان العقد على معين فنثبت هذه الاحكام كن اشترى عينا ، وإن وقعت على عين وصوفى في الذمة انعكست هذه الاحكام فنسلم اليه عينا تلفت أو خرجت مقصوبة أو وجد بها عيباً فردا لم تنفسخ الاجارة

كالوديعة ان تلفت من غير تفریط فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم بضمن لانه
بند انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها
ولما انها امانة أشبهت الوديعة ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فانها مضمونة في
كل حال بخلاف مسئلتنا ولانه يجب ردها، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان
امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمقصوبة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه يناقض مقتضى العقد ،
وهل تفسد الاجارة به؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في اليمين . قال أحمد فيما اذا شرط ضمان
العين : الكراء والضمان مكروه . وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بال ضمان ،
وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكثري بضمان الا انه من شرط على كرمي انه لا ينزل بناءه بطن
واد أو لا يسير به ايلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حل في ذلك التعدي فهو
ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وان شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصبره
الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا يفتني ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد انه سئل عن ذلك فقال المسلمون
على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه اقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون على
شروطهم ، فأما ان أكره عينا شرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن

ولزم المؤجر ابدالها لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه لم يؤثر ذلك في ابطال العقد كما لو اشترى
بشعر في الذمة على ما قرر في موضعه، فان قيل فقد قلتم فيمن ا كثرى جملا ليركبه جاز أن يركبه
من هو مثله ولو ا كثرى أرضا لزرع شيء . بعينه جاز لزراع ما هو مثله أودونه في الضرر فلم قلتم اذا اشترى
جملا بعينه لا يجوز أن يبدله قلنا : المعقود عليه منفعة العين فلم يجوز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كما لو
اشترى عينا لا يجوز ان يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه انما هو مستوفى المنفعة وانما يشترط
معرفة انتقدر به المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فانما يعين ليعرف به قدر
المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء . بغيرها كما لو وكل اشترى غيره في استيفاء المبيع الا ترى أنه لو تاف
البعير أو الارض انفذت الاجارة ولو مات الراكب أو تاف البذر لم تنفذ وجاز أن يقوم
غيره مقامه فافترقا .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا ضمان على الاجير الخاص وهو الذي يسلم نفسه الى المستأجر

فما تلف في يده الا ان يتعدى)

وجمك ان الاجير على ضربين خاص ومشترك : فالخاص الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة
يستحق المستأجر نفعه في جميعها كن استؤجر لخدمة أو خياطة أو رعاية شهراً أو سنة، سمي خاصاً
لان المستأجر يختص بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس والمشترك الذي يقع العقد به على عمل معين

القافلة أو لا يحمل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشبه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لأنه متعدد لشرط كرهه فضمن ما تلف به كالمو شرط عليه أن لا يحمل عليها الا ففيزاً لحمل اثنين (فصل) وان كانت الاجارة فاسدة لم بضمن العين أيضا اذا تلفت بغير تفريط ولا نهد لأنه عقد لا يقتضي الضمان صحيجه فلا يتنضيه فاسده كالوكالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيجه فما وجب الضمان في صحيجه وجب في فاسده وما لم يجب في صحيجه لم يجب في فاسده

(فصل) والمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها بالاجام للاستصلاح ويحتملها على السير ليأحق القافلة ، وقد صح أن النبي ﷺ نخص بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يخرش بعيره بحجته والمراض ضرب الدابة لتأديب وترتيب المشي والعدو والسير والمعلم ضرب الصبيان لتأديب ، قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوق بحجده الضرب واذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم بضمن ما تلف وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة بضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في الملم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا انه تلف من فعل مستحق فلم بضمن كالمو تلف تحت الخيل ولان الضرب معنى تضمنه عقد

كخياطة ثوب أو بناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحل والطبيب سمي مشتركا لانه يتقبل أعمالا لائنين أو أكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعة فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته ، فاما الاجير الخاص فلا ضمان عليه ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهناني رجل أمر غلامه بكيال لرجل بزراً فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا القصار مشترك قيل فرجل أكثرى رجلا بستانتي ما فكسر الجرة ؟ فقال لا ضمان عليه قيل له فان أكثرى رجلا بحرث له على بقرة فكسر الذي بحرث به ؟ قال لا ضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر أن جميع الاجراء بضمنون وروى في مسنده ان عليا كان بضمن الاجراء ويقول لا يصلح للناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم بضمن ما تلف به كاتقصاص وقطع يد السارق وخبر علي مرسل والصحيح فيه أنه كان بضمن الصباغ والصواغ وان روي مطمئناً حمل على هذا فان المطلق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه الى ما أمره به فلم بضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب . فاما ما تلف به يديه فغايه ضمانه مثل الخبز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف به يديه فضمن كغير الاجير

(فصل) وان استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصاً كالخياط في دكان به تاجر أجيراً مدة يستعمله

الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كلاركوب، وفارق غير المستأجر لانه متعد، وقول الشافعي: يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه ولو امكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب اذ فيه ضرر وابلام مستغنى عنه. وان أسرف في هذا كله أو زاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لاعقل اءمن الصبيان فعليه الضمان لانه متعد حصل اتلاف بعدوانه

(مسئلة) قال (ولا ضمان على حجام ولاختان ولا متطبب اذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم)

وجلته ان هؤلاء. إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين [أحدهما] أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لانه اذا لم يكن كذلك لم يحمل له مباشرة القطع واذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالتقطع ابتداء [اثنائي] أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع، فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعاً ما ذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق أو فعل فعلا مباحا ما ذونا في فعله أشبه ما ذكرنا، فأما ان كان حاذقا وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان الى الحشفة أو الى بعضها أو قطع في غير محل القطع أو يقطع السلعة من انسان فيتجاوزها أو يقطع بألة كالة بكثر أليها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشياء هذا ضمن فيه كله لانه إتلاف لا

فيها فيقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفنه الى أجبر فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجبر خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجبر مشترك

(مسئلة) (ويضمن الاجبر المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله)

قد ذكرنا ان الاجبر المشترك هو الصانع الذي لا يختص المستأجر بنفعه فيضمن ما جنت يده كالحائك اذا أفسد حياكته فهو ضامن لما أفسد نص عليه أحمد في رواية ابن منصور والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن لما يسقط من حملة عن دابته أو تلف من عثرته والحمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حملة والملاح يضمن ما تلف من مدة أو جذفه أو ما يعالج به السفينة، روي ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشریح والحسن والحكم، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد قول الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يمتد قال الزبير هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به يروي ذلك عن عطاء وطارس وزفر ولانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم نصر مضهونة كالمعين المستأجرة

ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الاتي ذلك وروي الشافعي باسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه انلاف المال ولان هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالتقطع ابتداء
وكذلك الحكم في النزاع والقاطم في القصاص وقاطم يد السارق ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب
الرأي ولا نعلم فيه خلافا

(فصل) وان ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير اذن
وليّه فسرت جنايته ضمن لانه قطع غير مأذون فيه وان فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله
من اذنا له لم يضمن لانه مأذون فيه شرعا

(فصل) ويجوز الاستئجار على الختان والمداراة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافا ولانه فعل يحتاج اليه
مأذون فيه شرعا فجاز الاستئجار عليه كسائر الافعال المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه وأجره مباح وهذا اختيار أبي الخطاب وهذا قول
ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة وبجى الانصاري
ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يباح أجر الحجام وذكر أن احمد نص عليه في مواضع
وقال أعطي شيئا من غير عقد ولا شرط فله أخذه وبصرفه في علف دوابه وطعمة عبيده ومؤنة صناعته
ولا يعمل له أكل ، وعن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنضبي وذلك لان النبي ﷺ
قال « كسب الحجام خبيث » رواه مسلم وقال « اطعمه ناضحك ورقيةك »

ولان عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعقدان بقطع عضو
بخلاف الاجير الخاص والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وان الثوب لو
تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فانه
إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وان لم يعمل وما عمل فيه من شيء فتلف
من حرزه لم يستأجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي ان الاجير المشترك انما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه كالحياز يجزى
في تنوره والقصار والحياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازا فخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً
ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرض لانه سلم نفسه الى المستأجر فصار كلاجير الخاص
ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكبا على الدابة فوق حمله فغضب الحمل لا ضمان على
الملاح والمكاري لان بد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف
حملة لم يضمن الجمال لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا قال أصحاب
الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أو اكتره ليعمل له شيئا وهو معه لم يضمن
لان يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكما عمل شيئا صار مسلماً
اليه ، وظاهر كلام الحرقي أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل
(المغنى والشرح الكبير) (١٦) (الجزء السادس)

وانا ماروي ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراما لم يعطه متفق عليه . وفي لفظ لو علمه خبيثا لم يعطه ، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلمها أن يكون من أهل القرية فجاز الاستنجار عليها كالبنا، والحياطة ، ولأن بالناس حاجة اليها ولا نجد كل أحد متبرعا بها فجاز الاستنجار عليها كالرضاع وقول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على اباحة كسبه إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فان الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمة الله تعالى كما يحرم على الاحرار وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استنجار بحكم لا دليل عليه وتسميته كسبا خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمي النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع اباحتهما

وإنما كره النبي ﷺ ذلك لحر تنزها لنداء هذه الصناعة وليس عن أحد نص في تحريم كسب الحجام ولا الاستنجار عليها ، وإنما قال نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاه وقال « أعلفه الناضح والرقيق » وهذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحا في تحريمه بل فيه دليل على اباحته كما في قول النبي ﷺ وفعله على ما ينيران إعطاءه الحجام دليل على اباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيه إياها وبمكنتهم منها ، وأمره بالطعام الرقيق منها دليل على اباحة فيتعين حمل نهيها عن أكلها على الكراهة دون التحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله وإنما قصد انبأه

حاضرا عنده أو غائبا أو كونه مع الملاح أو الجمل أولا ولذلك قال ابن عقيل ما تلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المسكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعديوان ، ولان جناية الجمل والملاح إذا كان صاحب المتاع راكبا معه تعم المتاع وصاحبه وتفريطه بهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انسانا مترسا فكسر ترسه وقتله ، ولان الطيب والختان اذا جنت يدها ضمنا مع حضور المطيب والختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان جمالا يحمل على رأسه ورب المتاع معه فمترسقط المتاع فتلف ضمن وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنائه والمرقة ليست من جنائنه ورب المال لم يحمل بينه وبينه وهذا يقتضي أن تلفه بجنائه مضمون عليه سواء حضر رب الما أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى لان الفعل في ذلك المسكن مقصود لفاعله والسقطه من الجمال غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فتم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستأجر على حمله عبدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المسكاري فيما تلف من سوته وقوده إذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة ، والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الحيوانات وما ذكره ينتقض بجناية الطيب والختان

ﷺ وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل كلامهم على هذا ولا يكون في المسئلة قائل بالتحريم واذا ثبت هذا فانه يكره لحرر أكل كسب الحجامة ويكره تعلم صناعة الحجامة واجارة نفسه لها لما فيها من الاخبار ، ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح وعلى هذا يحمل قول الائمة الذين ذكرنا عنهم كراهتها جميعا بين الاخبار الواردة فيها وتوفيقا بين الادلة الدالة عليها والله أعلم

(فصل) فأما استنجار الحجامة لغير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة اليه فجاز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجامة خبيث » يعني بالحجامة كما نهى عن مهر النبي أي في البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف وهذا النهي يخالف للقياس مختص بالمحل الذي ورد فيه ولان هذه الامور تدعو الحاجة اليها ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها وأخذ الاجر عليها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لانه عمل جائز ويمكن تسليمه ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله مرة في كل يوم أو مرتين فأما ان قدرها بالبرء فقال القاضي لا يجوز لانه غير معلوم

وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطيب على البرء لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء والصحيح ان شاء الله أن هذا يجوز لكن يكون جمالة لا اجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة أو

(مسئلة) (ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ولا اجرة له فيما عمل فيه وعنه بضمن) اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفریط فروي عنه لا يضمن في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي ، وروي عن أحمد ان كان هلاكة بما استطاع ضمنه وان كان غرقا أو عدرا غالبا فلا ضمان عليه قال أحمد في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال ابو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه انما أوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الوديمة في رواية إنه يضمن اذا ذهب من بين ماله فاما في غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمن بما اذا أتلف من بين ماله يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولانه إذا لم يكن منه تفریط ولا عدوان لم يجب عليه الضمان كما لو تلف بأمر غالب ، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بغيره فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولانه قبضها باذن مالئها لنفع يعود اليها فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وبخالف العارية فانه يتفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فنخص محل النزاع بالقياس عليها . إذا ثبت هذا

أو عمل معلوم فأما الجمالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جمالة فيجوز ههنا مثله . إذا ثبت هذا فإن الكحل إن كان من العليل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كالابن في البناء والطين والآجر ونحوها ، وإن شرطه على الكحل جاز وقال القاضي بمحتمل أن لا يجوز لأن الأعيان لأئمة بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العليل كبن الحائط ولنا أن العادة جارية وبشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالكيفية فجاز ذلك كالصبيغ من الصباغ والابن في الرضاع والحبر والاقلام من الوراق وما ذكره ينتقض بهذه الاصول ، وفارق ابن الحائط لأن العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجره ليبني له حائطا والآجر من عنده لأنه اشترط ما يتم به الصنعة التي عقد عليها فإذا كان مباحا معروفا جاز كما لو استأجره ليصنع ثوبا والصبغ من عنده

ولنا أن عقد الاجارة عقد على المنفعة فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعة ، ويفارق الصبيغ وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية اليه لأن تحصيل الصبيغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبيغ لا يحصل الا في حيث يحتاج إلى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبيغ هذا الثوب فجاز لميسس الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

فانه لا أجر له فيما عمل فيها لانه لم يلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(مسئلة) (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا نزاع ولا طيب إذا علم منهم حذق ولم تكن أيديهم)
وجملة ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين (أحدهما) أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم لانه إذا لم يكن كذلك لم تحمل له مباشرة القطع فإذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وقد قال النبي ﷺ « من تطيب بغير علم فهو ضامن » رواه أبو دارد (والثاني) أن لا ينجي أيديهم في تجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق ، فاما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن يجاوز قطع الختان الى الحشفة أو إلى بعضها أو يقطع في غير محل القطع أو قطع ساعة من انسان فتجاوز بها موضع القطع أو يقطع بألة كالة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لانه اتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه اتلاف المال ولانه فعل محرر فيضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وكذلك الحسك في النزاع والقاطم في القصاص وقاطم يد السارق وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً
(فصل) فان ختن صبياً بغير اذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير

(فصل) وإذا استأجره مدة فحمله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك أنه لا يستحق أجره حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لحياطة قبص فلم يتمه فيه ، وإن برئت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لانه قد تعذر العمل فأشبهه مالو حاجر عنه أمر غاب وكذلك لو مات فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما إن شارطه على البره فانه يكون جماله فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البره سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برى بغير كراهه أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجمالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير الجمال فلا شيء له ، وإن فسخ الجمال الجمالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحال فلا شيء له لانها جمالة فثبت فيها ما ذكرناه

(فصل) ويجوز ان يستأجر طبيباً ليدأبه ، والكلام فيه كالسكالم في الكحال سواء إلا أنه لا يجوز اشترط الدواء على الطبيب لان ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى ههنا فثبت الحكم فيه على وفق الاصل والله أعلم

إذن وليه فسرت جنابته ضمن لانه قطع غير مآذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذنا له لم يضمن لانه مآذون فيه شرعا

(مسألة) (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

يصح استنجار الراعي بغير خلاف علمناه وقد أجر مومى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت ذلك فانه لا يضمن ما تلف من الماشية إذا لم يتعد أو يفرط في حفظها لانعلم فيه خلافاً إلا ما روي عن الشعبي انه كان يضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد ولا تفريط كالمودع ولانه قبض العين بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة ، فاما ما تلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن الماشية أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف في ضربها أو يضربها في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو يسلك بها موضعاً تعرض فيه لقتل وأشباه هذا مما يعد تفريطاً وتعدياً فتتلف به فيضمنها لانها تلفت بعدوانه فيضمنها كالمودع إذا تعدى ، فإن اختلفنا في التعدي وعدمه فالتقول قول الراعي لانه أمين وإن فعل فعلاً اختلفنا في كونه تعدياً رجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد انه لا يقبل قوله ويضمن والصحيح الاول لان الامناء يقبل قولهم كالمودع ، ولانه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب أشبه المودع وكذلك اذا ادعى موتها ولم يأت بجلدها

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلم نمرسه لانها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالخنان فان أخطأ فقلع غير مأسر بقلعه ضمنه لانه من جنائته ، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان الاف جزء من الآدمي محرم في الاصل وإنما أبيع اذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض الي كل انسان في نفسه اذا كان أهلاً لذلك وصاحب الضرس أعلم بضرته ومنفعته وقدر المدة

(فصل) ومن استؤجر على عمل موصوف في الذمة كحياطة أو بناء أو قلع ضرس فيذل الاجير نفسه للعمل فلم يمكنه المتأجر لم تستقر الاجرة بذلك لانه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبدل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها ، ويفارق حبس الدابة مدة الاجارة لان المدايم تلفت تحت يده بخلاف مستلنا

(مسألة) قال (ولا ضمان على الراعي اذا لم يتعد)

لاننا خلافاً في صحة استئجار الراعي وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شبيب أنه قال (اني أريد أن أنكحك احدي ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وقد علم أن موسى عليه السلام انما

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان السلم لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقد على معينة كأنه شاة معينة فذكر أصحابنا أنه يتعاق بأبياتها كما لو استأجره لحياطة ثوب بهينه فلا يجوز ابداله ، ويبطل العقد بتلفها فان تلف بعضها بطل العقد فيه وله أجر ما بقي بالحصه ، وإن ولدت لم يكن عليه رعي سخاها لانها زيادة لا يتناولها العقد وبمحتمل أن لا يتعلق باعيانها لانها ليست المقود عليها إنما تستوفي المنفعة بها فأشبهه مالو استأجر ظراً ليركبه فله أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله وإنما المقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الاجرة اذا سلم نفسه وإن لم يروع ، ويفارق الثوب في الحياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشتتها بخلاف الرعي . فلي هذا له ابدالها بمثلها وإن تلف بعضها لم ينسخ العقد فيه وكان له ابداله .

(فصل) فان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه اطلاقاً أو بقرأ أو غنماً أو أضاًناً أو معزاً وان أطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاني لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً إلا أن يقع العقد في مكان يتناولها الاسم فيحتاج الى ذكر نوع ما يرفع منها كالقلم لان كل نوع له أثر في اتعاب الراعي ويذكر الكبير والصغر فيقول كباراً أو صفاراً أو عجاجيل أو فصلانا إلا أن يكون ثم قربنة أو عرف صارف الى بعضها فيكتفي بذلك ، ومتى عقد على عدد موصوف كاللثة لم يجب عليه رعي زيادة من سخاها ولا من غيرها ، وان أطلق ولم يذكر

أجر نفسه لرعاية الغنم . اذا ثبت هذا فانه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية ما لم يتعد ولا نعلم فيه خلافا إلا عن الشعبي فانه روي عنه أنه ضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالودع ولاها عين قبضها بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة فأما ما تلف بتمديه فيمضنه بنفسه بخلاف مثل أن ينم عن السائمة أو يعفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضربا يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو سلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف وأشياء هذا مما يعد تقريبا وهديا فتتلف به فعليه ضمانها لانها تلفت بهدوانه فضمنها كالودع اذا تعدى ، وإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لانه أمين ، وإن فعل فعلا اختلفا في كونه تعديا رجع الى أهل الخبرة ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قوله ، والصحيح الاول لان الامنا تقبل أقوالهم كالودع ولانه يتعذر عليه اقامة البينة في الغالب فأشبهه المودع كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتي بجدها

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقد على معينة فذكر أصحابنا انه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لحياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ويبطل العقد بتلفها وان تلف بعضها بطل عقد الاجارة فيه وله أجر ما بقي

عددا لم يجوز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، والاول أصح لان العادة في ذلك تختلف وتبين كثيرا والعمل يختلف باختلافه

(مسألة) (واذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه) لانه لم يرهنه عنده ولا اذن له في امساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(مسألة) (فان أتلف الثوب بعد عمله خير المالك بين تضمينه اياه غير معمول ولا اجرة له وبين تضمينه اياه معمولاً ويدفع اليه الاجرة)

وكذلك لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه ولا اجرة له ، وبين تضمينه اياه في الموضع الذي أفسده وبعطيه الاجرة الى ذلك المكان ، وانما كان كذلك لانه اذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لانه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة به عرضه حينئذ ، وان أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه وما سلم اليه فلا يلزمه

(فصل) اذا أخطأ القصار فدفع الثوب الى غير مالكه فعليه ضمانه لانه فوته على مالكه قال أحمد يفرم القصار ولا يسم المدفوع اليه لبسه اذا علم أنه ليس بثوبه وبرده الى القصار وبطالبه بثوبه فان لم

منها بالحصة ، وان ولدت سخالا لم يكن عليه رعيها لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لأنها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها فأشبهه ما لو استأجر ظهراً لركبه جاز أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً يسكنها جاز أن يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثلها في الضرر أو أدنى منها ، وإنما للمعقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الاجر اذا سلم نفسه وان لم يرع ، ويفارق الثوب في الحياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشتقتها بخلاف الرعي . فلي هذا له ابدالها بثانها وان تلف بعضها لم يفسخ العقد فيه وكان له ابداله وان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا يد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلا أو بقرأ أو غنماً أو ضأناً أو معزاً وان اطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبيخاتي لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً وان وقع العقد في مكان يتناولها اطلاق الاسم احتاج الى ذكر نوع ما يراه منها كالقعم لان كل نوع له أثر في انساب الراعي ، ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو سخالا أو عجائب أو نصلنا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيقضي عن الذكر ، واذا عقد على عدده موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لامن سخالها ولا من غيرها ، وان اطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي بصح وبحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها وهو قول بعض أصحاب الشافعي والاول اصح لان العادة في ذلك تختلف وتباین كثيراً اذ العمل يختلف باختلافه

يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعاً وضمن أرش القطع وله مطالبته بثوبه ان كان موجوداً وان هلك عند القصار ضمنه في إحدى الروايتين لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لا يمكنه رده فأشبهه ما لو عجز عن دفعه لمرض

(فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها ذل الاثر سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكررون الخيمة إلى مكة فنذهب من المكثري بسرق هل يضمن قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لا يضمن ولا نعلم في هذا خلافاً لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الامة وبخالف العاربية فانه لا يستحق منفعتها واذا انقضت المدة فعليه رفع يده عنها وايس عليه الرد أو ما اليه في رواية ابن منصور قيل له إذا كثرت دابة او استعار او استودع فليس عليه أن يحملها فقال أحمد من استعار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العاربية ولم يوجبها في الاجارة والودعة ووجه ذلك أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده وموثته كالودعة بخلاف العاربية فان ضمانها يجب فكذلك ردها . وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالودعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه وهو قول بعض الشافعية ، وقول بعضهم يضمن لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكه أشبه العاربية المؤقتة بعد وقتها

(فصل فيما تجوز اجارته) تجوز اجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الاصل كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والحياض والحمام والمخامل والسرير والاعجام والسيف والرمح واشباه ذلك وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز اجارته في مواضعه وتجرى اجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وهذا قال انثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد أنه قال في اجارة الحلي ما أدري ما هو ؟ قال القاضي هو محمول على اجارته باجرة من جنسه فاما بغير جنسه فلا بأس به لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في اجارة الحلي والثياب ما هو من المشتبهات ولعله يذهب الى أن المنصرف بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بانها تحك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وان كانت يسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما تجوز اجارته والزينة من المقاصد الاصلية فان الله تعالى اثنى بها علينا بقوله تعالى (تبركوا بها وزينة) وقال تعالى (قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال الحائضين الى التزين المزوج وأسقط الزكاة عن حايضين وهو ناهن على اقتنائه وما ذكره من نقصها بالاحتسك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لافي مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة إنما هو عوض

ولما أنها أمانة أشبهت الرديعة ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها، أما العارية فانها مضمونة بكل حال بخلاف مسئلتنا ولأنه يجب ردها ومتى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان امتنع من ذلك لغير عذر صارت مضمونة كالمضونة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستاجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه يناهض مقتضى العقد وتفسد به الاجارة في أحد الوجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع قال أحمد فيما اذا اشترط ضمان العين الكراء والضمان مكروه ، روي الاثرم باسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا يكره بضمان إلا أنه من شرط على كرمي ألا ينزل بمناعه بطن واد ولا يسير به ليلا مع اشياء هذه الشروط فتعدي ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فاما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وان شرطه لم يصح لان ما لا يجب ضمانه لا يصير مضموناً بالشرط وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال : المسلمون على شروطهم وهذا يدل على وجوب الضمان بشرطه وسند كذا في العارية فاما ان أكره عيناً وشرط أن لا يسير بها في الليل أو وقت القافلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها وأشياء هذا مما فيه غرض يخالف ضمن لانه متعدد لشرط كرميه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه ألا يحمل الا قفيزاً تحمل قفيزين ، وحكم الاجارة الفاسدة حكم الصحيحة في أنه لا يضمن اذا تلفت العين من غير تفريط ولا تعد لانه عقد لا يقتضي

المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد التقدين بالآخر لافضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم

(فصل) وتجوز اجارة الدرهم والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لا تجوز اجارتها لان هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا نضمن منفعتها بفسادها فأشبهت الشمع

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به الا بما أناف عينه . اذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يستأجره له وعينه فحسن ، وإن أطلق الاجارة فقال أبو الخطاب تصح الاجارة وينتفع بها فيما شاء منهما لان منفعتها في الاجارة معينة في التحلي والوزن وهما متفاران فوجب أن تحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كما تستأجر الدار مطلقا فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها ، وقال القاضي لا تصح الاجارة وتكون قرضا وهذا مذهب أبي حنيفة لان الاجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المتباد بالدرهم والدنانير إنما هو باعيانها فاذا أطلق لا انتفاع حمل على الانتفاع المتباد

وقال أصحاب الشافعي لا تصح الاجارة فلا تكون قرضا لان التحلي ينتصها والوزن لا ينتصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لانه قرض تمليك لا قرض الاجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولان التسمية والاقطاط تؤخذ تقلا ولم يعد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض وقول أبي الخطاب أصح ان شاء الله لان العقد متى الضمان صحيحه فلا يفتضيه فاسده كلو كالة وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان وعدمه حكم صحيحه

فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده وما لا فلا

(مسألة) (اذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة او كبها او الرأض الدابة لم يضمن)

وجملة ذلك ان المستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة ويكبها بالاجام الاستصلاح ويحتمل على السير يلحق القافلة فقد صح أن النبي ﷺ فحس بعير جبار وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يجرش بعيره بمحجنه ، وللرأض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشي والعد واليسير

(مسألة) (وكذلك الماعلم إذا ضرب الصبي للتأديب)

قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب الماعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجمده الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومتى ضرب من هؤلاء كلهم الضرب المأذون فيه لم يضمن ماتلف في الدابة وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لأنه تاف بجنايته فضمن كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعي في الماعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالتلف نحت الحمل ولان الضرب يعني تضمينه الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستأجر لانه متعد ، وقول الشافعي يمكن التأديب بغير

أمكن حمله على الصحة كان أولى من افساده وقد أمكن حمله على اجارنها للجملة التي تجوز اجارتها فيها وقول القاضي لا يصح لان الاجارة انما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لأثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلاً ليجنف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكره في الأمان

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استنجارها لذلك فكذلك اذا كانت نابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في احدهما يجوز في الاخرى ولانها شجرة فجاز استنجارها لذلك كالمنفعة، ولانها منفعة مقصودة يمكن استيفائها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولانها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استنجارها لها كالحبال والحشب والشجر المقطوع (فصل) ويجوز استنجار غنم لتدرس له طينا أو زرعاً ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لانها منفعة

غير مقصودة من هذا الحيوان فاشبهت النخيل

ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فاشبهت استنجار البقر لدياس الزرع

(فصل) ويجوز استنجار ما يبقى من الطيب والصندل واقطاع الكافور والنداء لشمه المرضي

وغيرهم مدة ثم برده لانها منفعة مباحة فاشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من اخلاق ويلي

الضرب لا يصح فان العادة خلافه ولو أمكن التأديب بغير الضرب لما جاز الضرب إذ فيه إيلاام لا حاجة اليه فان أمر في هذا كانه اوزاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لانه متعدد حصل التلف بعدوانه، وحكم ضرب الرجل امرأته في التشوز على ما ذكرنا قياساً على الصبي

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في تفصيله قبا، قال بل قيصا فالقول قول الخياط نص عليه)

اذا اختلف المؤجر والمستأجر فقال أذنت لي في قطعه قبص امرأة قال يل أذنت لك في قطعه قبص رجل أو قال أذنت لي في قطعه قيصا قال بل قبا، أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهذا قول ابن أبي ليلى وقال مالك وابو حنيفة رابو ثور القول قول صاحب الثوب واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كاللذهبين ومنهم من قال له قول ثالث أهم ما يتحالفان كالتبايعين بخلافه ان في الثمن ومنهم من قال الصحيح ان القول قول رب الثوب لانهما اختلفا في صفة اذنه والقول قوله في أصل الاذن فكذلك في صفة ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفة فكان القول قول المأذون له كالمضارب إذا قال :

أذنت لي في البيع نساء، فأنكره ولانها اتفقا على ذلك الخياط القطم والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل ماملوكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ : لقد أذنت لي

(فصل) وتجوز اجارة الحائط ايضاً عليها خشباً معلوماً مدة معلومة ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدر على تسليتها واستيفائها فجاز عقد الاجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه .

(فصل) ويجوز استئجار دار يتخذها مسجداً يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بمقدار اجارة بهمال فلا تجوز الاجارة لذلك ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالمسكن ويفارق الصلاة فانها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد

(فصل) وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليرسقي منها أياماً معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الاباحة والله الموفق (فصل) ويجوز استئجار الفهد والبازي والصمر للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعاً مباحاً تجوز اعارته له فجازت اجارته له كالدابة وتجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز اجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك

(فصل) وما لا تجوز اجارته أقسام [أحدها] ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعم والمشروب والشمع ليشعله ، لان الاجارة عقد على المنافع وهذه لا ينتفع بها إلا بالتلاف عينها فان

في قطعه قبا ، وصبغه أحمر ، ويسقط عنه الغرم ويستحق أجر المثل لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يجب بيمينه ، ولان النبي ﷺ قال : لو بعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولينكس الذين على المدعى عليه أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فانما يعترف رب الثوب بتسميته أجراً لقطعه قيصاً أو صبغه أسود ، وأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قبا ، ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ أجر لانهما فعلاً غير ما أذن لهما فيه ، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن احمد أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الاقبية والسواد فانقول قوله وعلى الصانع غرم ما تقصى باقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب الثوب تدل على صدقة فترجع دعواه بها كما لو اختلفت الزوجات في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصاح له ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته فعلى هذا يحلف رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قبا ويكفي هذا لانه ينتفي به الاذن فيصير قاطعاً لغير ما أذن فيه فاذا كان القبا مخيطاً بخيوط المالك لم يملك الخياط فقه وكان للمالكه أخذه مخيطاً بلا عوض لانه عمل في ملك غيره عملاً مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لأنها عين ماله ولا يلزمه

استأجر شـمعة يسرحها ويرد بـتينها وعن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لأنه يشمل بيماً وإجارة وما وقع عليه البيع مجبول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان ، ولو استأجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئاً لم يجز لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزاً لينظر إليه ، وكذلك لو استأجر طعاماً ليتجمل به على ما تده ثم برده لم يجز لما ذكرنا وهكذا سائر الأشياء ، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرباحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لانها تلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الابل والبقر ليأخذ لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرها أو شيئاً من عينها

(فصل) ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر وخرج أبو الخطاب وجهاً في جوازه لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو اليه فجاز كإجارة الظئر للرضاع والبر ليسقي منها الماء ، ولانها منفعة تستباح بالاعارة فتستباح بالإجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عصب الفحل متفق عليه وفي لفظ نهى عن ضراب الجمل ، ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عمد الإجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها

أخذ قيمتها لانها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة فان اتفقا على تعويضه عنها جاز لان الحق لها وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطاً حتى إذا سلمه عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الإجابة إلى ذلك لأنه انتفاع بملكه وحكم الصباغ في قاع الصبغ إن اختاره وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الصباغ على ما يأتي في بابه

قال شيخنا والذي يقوى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم وما قاسوا عليه فيما إذا قال المضارب أذنت لي في البيع نساء فأنكر رب المال ان القول قول المضارب ممنوع (فصل) إذا دفع إلى خياط ثوباً فقال : ان كان يقطع قيصاً فانقطعه ، فقال : هو يقطع وقطعه ، فلم يكف ضمانه ، أو قال أنظر هذا يكفيني قيصاً ؟ قال نعم ، قال انقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المستثنين لأنه لو كان غره في الاولى لسكان قدره في الثانية .

ولنا أنه إنما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية اذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغيره بل لعدم الاذن في قطعه لان اذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذاً في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية .

(فصل) فان أمره أن يقطع الثوب قيص رجل فقطعه قيص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحاً

وهذا أولي فان هذا الماء محرم لاقية له نلم يجوز أخذ العوض عنه كالايتة والدم وهو مجهول فأشبهه الابن في الضرع ، فأما من أجازته فيذني أن بوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقيل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لان من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وان اقتصر على مقداره فرعا لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتعين التدبير بالفعل الا أن يكثري فخلا لا أطراق ماشية كثيرة كفحل بركة في إبله أو نيس في غنمه فان هذا إنما يكثري مدة معلومة ، والمذهب انه لا تجرز إجارته فان احتاج انسان الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء ولبس المطرق أخذه ، قال عطاء لا يأخذ عليه شيئا ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز ككسراه الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه ، وإن أطرق انسان فحله بغير اجارة ولا شرط فاهدت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لانه فعل معروفنا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية

(فصل) [القسم الثاني] ما منعت محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحبه وأبو ثور وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجوز الاستئجار عليه كاجارة أمته الزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز

ومتطوعا لان هذا قطع غير مأذون فيه فأشبهه ما لو قطعه من غير إذن وقيل يفرم ما بين قبص رجل وقبص امرأة لانه مأذون في قبص في الجملة والاول أصح لان المأذون فيه قبص مرصرف بصفة فاذا قطع قبصا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا بائده القطع ولذلك لا يستحق على القطع أجرا ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) إذا دفع إلي حائك غزلا فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع فحج زائدا على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لانه غير مأثور بها وعليه ضمان ما نقص الغزل المنسوج فيها فاما ما عدا الزائد فينظر فيه فان كان جاءه زائدا في الطول وحده ولم ينقص الاصل بالزيادة فله ما سمي له من الاجر كما لو استأجره أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين وإن جاء به زائدا في العرض وحده أو فيها ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لامر الاستأجر فلم يستحق شيئا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ما أمر به فأشبهه زيادة الطول ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض فاما ان جاء به ناقصا في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضا وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فأشبهه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع (والثاني) له بمحضته

ولنا انه انتفاع بمحرم فاشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستنجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك . ولا يجوز الاستنجار على حمل الخمر لمن بشر بها ولا على حمل خنزير ولا مينة لذلك وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجوز لان العمل لا يتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز ولانه لو قصد إراقتة او طرح الميتة جاز

وقد روي عن أحمد بن حنبل في حمل خنزير أو بيته أو خراً انصراني أكره أكل كراته ولكن يقضى للحمل بالكراهة فإذا كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الاجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كراته وإذا كان لمسلم فهو أشد ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لانه استنجار لفعل محرم فلم يصح كثرنا ولان النبي ﷺ امن حاملها والمحمولة اليه . وقوله لا يتعين يبطل باستنجار أرض ليتخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لاراقنتها والمينة لطحها والاستنجار فكيف فجاز لان ذلك كله مباح وقد استأجر النبي ﷺ أباطية لحججه ، وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يؤجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الخمر

(فصل) ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » ونهى الحر عن أكله فهذا أولى ، وقد روي عن ابن عباس أن رجلاً

من المسمى كمن استؤجر غلى ضرب ابن فضر ببعضه وبمحتمل انه ان جاء به ناقصاً في العرض فلا شيء له وإن كان ناقصاً في الطول فله محصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض وإن جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضين يتخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النسيج ومطالبته بمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد وبمحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يدلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالتقصير وينتفع بالتقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله ولنا انه وجد عين ماله فلم يكن له مطالبته بعرض كما لو جاء به زائداً في الطول وحده فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب صفيحاً فندسجه خمسة عشر فصار خفيفاً أو بالعكس فلا أجر له بحال وعليه ضمان نسج الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا اختلف المتكاريان في قدر الاجر فقال أجرتها سنة بدينار قال نبل بدينارين تحالفا ويبدأ يمين الأجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فاذا انحالما قبل مضي شيء من المدة فسحنا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وان رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أفر العقد وان فسحنا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ورجب أجر المثل كما لو اختلفنا في المبيع

حجج ثم أنه فقال أي رجل أكنس فما ترى في مكسي؟ قال أي شيء. تكنس؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت؟ قال نعم قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث أو نحو هذا ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ولأن فيه دناءة فكم كالحجامة فاما الاجارة في الجملة فمجازة لان الحاجة داعية اليها فلا تندفع بدون إباحة الاجارة فوجب اباحتها كالحجامة

(فصل) ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة، وقال أبو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه أصحابه واختلف أصحابه في تأويل قوله

ولنا أنه فعل محرم فلم يجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفجور ولو ا كثرى ذي من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فالصاحب الدار منعه، وبذلك قول الثوري، وقال أصحاب الرأي ان كان بيتك في السواد والجبل فله أن يفعل ما شاء

ولنا أنه فعل محرم جاز المذم منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة (فصل) القسم الثالث ما يحرم بيعه الا الحر والوقف وأم الولد والمدير فانه يجوز اجارتها وان حرم بيعها وما عدا ذلك فلا يجوز اجارته سواء كان ممن لا يقدر على نسيامه كالعبد الآبق والجمل الناد والبيعة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انقضاءه منه فانه لا يجوز اجارته

بعد ذلك وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وان كان عمله فالقول قول المستأجر فيما يتناوب بين أجر مثله، وقال أبو ثور القول قول المستأجر لانه منكر للزيادة في الاجر والقول قول المنكر

ولنا ان الاجارة نوع من البيع فيتحالفتان عند اختلافهما في عرضها كالبيع وكما قيل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة، وقال ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « إذا اختلفنا المتبايعان فالقول ما قال البائث » وهذا بمنزلة أن يتناول ما اذا اختلفنا في المدة وأما إذا اختلفنا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفتان لما ذكرناه

(فصل) فان اختلفنا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعثك هذا العبد بمائة فقال بل هذين العبدان بمائتين، وإن قال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فانه قد اختلفنا في قدر العوض والمدة فيتحالفتان لانه لم يوجد الاتفاق منها على مدة بعوض فصار كما لو اختلفنا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار، فقال احمد القول قول رب الدار الا أن تكون للساكن بيعة وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها والقول قوله في ملكه والاصل عدم استجاره للساكن في الحفظ فكان القول قول من يئنه ويجب على الساكن أجر المثل

لأنه لا يمكن تسليم الموقوف عليه وإن كان مما تجمل صفته فإنه لا يجوز إجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن لا نفع فيه كسباع البهائم، أو الطير التي لا نصالح الاضطهاد، ولا تجوز إجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لأن فيه نفعاً مباحاً يجوز له إعارته فجازت إجارته له كغيره، ولاصحاب الشافعي وجهان كهمذين، ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن يصب منفعته بأن يدي إنسان إن هذه الدار في إجارته عاماً ويغلب صاحبها عليها فإنه لا تجوز إجارته في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه، قال أصحابنا ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريك معاً، وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم ينصح إجارته كالمقصود وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه واختار أبو حفص العبكري جواز ذلك، وقد أوما إليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفروز ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع رلاًه يجوز إذا فعله الشريك معاً فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً كالبيع، ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريك أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشبه إجارة المقصوب من غاصبه دون غيره، وإن كانت الدار لواحد فأجر نصيبها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم إن أجر نصيبها الآخر للمستأجر الأول صح فإنه يمكنه تسليمه إليه وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسئلة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه وإن أجر الدار لثنين لكل واحد منهما نصيباً فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه

(فصل) فإن اختلفا في اتعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لأنه أمين فاشبه المودع ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان وإن ادعى أن العبد أبق من يده وإن الدابة شردت أو نقت وأنكر المؤجر فالقول قول المستأجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما اتفع بها لأن الأصل عدم الاتفاع وعنه القول قول المؤجر لأن الأصل السلامة فأما إن ادعى أن العبد مرض في يده فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وإن جاء به مريضاً فالقول قول المستأجر وهذا قول أبي حنيفة لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه وإن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك لو ادعى إباقه في حال إباقه ونقل إسحاق بن منصور عن أحمد أنه يقبل قوله في إباق العبد دون مرضه، وبه قال الثوري وإسحاق قال أبو بكر وبالاول أقول لأنهما سواء في تفويت منفعته فكانا سواء في دعوى ذلك وإن هلكت العين فاختلغا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض واختلغا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) قال الصنف رحمه الله (وتجب الإجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها)

مقى أطلق العقد في الإجارة ملك المؤجر الإجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع

(فصل) وفي إجازة المصحف وجهان . (أحدهما) لا تصح إجارته مبنياً على أنه لا يصح بيعه وعلّة ذلك اجلال كلام الله وكتابه عن المعارضة به وابتدأه باليمن في البيع والاجر في الإجازة . (الثاني) تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لانه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت فيه الإجازة كسائر الكتب فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارتهما ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارته لانه علل منع إجازة المصحف بانه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الإجازة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجز أن يستأجر سقفا لينظر الى عمله وتصويره أو شمعا ليتجمل به ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج اليه وتجوز الاعارة له فجزت إجارته كسائر المنافع وفارق النظر الى السقف فانه لا حاجة اليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله وفي حديثنا يحتاج الى القراءة في الكتب والتمتع منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه

(فصل) ولا تجوز إجازة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحد في رواية الأثرم فقل إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لانه تجوز له إجازة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع بحقه أن عقده الإجازة للخدمة يهين فيه حبسه مدة الإجازة واستخدامه والبيع لا يهين فيه ذلك إذا منع منه فلان

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها قال أبو حنيفة الا أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتهن أجورهن) امر بآتهن بعد الرضاع وقال النبي ﷺ « يقول الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل استأجر رجلاً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعده على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل دل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل ان يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولانه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم يملك ولو ملك فلم يتسلمها لانه يتسلمها شيئاً فشيئاً فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطابق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد تعجيل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذمي ذكرنا فأما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الارضاع أو تسليم نفسها كقوله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمثيل بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه أن الامر بالايتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتهن أجورهن) والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث وبدل عليه أنه إنما توعد على ترك الايتاء بعد الفراغ من العمل وقد

يمنع من الاجارة أولى ، فأما ان أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف فله لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره وكذلك الانصاري ، ولانه عند معارضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضاً في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الاثرم وإن كان في عمل شيء جاز

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذي وهذا مطلق في نوعي الاجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد من ذلك وأشار الى مارواه الاثرم واحتج بأنه عقدي يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ما ذكرنا وكلام أحمد انما يدل على خلاف ما قاله فانه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل ويفارق البيع فان فيه اثبات الملك على المسلم ويفارق اجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحربي عن أحمد انه سئل عن الرجل يكتري الديك يوظفه لوقت الصلاة لا يجرز وذلك لان ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصبح وقد لا يصبح وربما صاح بعد الوقت

(فصل) القسم الرابع القرب التي يختص فاعلمها بكونه من أهل القرية يعني أنه يشترط كونه مسلماً

قلم يجب الاجر شيئاً فشيئاً ويحتمل أنه توعد على ترك الوفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عانة جواب آخر أن الآية والاخبار انما وردت فيمن استؤجر على عمل فأما ان وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به (مسئلة) (ولا يجب تسليم اجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه)

اذا استؤجر على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند انقضاء العمل ، وان استؤجر كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال أبو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق التسليم ويستقر بمضي المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل لانه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في البيع وفارق الاجارة على الاعيان لان تسليمها يجري مجرى تسليم نفقها ومتى كانت على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر اذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لا يمنع هذا كما لو شرط التعجيل وكانت الاجرة عيناً فاما ان شرط التأجيل في الاجر فهو على ما شرط وان شرط منجماً يوماً أو شهراً شهراً فهو على ما شرطه لان اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بمن حال ومؤجل كذلك إجارتها ، وفيه وجه آخر ان الاجارة على المنفعة في الذمة لا يجوز تأجيل عوضها كالتسليم

كلامامة والاذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة
والزهري وكره الزهري واسحاق تعليم القرآن بأجر
وقال عبد الله بن شقيق هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السحت ، ومن كره أجره التعليم
مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي . وعن أحمد رواية أخرى بجز ذلك
حكاهما أبو الخطاب

وتقل أبو طالب عن أحمد انه قال التعليم أحب إلي من أن يتوكل لؤلؤا . اللاتين ومن أن
يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى
بامانات الناس ، التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه من في موضع منه لا كراهة لالتحريم
ومن أجاز ذلك مالك والشافعي ورخص في أجور المعلمين أبو نؤلة وأبو ثور وابن المنذر لان
رسول الله ﷺ زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه ، وإذا جاز تعليم القرآن عوضا في باب
النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة وقد قل رسول الله ﷺ ما أخذتم عليه
أجرأ كتاب الله ، حديث صحيح ، وثبت ان أبا سعيد رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ
وأخذ أصحابه الجمل فأتوا به رسول الله ﷺ فاخبروه وسألوه فقال « لعمرى ما أكل برقية باطل
لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لي بهم » وإذا جاز أخذ الجمل جاز أخذ الاجر لانه في

(فصل) إذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البذل
كما لو قبض المبيع وان تسلم العين المستأجرة ومضت المدة لمانع له من الانتفاع استقرت الاجرة
أيضاً وان لم ينتفع لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كضمن المبيع إذا
تلف في يد البائع فان كانت الاجارة على عمل فسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها
مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه
الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين
في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فضت وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر عليه حتى يستوفى المنفعة
لانه عقد على المنفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر في الاجير المشترك وان بذل
تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره في مدة
الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده وان بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال
أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت باختياره
وقال أبو حنيفة لا أجر عليه قال شيخنا وهو الصحيح عندي لانه عقد على ما في الذمة فلم يستقر
عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق
اذا بذات تسليم نفسها وأمتنع الزوج من أخذها

معناه ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الأجر عليه كبناء المساجد والقنابر ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه يحتاج الى الاستنابة في الحج عن وجب عليه الحج وعجز عن فعاء ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج الى بذل الأجر فيه ، ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال ان آخر ما عهد الي النبي ﷺ أن اخذ ، ووذنا لا ياخذ على أذانه أجراً ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى عبادة بن الصامت قال علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فاهدي إلي رجل منهم قوساً ، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺ وقص عليه القصة ، قال « إن شرك أن يملك الله قوساً من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب انه علم رجلاً سورة من القرآن فاهدى اليه خميسة أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار » وعن أبي قال كنت أختلف إلى رجل من مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلمي بطعام أخي فبوتني بطعام لا آكل مثله بالمدينة فخك في نفسي منه شيء ، فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وإن كان يتحكك به فلا تاكله » وعن عبد الرحمن بن شبيب الانصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أقرؤ القرآن ولا تغلوا فيه ولا تنجزوا عنه ولا تاكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه ، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجوز أخذ الأجر عليها ، كما لو استأجر قوماً بصلون خلفه الجمعة أو التراويح ، فاما الأخذ على الرقبة فان احمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقبة نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ

﴿ مسألة ﴾ (وإذا انقضت الاجارة وفي الارض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضاء الاجل فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة أو قلعه وضمان نقصه وان اشترط القلع لزمه ذلك ولا يلزمه تسوية الارض إلا بشرط)

إذا استأجر أرضاً للغراس أو للبناء سنة صح لانه يمكنه تسليم منقضا المباحة المنصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس والبناء عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يفرس قبل انقضاء المدة فاذا انقضت لم يكن له أن يفرس ولا أن يبني لزوال عقده فاذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء ، بموجب شرطه وليس على صاحب الارض غرامة نقصه ولا على المستأجر تسوية الحفر واصلاح الارض لانها دخلا على هذا لرضاها بالملع واشتراطها عليه وان اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز اذا شرطاً مدة معلومة وكذلك لو أكرت الارض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر ، وان أطلق العقد فلا يكرت القلع لانه ملكه فله أخذه كطعامه في الدار التي باعها واذا قلع فعليه تسوية الحفر لانه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه وهكذا ان قلعه قبل انقضاء المدة هاهنا وفي التي قبلها لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولانه تصرف في

الاجر عليها والجمالة أوسع من الاجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة ، وقوله عليه السلام وأحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله ، يعني به الجعل أيضا في الرقية ، لانه ذكر ذلك أيضا في سياق خبر الرقية وأما جمل التعليم صدقاته فيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صدق وإنما قال «زوجتكها على ما معك من القرآن» فيحتمل انه زوج ، إياها بغير صدق اكراماله كما زوج أباطلحة أم سلمة على إسلامه ، وتقل عن جوازه ، والفرق بين المهر والاجر ان المهر ليس به عرض محض وانما واجب تحلة ووصلة ولهذا جازخلو العقد عن تسميته صريح مع فساده بخلاف الاجر في غيره فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفقه من هذه الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين فاذا كان بذاه لمن يتعدى نفقه الى المسلمين محتاجا اليه كان من المصالح وكان للاخذ له أخذ ، لانه من أهله وجرى مجرى الوفق على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر (فصل) فان أعطى الملم شيئا من غير شرط فظاهر كلام احمد جوازه ، قال فيما نقل عنه أيوب ابن سافري لا بطلب ولا بشارط فان أعطى شيئا أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر الملم إذا شرط ، وقال إذا كان الملم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا إن أتاه شيء . قبله كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخبيصة اللتين أعطيهما أبي وعبادة من غير شرط ، ولان ذلك قرينة فلم يجوز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا غيره كالصلاة والصيام ووجه الاول قول النبي ﷺ « ما أتك من هذا المال من غير مسألة ولا اشراف نفس فخذته وتوكله فانه رزق ساقه اهدالك » وقد أرخص النبي ﷺ لأبي في أكل طعام الذي كان يعمله إذا كان طعامه وطعام أهله ، ولانه إذا كان بغير شرط كان هبة بمجرد جواز كماله لم يملكه شيئا ، فأما حديث القوس

الارض تصرفا نقصها لم يقتضه عقد الاجارة وان أبي القلع لم يجبر عليه الا أن يضمن له المالك النقص فيخير حينئذ وبهذا قال اشافعي وقال أبو حنيفة ومالك عليه الفلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس اعرق ظالم حق » مفهومه ان غير الظالم له حق وهذا غير ظالم ولانه غرس باذن المالك ولم بشرط قلعه فلم يجبر على الفلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فانه لا يقتضي التأيد فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأيد فشرط الفلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفده قلنا إنما اقتضى التأيد من حيث أن العادة في الغراس التبقية فاذا أطلقه حمل على المادة واذا شرط خلافه جاز كما إذا باع بغير تندد البلد أو شرط في الاجارة سيرا يخالف المادة اذا ثبت هذا فان رب الارض يخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه لان الضرر يزول عنها به أشبه الشفيع في غراس المشتري (الثاني) أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرضه نقصه لذلك (الثالث) أن يقر الغراس والبناء وبأخذ منه أجر المثل ، وبهذا قال الشافعي لان الضرر يزول عنها بذلك وقال

والخريصة قضيتان في عين فيحتل ان النبي ﷺ علم انها فملا ذلك لله خالصاً فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتل غير ذلك، وإن أعطي المالم أجرأ على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال ان كان المعطي بنوي أن يعطيه لحظ الصبي وتعليمه فأرجح إذا كان كذا ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجز مع غيره كما أمر ما يجوز الاستنجار عليه ، وهكذا لو كان إمام المسجد قيبا لا يسرج قناديله ويكسبه ويلقى بابه ويفتحه فأخذ أجرأ على خدمته أو كان النائب في الحج بمخدم المستنجد له في طريق الحج ويشده له ويرفع حمله ويحج من أبيه فدفع له أجر خدمته لم يتم ذلك إن شاء الله تعالى (فصل) ومالا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المداجد والقنابر جاز أخذ لاجر عليه لانه يقع تارة قرية وتارة غير قرية فلم يمنع من الاستنجار لفعله كفرس الاشجار وبناء البيوت ، وكذلك في تعليم الفقه والحديث وأما مالا يتعدى نفعه فإله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه ، وحججه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجر عابها بغير خلاف لان الاجر عرض لا تنفع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبهه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها

(فصل) اذا اختلفا في قدر الاجر فقال أجر تنيها سنة بدينار قال بل بدينارين نحالفنا ويبدأ بيمين الآجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فاذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسحنا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وان رضي أحدهما بما حلف عليه الاخر قر العقد وإن فسحنا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسعى ورجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

مالك يتخير بين دفع قيمته نيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين والاول أصح فان انتفقا على بيع العرس والبناء للمالك جاز وان باعها صاحبها لغير مالك الارض جاز ومشتريهما يقوم مقام البائع فيها وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : ليس له بيعها لغير مالك الارض لان ملكه ضيف بدليل ان لصاحب الارض تملكه تايه بالقيمة بغير رضاه ولنا انه ملك له يجوز بيعه للمالك الارض فجاز لغيره كالشقص المشفوع وبهذا يبطل ما ذكره فان للشفيع ملك الشقص بغير رضى المشتري ويجوز بيعه لغيره

(فصل) فان شرط في العقد بقية الفراس فذكر الفاضي أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي ، ويحتل أن يبطل انعقد لانه شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ولان الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط بقية الزرع بعد مدة الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وان كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة وان كان بغير تفريط لزم تركه بالاجرة)

بعذتلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة ان لم يكن عمل العمل ، وان كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله وقال ابو ثور اقول قول المستأجر لانه منكر لزيادة في الاجر والقول قول المنكر وانا أن الاجارة نوع من البيع فيتعاقدان عند اختلافهما في موصها كايبيع وكما قبل أن يعمل المثل عند أبي حنيفة ، وقول ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ، وهذا محتمل أن يريد به اذا اختلف في المدة وأما اذا اختلفنا في العرض فالصحيح أنهم يتعاقدان لما ذكرناه

(فصل وان اختلفا في المدة فقال أجرتها سنة بدينار قال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لانه منكر لزيادة فكان القول قولها فيما انكره كما لو قال بثلث هذا العبد بائنة قال بل هذين العبدان وان قال أجرتها سنة بدينار قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفنا في قدر العوض والمدة جميعا فيتعاملان لانه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفنا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتها سنة بدينار ، فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار فقال أحمد القول قول رب الدار الا ان تكون للساكن بينة ، وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعها وهي ملك صاحبها ، والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجار الساكن في الحفظ فكان القول قول من ينفيه

(فصل) وان اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لانه ، وثمن عليها فاشبه المودع ولان الامر عدم العدوان والبراءة من الضمان . وان ادعى أن العبد أبق من يده وان الدابة

اذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدها) أن يكون لتفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكامله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الناصب ، بخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالاجرة لما زاد على المدة لانه أبقى زرع في أرض غيره بعدوانه وان اختار المستأجر قطع زرع في الحال وتفرغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفرغ الارض وان اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الفاصب وقياس المذهب ما ذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريطه مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فيلزم المؤجر تركه بالاجرة الى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي (والوجه الثاني) يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فلزم العمل به وجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ولنا ان الزرع حصل في أرض غيره باذنه من غير تفريط فله تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع وقولهم إنه مفطر لا يصح لان هذه المدة التي جرت المادة بكامل الزرع فيها

شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحمدروايتان [أحدهما] أن القول قول المستاجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذ خلف إنما اتهم بها لأن الأصل عدم الانتفاع [والثانية] القول قول المؤجر لأن الأصل السلامة، فإما إن ادعى أن العبد مرض في يده نظرنا فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وإن جاء به مريضاً فالقول قول المستاجر وهذا قول أبي حنيفة لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه وإن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقيناً فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك إن ادعى إبقائه في حال إبقائه أرجأ به غير آبق

ونقل اسحاق بن منصور عن أحمد أنه يقبل قوله في إبقاء العبد دون مرضه وبه قال الثوري واسحاق، قال أبو بكر وبالاول أقول لأنها سواء في تفويت منفعته فكأننا سواء في دعوى ذلك، وإن هلك العين فاختلفنا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض فاختلفنا في وقت ذلك فالقول قول المستاجر لأن الأصل عدم العمل ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) إذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ابخيطه أو بقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل باجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعل ذلك فلها الأجر، وقال أصحاب الشافعي لا أجر لها لأنها فعلا ذلك من غير عوض جعل لها

وفي زيادة المدة تقويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطاً ومتى أراد المستاجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة الإجارة فللمالك منعه لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لأنه في أرض يملك نفعها ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة قبلها أولى، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال إذا لم يكن بد من المطالبة بالقلع فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها الى المؤجر فارغة

(فصل) إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن اكترى خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في ستة نظرنا فإن شرط تفريطها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لأنه لا يفضي الى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه إياه قصبلاً أو غيره ويلزمه ما التزم، وإن أطلق العقد ولم بشرط شيئاً احتدل أن يصح لأن الانتفاع في هذه المدة ممكن واحتمل أنه يمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط ودونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه قصبلاً صح لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن وإن لم يكن كذلك لم يصح لأنه اكترى للزرع ما لا ينتفع بالزرع فيه فأشبهه إجارة السبخة له، فإن قلنا يصح فإذا انقضت المدة ففيه وجهان: أحدهما حكمه حكم زرع المستاجر لما لا تكمل مدته لأنه ههنا مفروط واحتمل أن يلزم المكري تركه لأن التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكمل فيها، وإن شرط تبقينه حتى يكمل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فإن تقدير المدة

فأشبهه بالو تبرعاً بعمله . ولنا أن العرف الجازي بذلك يقوم مقام القول فصار كمنفد البلد وكما لو دخل حلالاً أو جلس في سفينة مع ملاح ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كأنه تبرع ، فأما إن لم يكونا متتبعين لذلك لم يستحقاً أجراً إلا بعقد أو شرط الموضع أو تبرع به لانه لم يجز عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكة ولو دفع ثوباً الى رجل ليبيعها للحكم فيه كالحكم في القصار والخياط : إن كان متتبعاً ببيع الثوب باجر فله أجر مثله ، نص عليه أحمد وإن لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحدهما ، ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لأن الثياب تختلف أجرها ولم يبين شيئاً فجزى مجرى الاجارة الفاسدة فإن تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لأن ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في فاسده وإن تلف من فعله بتخريقه أو دقته ضمنه لانه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح في الفاسد أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوباً الى قصار ليصهره ولم يقطع له أجراً بل قال أنا أعطيتك كما تعطى وهلاك الثوب فإن كان يخرق أو يحرق مما لا يجزيه يده فلا ضمان عليه بين الكرا . أو لم يبين والعهلة في ذلك ما ذكرناه (فصل) إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً الى مكة أو غيرها الى صاحب له فجماله فوجد صاحبه غائباً فرده استحق الاجر بحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحاً وفي الرد تضمننا لان تقدير كلامه وإن لم نجد صاحبه فرده إذ ليس سوى رده الا نضيمه فقد علم أنه لا يرضى نضيمه فتعين رده والله أعلم

يقضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولأن مدة التبقية مجهولة فإن زرع لم يطالب بنقله كالتى تقدمت
 ﴿مسئلة﴾ (وإذا تسلم العين بالاجارة الفاسدة فعليه أجره المثل سكن أو لم يسكن)
 اذا قبض العين في الاجارة الفاسدة ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن ففيه روايتان : إحداهما عليه أجره المثل لمدة بقائها في يده وهذا مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفاهما (والثانية) لا شيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضه كالتكاح الفاسد . فأما إن بذل له التسليم في الاجارة الفاسدة فلم يتسلمها فلا أجر عليه لان المنافع لم تلفت تحت يده ولا في ملكه ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على ان المنافع لا تضمن إلا بالعقد . ولنا ان ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالايمان وما ذكره غير مسلم

﴿مسئلة﴾ (اذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجح المستأجر بالدراهم)
 لان العقد اذا انفسخ رجح كل واحد من المتعاقدين في العوض الذي بذله وعوض العقد هو الدراهم فكان الرجوع بها والدنانير إنما أخذها المؤجر بعقد آخر سوى الاجارة ولم ينفسخ فأشبهه ما إذا قبض الدراهم ثم صرفها بالدنانير .

كتاب إحياء الموات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى مينة ومواتا وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الأرض ماروي جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرض مينة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروي سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا مينة فهي له وايس لعرق ظالم حق » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروي مالك في موطنه وأبودارد في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم ، وروي أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات بملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسألة) قال أبو القاسم (ومن أحيا أرضا لم تملك فهي له)

وجملته أن الموات قسمان (أحدهما) ما لم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء والاخبار التي رويناها متناولة له (القسم الثاني)

باب إحياء الموات

وهي الأرض الدائرة التي لا يعلم أنها ملك والموات الأرض الدارسة تسمى مينة ومواتا وموتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الموات ماروي جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قال « من أحيا أرضا مينة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروي سعيد ابن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا مينة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن وروي مالك في موطنه وأبو دارد في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم وروي أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة وقضى بذلك عمر بن الخطاب في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسألة) (فان كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها مالك ففيه روايتان)

وجملة ذلك أن الموات قسمان (أحدهما) ما لم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء لان الاخبار المروية متناولة له (القسم الثاني) ما جرى

ما جرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) مملك بشرى أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احيائه لاحد غير أربابه الثاني مملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد موانا فهو كالذي قبله سواء ، وقال مالك بملك هذا لعموم قوله « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » ولأن أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير موانا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكم فلم تملك بالاحياء كالتى ملكت بشرى أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيأ أرضاً ميتة ليست لاحد » وقوله « في غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه ، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « ليس اعرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيفرض فيها ذكوه سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشرى أو عطية فذئبت عليه محل النزاع ولأن سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعثت وما ذكروه يبطل بالموات اذا احياه انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد موانا وبالانطة اذا ملكها ثم ضاعت منه وبخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء لان ذلك الملك لاحرمة له وقد روي عن طائفة من النبي ﷺ أن قال « عادي الارض

عليه ملك وهو ثلاثة أنواع (أحدهما) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ملك بشرى أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز احيائه لاحد غير أربابه (الثاني) مملك بالاحياء ثم ترك حتى دثر وعاد موانا فهو كالذي قبله سواء ، وقال مالك بملك لعموم قوله « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » ولأن أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير موانا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكم فلم تملك بالاحياء كالتى ملكت بشرى أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى « من أحيأ أرضاً ميتة ليست لاحد » وقوله « من غير حق مسلم » وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام « ليس اعرق ظالم حق » الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيفرض فيها رواء سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشرى أو عطية فقيس عليه محل النزاع ولأن سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعثت وما ذكروه يبطل بالموات اذا احياه انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد موانا وبالانطة اذا ملكها ثم ضاعت منه وبخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء في أظهر الروايتين لما ذكرنا من الاحاديث ولأن ذلك الملك لاحرمة له لما روي طائفة عن

لله ولرسوله ثم هو بعد لكم « رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبتها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش واثار كثيرة فنسب كل أثر قديم اليهم ، ويحتمل أن كلما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل ان المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه

(النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الحرقى أنها لا تملك بالاحياء ، وهو أحد الروايتين عن أحمد قلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له » فقيده بكونه في غير حق مسلم ، ولان هذه الارض لها مالك فلم يجوز إحيائها كما لو كان معيناً فان مالكها إن كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثها المسلمون (والرواية الثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لعوم الاخبار ولانها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك ، ولانها ان كانت في دار الاسلام فهي كقطعة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز (فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الاسلام لعوم الاخبار ، ولان عامر دار

النبي ﷺ أنه قال « عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد » رواه سعيد في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبتها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش واثار كثيرة فنسب كل أثر قديم اليهم والرواية الثانية لا تملك لانها إما لمسلم أو ذمي أو بيت المال أشبه ما لو تعين مالكه قال شيخنا ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه (النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الحرقى أنه لا يملك بالاحياء ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد قلها عنه أبو داود وأبو الحارث لما روى كثير بن عبد الله بن عرف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له » فقيده بكونه في غير حق مسلم ولان هذه الارض لها مالك فلم يجوز إحيائها كما لو كان معيناً فان مالكها ان كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثها المسلمون (والثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهي مذهب أبي حنيفة ومالك لعوم الاخبار ولانها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك ولانها ان كانت في دار الاسلام فهي كقطعة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز (مسألة) (ومن أحيأ أرضاً مبيتة فهي له الاخبار التي رويها مسلم كان أو كافراً في دار الاسلام وغيرها)

الحرب انا يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، فأما ما عرف انه كان مملوكا ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين ، فان قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبهه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام «عادي الارض لله ورسوله» ولان الركاز من أموالهم وبملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله «عادي الارض» يعني ما قدم ملكه ومضت عليه الا زمان وما كان كذلك فلا حكم للمالكة قاما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فلننا لا يملك على احد الروايتين وأما الركاز فانه ينقل وبحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطه دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قول مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قول القاضي وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي ﷺ «موتان الارض لله ورسوله ثم هي لكم مني» فجمع الموتان وجعله للمسلمين ولان موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان موتها لهم كمرافق المملوك

ولنا عموم قول النبي «من أحيا أرضا ميتة فهي له» ولان هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله «عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» ومن أحيا موتانا من الارض لله رقيتها «هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله «هي لكم» أي لاهل دار الاسلام والذمي من أهل الدار تجري

لعوم الاخبار ولان عامر دار الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم فاما ما عرف أنه كان مملوكا في دار الحرب ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين فان قيل هذا ملك كافر غير محترم فأشبهه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام «عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» ولان الركاز من أموالهم وبملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله «عادي الارض» يعني ما تقدم ملكه ومضت عليه الا زمان وما كان كذلك فلا حكم للمالكة قاما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكا باقيا وان لم يتعين فلننا لا يملك على احدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل وبحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطه دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين المسلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قول أبو حنيفة وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قول القاضي وهذا مذهب جماعة من أصحابنا لقول رسول الله ﷺ «موتان الارض لله ورسوله ثم هي لكم مني» فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين ولان موتان الارض من حقوقها والدار للمسلمين فكان موتها لهم كمرافق المملوك

ولنا عموم قوله عليه السلام «من أحيا أرضا ميتة فهي له» ولان هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله «عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» ومن أحيا موتانا من الارض لله رقيتها «هكذا روي سعيد بن منصور وهو مرسل ورواه طاوس

عليه أحكامها وقولهم أنها من حقوق الاسلام قلنا وهو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها بالشراء ، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيد والركاز والمعدن والانتظار وهي من مرافق دار الاسلام (فصل) وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرته ومسبل مائه ومطرح قمامته وملقى ثوبه وآلانه فلا يجوز احيائه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كغنائها وورعي ماشيتها ومخبطها وطرقها ومسبل مائها لا يملك بالاحياء ولا تعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم ، وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لا يجوز احياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه ان ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوزنا احياءه لبطال الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي ان هذه المرافق لا يملكها المحبي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها ، وقال الشافعي : يملك بذلك وهو ذمار قول الحرقي في حريم البئر لانه مكان استحقته بالاحياء فمنه كالمحبي ، ولان معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها ، فاما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فغيره روايتان (احدهما) يجوز احيائه ، قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين احيا اطمعنين من موت وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ايحييها فليس لها منعه ، وقال في جبانة بين قريتين : من أحيأها فهي له ، وهذا مذهب الشافعي لعدم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » ولان النبي

عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لأهل دار الاسلام والقي من أهل الدار نجري عليه أحكامها وقولهم إنها من حقوق دار الاسلام قلنا هو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها بالشراء ، ولأنه يملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيد والركاز والمعدن والانتظار وهي من مرافق دار الاسلام فكذلك الموات

(مسألة) (ويملكه باذن الامام وغير اذنه)

وجملة ذلك أن احياء الموات لا ينتقر إلى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ينتقر إلى اذنه لان للاسلام دخلا في النظر في ذلك بدليل من نوحجج موانا فلم يمه فانه بطالبه بالاحياء أو الترك فانتقر إلى اذنه كمال بيت المال

ولما عدم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » ولان هذه بين مباحة فلا ينتقر تملكها إلى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه ألا ترى أن من وقف في مشرعة طالبه الامام أن يأخذ حاجته وينصرف ولم ينتقر ذلك الى اذنه وأما مال بيت المال فهو مملوك للمسلمين والامام تعيين مصارفه وترتيبها فانقر الى اذنه بخلاف مستثنا فان هذا مباح فن سبق اليه كان أحق الناس به كسائر المباحات

(مسألة) (الا ما احياه مسلم من أرض الكفار التي صلحوا عليها)

عليه السلام أقام بلال بن الحارث المزني العتيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة، ولأنه موات لم يتعلق به مصاحبة العامر فجاز أحيائه كالبعيد (والرواية الثانية) لا يجوز أحيائه، وبه قال أبو حنيفة والبيه لانه في مظنة تعلق المصلحة به فانه يحتمل أن يحتاج الى فتح باب في حائطه الى فنائه ويجعله طريقاً أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء في فنائه وغير ذلك ولم يجز تفتيت ذلك عليه بخلاف البعيد اذا ثبت هذا فانه لا حدّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف، وقال البيه: حده غلوة وهي خمس خمس الفرسخ. وقال أبو حنيفة: حد البعيد هو الذي اذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه

ولنا أن التحديد لا يعرف الا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالتبض والاحراز. وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشي. آخر كبل ونصف ميل ونحو ذلك، وهذا التحديد الذي ذكره - والله أعلم - مختص بما قرب من المصر أو القرية ولا يجوز أن يكن حداً لكل ما قرب من عامر لانه يفضي الى أن من أحيا أرضاً في موات حرم أحياء شي، من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن ذلك الحد

(فصل) وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه

وجملة ذلك أن جميع البلاد فيما ذكرناه سواء المتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه كالمدينة، وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها فان أصبحا بنا فالو دخل اليها سلم فاحيا فيها مواتنا لم يملكه لانهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتاً لان الموات تابع للبلد فاذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لان دار الحرب على أصل الاباحة وهذا الصلحانام على تركها لهم ويحتمل أن يملكها من أحيائها للمرم الخبر، ولانها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالخشيش والخطب

وقد روي عن أحمد أنه ليس في السواد موات يعني سواد العراق قال القاضي هو محمول على العامر، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كما في زمن عمر بن الخطاب حين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلاً سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خرباً فقال أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا واذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لان مادثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين

(مسئلة) (وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه لا يملك بالاحياء فان لم يتعلق بمصالحه فعلى روايتين)

كلمدينة وما صرح أهله على أن الارض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صرح أهله على أن الارض لهم وانا الخراج عنها فان أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتا لم يملكه لانهم صولحوها في بلادهم فلا يجوز التمرض بشيء منها عامراً كان أو مواتاً لان الموات تابع للبلد فاذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لان دار الحرب على أصل الاباحة وهذه صالحان على نزلها لهم فخرمت علينا ، وبمقتضى أن يملكها من أحيائها لعموم الخبر ، ولانها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالخشيش والحطب ، وقد روي عن أحمد انه ليس في السواد موات يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا محمول على العامر ، وبمقتضى أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا ان رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجردوا له خربة فقال انها أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا ، وإذا لم يكن فيها موات حين تملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لان مادته من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين

(فصل) وان تحجر مواتا وهو أن يشرع في أحيائه مثل ان أدار حول الارض تراباً أو أحجاراً أو حاطها بمخاط صغير لم يملكها بذلك لان الملك بالاحياء وليس هذا إحياء لكن بصير أحق الناس به لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » رواه ابو داود فان

كل ما تعلق بمصالح العامر من طرفه ومسيل مائه ومطرح قمامته وانما ترابه وآلاته لا يجوز احياءه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومخيطها وطرفها ومسيل مائها لا يملك بالاحياء لانهم فيه أيضاً خلافاً بين أهل العلم وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لا يجوز احياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء . ولانه تابع للمملوك ولو جوزنا احياءه لبطل الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها الهجي بالاحياء . لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها ، وقال الشافعي تملك بذلك وهو ظاهر قول الحنفي في حريم البئر لانه سكان استحقه بالاحياء . فملكه كالهجي ، ولان معنى الملك وجوده فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويخص به صاحبها ، فأما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فيجوز احياءه في إحدى الروايتين . قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحيا قطعيتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحياها فليس لها منعه ، وقال في جبانة بين قريتين : من أحيها فهي له وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ولان النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العتيق وهو يعلم أنه من عمارة المدينة ، ولانه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز احياءه كالبيد

(والثانية) لا يجوز احياءه وبه قال أبو حنيفة والليث لانه في مظنة تعلق المصلحة به فانه محتمل

نقله الى غيره صار الثاني بمنزلة لان صاحبه أقامه مقامه ، وان مات فوارثه أحق به لقول النبي ﷺ
 « من ترك حقا او مالا فهو لورثته ، فان باعه لم يصح بيعه لانه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل
 الاخذ به وكن سبق الى معدن او مباح قبل أخذه قل ابو الخطاب وبمقتل جواز بيعه لانه له فان
 سبق غيره فأحياء ففيه وجهان (أحدهما) انه يملكه لان الاحياء يملك به والحجر لا يملك به ثبت
 الملك بما يملك به دون ما لم يملك به كمن سبق الى معدن او مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه .
 (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة ليست لاحد - وقوله - في حق غير
 مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم
 فهو أحق به » وروى سعيد في سننه ان عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض يعني من تحجر
 أرضا فعمالها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، وهذا يدل على ان من عمرها قبل ثلاث
 سنين لا يملكها ولان الثاني أحيأ في حق غيره فلم يملكه كما لو أحيأ ماتته اق به . مصالح ذلك غيره ولان
 حق المتحجر أسبق فكان أولي كحق الشئع يقدم على شراء المشتري ، فان طالت المدة عليه فينبغي
 أن يقوا له السلطان إما أن نحويه أو تتركه ليحويه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم
 فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ،
 فان أزال الامهال اعذر له أهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فان أحيأ غيره في مدة المدة ففيه الوجهان

أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه الى فنائه ويجعله طريقا أو يجزب حائطه فيجعل آلات البناء في فنائه
 وغير ذلك فلم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد . اذا ثبت هذا فانما يرجع في القريب والبعيد إلى
 العرف ، وقال الايث حده غلوة وهو خمس خمس الفرسخ ، وقال أبو حنيفة حد البعيد هو الذي اذا
 وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسم أدنى أهل المصر اليه (والثاني) أن التحديد لا يعرف
 إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع تحديد له فوجب أن يرجع في ذلك الى
 العرف كالتقيض والاحراز نقول من حدد بهذا تحكم بغير دليل وليس ذلك بأولى من تحديده بشيء .
 آخر كميل أو نصف ميل وهذا التحديد الذي ذكره الله أعلم يختص بما قرب من المصر أو القرية ،
 ولا يجوز أن يكون حدا لكل ما قرب من عامر لانه يفضي الى أن من أحيأ أرضا في موات حرم احياء
 شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد

(مسألة) (ولا تملك المعادن الظاهرة كالملح والقدار ، والكحل والجص ، والنفط بالاحياء

وليس للامام اقطاعه)

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل الى ما فيها من غير مؤنة ينالها الناس وينتفعون
 بها كالملح والماء والكبريت والقيير والموتيا والنفط والكحل والبرام والباقوت ومقاطع الطين وأشباه
 ذلك لا يملك بالاحياء . ولا يجوز اقطاعه لاحد من الناس ولا احتجاره دون المسلمين لان فيه ضرراً

الاذان ذكرناهما ، وإن تقضت المدة ولم يعمر فلمغيره أن يعمر . وبملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها . وواء أذن له السلطان في عمارتها أر لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتجحر عذر في ترك العمارة قيل له إما أن يعمر وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان اغيرة عمارتها فإن لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه ان من تمجر أرضا فعطائها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(فصل) وللإمام قطاع الموات لمن بحية فيكون بمنزلة المتجحر الشارح في الاحياء لما روي ان النبي ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقين أجمع فلما كان عمر قال لبلال ان رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيظه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد في الاموال وذكر سعيد في سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول ان رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقبى ، فلما ولي عمر بن الخطاب قال ما أقطعك لتحتجته فانطمه الناس ، وروي علقمة بن وائل عن أبيه ان النبي ﷺ أقطعهم أرضا بحضور موت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح : وقال سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب ان رسول الله ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطوها فجاء قوم فأحبوها فخصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ الى عمر بن الخطاب فقال عمر : لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر

بالمسلمين وتضييقا عليهم ، ولما روى أبو عبيد وأبو داود والترمذي باسنادهم عن أبيض بن جمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذي بأرب فلما ولي قيل لرسول الله ﷺ ما أقطعته له انما أقطعته الماء العد فرجعه منه ، قال قلت لرسول الله ﷺ ما يجي لي من الاراك ؟ قال « ما لم تنله أخفاف الابل » وهو حديث غريب

ورواه سعيد قال حدثني اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن جمال المأربي قال : استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح بأرب فأقطعنيه فقيل لرسول الله ﷺ انه بمنزلة الماء العد يعني انه لا ينقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا اذن » ولان هذا يتناق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياؤه ولا اقطاعه كشارح الماء وطرفات المسلمين . قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفض جوده الذي لا غنا عنه ، ولو ملك أحد بالاحتجار ملك منه فضاق على الناس ، فإن أخذ العوض عنه أنلاه فخرج عن الوضع الذي وضعه الله به من تعمير ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فإن كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالاحياء ، لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة فخرها انسان وأظهرها لم يملكها بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب

لم أردھا ولكنها طبيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردھا، ثم قال عمر رضي الله عنه: من كانت له أرض يعني من نجح أرضاً فاعطاها ثلاث سنين فحما. قوم نعمروها فهم أحق بها

﴿مسئلة﴾ قال (إلا أن تكون أرض مملحة أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الانسان)

وجملة ذلك ان المعادن الظاهرة وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة يتدبها الناس وينتفعون بها كالملاح والماء والكبريت والقيز والمويا، والنفط وانكحل والبرام واليانوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لائلك بالاحياء. ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لان فيه ضرراً بالمسلمين ونضيباً ما عليهم ولان النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له انه بمنزلة الماء العد رده، كذا قال أحمد. وروى أبو عبيد وأبو دارد والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن حمال انه استقطع رسول الله ﷺ للملاح بأرب فلما ولي نبل بارسول الله أنذري ما أقطعت له؟ إنما أقطعت له الماء العد فرجعه منه، قال قلت بارسول الله ما يحمي من الاراك؟ قال « ما لم تنله أنفاس الابل » وهو حديث غريب، وروى في لفظه انه قال « لا حمى في الاراك » ورواه سعيد فقال حدثني باماعيل بن عباس عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال استقطعت رسول الله

الشافعي ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لانه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فلك الاحياء كالارض ولانه باظهاره نهياً للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبهه الارض اذا أحيها بما، أو حاطها ووجه الاول أن الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي يتبها بها المحيي الانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريبه يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع، فان قيل فلو احتفر بترأ ملكها وملك حرمها قلنا البتر نهيات الانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا، قال أصحابنا وإيس الامام اقطاعها لانها لائلك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها. رواه أبو داود وغيره

﴿مسئلة﴾ (فان كان بقرب الساحل موضع)

اذا حصل فيه الماء صار مالحاً ملك بالاحياء والامام اقطاعه لا يضييق على المسلمين باحدثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات وأحياء هذا نهيته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيدته وفتح قناة اليه نصب الماء فيه لانه يتبها بهذا للانتفاع به

﴿مسئلة﴾ (واذا ملك المحيي ملك ما فيه من المعادن الباطنة كعادن الذهب والفضة)

اذا ملك الارض بالاحياء فظهر فيها معدن جامد ملكه ظاهراً كان أو باطناً لانه ملك الارض

ﷺ معدن الملح بمأرب فأقطعه، فقبل يارسل الله أنه بمنزلة الماء العذبني أنه لا يقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا إذن ؟ » ولان هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياءه، ولا اقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين، قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم ورفض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منه فضايق على الناس فان أخذ العوض عنه أغلده فخرج عن الموضوع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والذير وزج فاذا كانت ظاهرة لم تملك أيضاً بالاحياء لما ذكرنا في التي قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم تملك بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي، ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لانه مؤات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالارض ولانه باظهاره تهيأ الانتفاع به من غير حاجة الى تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا جاءها بما، أو حاطها، ووجه الاول ان الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي تهيأ بها الحجي الانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريه يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع فان قبل فلو احفر بئراً ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيأ للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فانترقا. قال أصحابنا وليس الامام اقطاعها

بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لانه قطع على المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وهنما لم يقطع عنهم شيئاً لانه انما ظهر باظهاره، ولو تحجر الارض أو اقطاعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها كان له احياءها ويملكها بما فيها لانه صار أحق بتحجره واطعاه فلم يمنع من انعام حقه

(مسئلة) (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلاً أو شجر فهو أحق به لانه في ملكه) ويملكه في إحدى الروايتين لانه خارج من أرضه أشبه المعادن الجامدة والزرع والثانية لا يملكه وهي أصح لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » رواء الخلال ولاتها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز

(مسئلة) (ويلزمه بذل ما فضل من مائه لبائمه غيره)

لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من منم فضل الماء ليعتم به فضل الكلأ منعه الله فضل رحته » وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين (احدهما) لا يلزمه لان الزرع لاحرمته له في نفسه (والثانية) يلزمه لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء وعن بهنسة عن أبيها أنه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال « الماء » رواء أبو دارود (فصل) (ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالتحجر الشارع في

لاتها لان ملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي ﷺ أقطع ابلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوربها رواه أبو داود وغيره

(فصل) ومن احياء ارضا فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطناً اذا كان من المعادن الجامدة لانه ملك الارض بجميع اجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من اجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لانه قطع عن المسكين فاعا كان واصلاً اليهم ومنعهم اتقانا كان لهم وههنا لم يقطع عنهم شيئاً لانه انما ظهر باظهاره له ، ولو تجر الارض أو اقطعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها لكان له احيائها وملكها بما فيها لانه صار أحق به بتجيره وانقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه

وأما المعادن الجارية كالتار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت في ملكه فيروايتان (أظهرهما) لا يملكها لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلأ ، والنهار » رواه الحلال ، ولانها ليست من اجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز (والثانية) يملكها لانها خارجة من ارضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالتحجر الشارع في الاحياء فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقبلاً على الاخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه

الاحياء فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالاخذ منه مادام مقبلاً على الاخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه ما تد ذكرنا من قبل فان حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه واذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه إن ملكه نانا يملك للكان الذي حفره. وأما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن ارضه فحفر انسان من خارج ارضه كان له أن يأخذ ما يخرج عن ارضه منه لانه لم يملكه انما ملك ما هو من اجزاء ارضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخل في ارضه من اجزاء الارض الباطنة كما لا يملك أخذ اجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدننا فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم يصر غنيمه وكان مجرد عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملك بذلك ولو ملكه فان الارض نصير كلها وقفاً للمسلمين وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى

(فصل) ومن ملك معدننا فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصله منه فهو للملكه ولا اجر لفاصل على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه فهو كما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكة اعمل فيه وذلك ما يخرج منه فله ذلك وليس لصاحب المعدن فيه شيء. لانه اباحة من مالكة فملك ما أخذه كما لو أباحه الاخذ من بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل فيه وجهان

ما قد ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه ، وإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن بملك بحفره أو لم نقل لأنه إن ملكه فأنما بملك المسكان الذي حفره وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك ، ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النبل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لأنه لم يملكه انما ملك ما هو من اجزا أرضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخل في أرضه من اجزاء الأرض الباطنة كما لا يملك أخذ اجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدن فوصل إلى النبل ثم فتحها المسلمون غنوة لم نصر غنيمة وكان وجوده عليه وعدمه واحداً لأن عامره لم يملكه بذلك ولو ملكه فإن الأرض كلها نصيب وتما للمسلمين وهذا ينصرف الى مصالحة من مصالحهم فتمين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى (فصل) ولو كل في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهراً كوضع على شاطئ البحر اذا صار فيه ماء البحر صار ملكاً بالاحياء . وجاز للامام اقطاعه لأنه لا يضيّق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كقبية الموات واحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتهديه وفتح قناته تصب الماء فيه لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به

(فصل) ومن ملك معدن فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصل منه فهو له الملك ولا أجر لفاصل على عمله لأنه عمل في ملك غيره بغير اذنه أشبه ما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه اعلم فيه وذلك

(أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قل احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولأنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الاثان (والثاني) لا يصح لأن ما يحصل منه مجهول ولأنه لا يصح أن يكون اجارة لأن العرض مجهول والعمل مجهول ولا جمالة لأن العرض مجهول ولا مضاربة لأن المضاربة انما تصح بالاثان على أن برد رأس المال ويكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لأن الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعلم فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفاً أو شيئاً معلوماً لم يصح لأنه بيع للمجهول ولا يصح أن يكون معلوماً كالمضاربة لما ذكرنا ولأن المضاربة تكون بجزء من الثمن لا دراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدن من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي من أو ألف من صفر فذلك مكروه ولم يرخص فيه

(فصل) اذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لأنها اجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لأن العمل مجهول ، وإن قال ان استخرجته فلك دینار صح وتكون جمالة لأن الجمالة تصح على عمل مجهول اذا كان العرض معلوماً

(فصل) وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال أحمد في رواية العباس بن موسى اذا نضب الماء عن جزيرة الى فناء ربتل لم ين فيها لأن فيه ضرراً وهز أن الماء يرجع يعني أنه

ما يخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لانه إباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه
 الاخذ من داره أو بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل فيه
 وجهان (أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها
 عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالضاربة في الأمان (والثاني) لا يصح لان ما يحصل
 منه مجهول ، ولانه لا يصح أن يكون اجارة لان العرض مجهول والعمل مجهول ولا جمالة لان العوض
 مجهول ولا مضاربة لان المضاربة إنما يصح بالأمان على أن برد رأس المال وتكون له حصة من الربح
 وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لان الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه
 علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفاً أو شبتنا
 معلوماً لم يصح لانه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالضاربة لما ذكرنا ولان المضاربة تكون
 بجزء من الثمن. لادرام معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدننا من قوم على أن يعمروا ويعمل فيه وبعطيتهم
 أني منا وألف منا صفرأ فذلك مكروه ولم يرخص فيه والله الموفق

(فصل) اذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة
 وإن ظهر عرف ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لان العمل مجهول ، وإن قال إن استخرجته

يرجع الى ذلك المكان فاذا وجده مبنياً رجع الى الجانب الآخر فاضر بأهله ولان الجزائر منبت
 الكلاب والخطب فجري مجرى المعادن الظاهرة وقد قال النبي ﷺ «لاحي الا في الاراك» قال أحمد
 في رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات وقال اذا
 نضب الفرات عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما ان غاب الماء
 على ملك انسان ثم ماد فنضب عنه فله أخذه ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه فان كان ما نضب عنه
 الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل ان يجمله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه
 متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في الموات

(فصل) قال رحمه الله (وإحياء الارض أن يحوزها بحائط أو يجري لها)

ظاهر كلامه ههنا أن تحويط الارض لإحياءها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للنعم أو
 الحطب وهو ظاهر كلام الحرفي نص عليه أحمد في رواية تلي بن سعيد فقال الأحياء أن يحوط عليها
 حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك نسقيف وذلك لما روي الحسن عن سمرة أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قال «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» رواه أبو دواد والامام أحمد في مسنده
 وروي عن جابر عن النبي ﷺ مثله ولان الحائط حاجر منيع فكان أحياء أشبه ما لو جعلها حظيرة
 للنعم ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما أو أرادها حظيرة للنعم كما أو جعلها حظيرة للنعم
 فبناها بحص وآجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها وهذا لا يصنع للنعم مثله ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع

فلك دينار صح ويكون جمالة لان الجمالة نصح على عمل مجهول اذا كان العوض معلوما
(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه لقول النبي ﷺ
« من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له » فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره
منع منه لانه بضيق على الناس ، ما لا نفع فيه فأشبهه ما لو رفق في مشرعة الماء لغير حاجة ، وإن أطال
المقام ولاخذ احتمال أن يمنع لانه بصير كالمتملك له واحتمل أن لا يمنع لاطلاق الحديث ، وإن اتفق
إليه اثنان وضايق المكان عنهما أفرع بينهما لانه لازمة لاحدهما على صاحبه ، ويحتمل أن يقسم بينهما
لانه يمكن قسمته وقد تساوى يانه فيقسم بينهما كما لو تداخرا عينا في أيديهما ولا يئنة لاحدهما بها ويحتمل
أن يقدم الامام من برى منها لان له نظراً ، وذكر القاضي وجهاً رابعاً وهو أن الامام ينصب من
يأخذ لها ويقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي

(فصل) وما نصب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالأحياء . قال احمد في رواية العباس بن موسى
إذا نصب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها لان فيه ضرر أو هوان الماء يرجع يعني ان يرجع إلى
ذلك المكان فاذا وجده مبنياً رجع إلى الجنازب الآخر فأضر بأهله ولان الجزائر منبت الكلاب والحطب
فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبي ﷺ ولا حى في الاراك ، وقال احمد في رواية حرب
بروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات ، وقال اذا نصب الفرات

ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فان كان من جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده
كأهل حوران أو بالطين كأهل القوطة بدمشق أو بالحشب أو الفصب كأهل الفور كان ذلك احياء وان
بناء بأقوى مما جرت به عادتهم كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احدهما)
ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر
كيفية فيجب الرجوع فيه إلى ما كان احياء في العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين
كيفية كان المرجع فيه إلى العرف ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق به سواء عند
أهل اللسان لذلك بتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ولان النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق
الحكم على ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفة اذ ليس له طريق سواء
اذا ثبت هذا فان الارض تحيا داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة ، فاحياء كل واحدة من ذلك بما تنبأ به
للاستفاد الذي أرادت له ، فأما الدار فبان يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح
للسكنى الا بذلك ، والحظيرة احياءها بمحاطة جرت به العادة لمثلها ، وليس من شرطها التسقيف لان
المادة لم تجر به وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للحشب أو للحطب أو نحو ذلك فان جعل عليها خندقاً
لم يكن احياء لانه ليس بمحاطة ولا عمارة انما هو حفرة تخريبه وكذلك ان حاطها بشوك وشبهه لا يكون

عن شيء ثم نيت فيه نيات فجاء رجل يبيع الناس منه فليس له ذلك تماماً ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد ينضب عنه فله اخذه فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وان كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا يزد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في المرات

(فصل) وما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد احياءه سواء كان واسما او ضيقا وواء ضيق على الناس او لم يضيق لان ذلك بشرك فيه المسلمون وتعلق بمصالحهم فأشبه مساجدهم ، ويجوز الاتفاق بالعمود في اواسع من ذلك لبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لانفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ولانه اتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاختيار قال احمد في السابق الى دكا كبن السرق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى ، وقد قال النبي ﷺ « منى مناخ من سبق » وله أن يظالم على نفسه بما لا يضر فيه من باربة وتابوت وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه وليس له البناء لادكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس ويعتبر به المارة بالليل والغير يرفى الليل والنهار ، ويبقى على اللوام فربما ادعى ملكه بسبب ذلك والسابق أحق به مادام

احياء ويكون محجراً لان المسافر قد ينزل منزلاً ويجو على رحله ينحو من ذلك ولو نزل منزلاً فغصب فيه بيت شعر أو خيمة لم يكن احياء . وان أرادها للزراعة فأن يهيئها لامكان الزرع فيها فان كانت لا تزرع الا بالماء فأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وان كان المانع من زرعها كثرة الاحجار كأرض الحجاز فاحياؤها بقلع احجارها وتنقيتها حتى تصالح للزرع وان كانت غياضاً أو أشجاراً كارض الشعري فأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت مما لا يمكن زرعها الا بحبس الماء عنه كارض البطائح فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى أرض لا ماء لها ولا يعتبر في احياء الأرض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في احياء كسقيها وكالسكنى في البيوت ولا يحصل احياء بذلك اذا فعله بمجرد ما ذكرنا ، ولا يعتبر في احياء الأرض للسكنى نصب الابواب على البيوت وبه قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجهاً في أن حرثها وزرعها احياء لها وأن ذلك معتبر في احيائها لا بعم بدونه . وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به أشبه السقف ولا يصح هذا لما ذكرنا ولان السكنى يمكنه بدون نصب الابواب فأشبهه تطين سطوحها وتبييضها

(مسألة) (وان حفر بئراً عادية ملك حرثها خمسين ذراعاً وان لم تكن عادية فحرثها خمسة وعشرون) البئر العادية بتشديد الباء القديمة منسوبة الى عاد ولم يرد عاداً بينهما لكن لما كانت عاد

فيه فان قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره ازالته لان بد الاول عليه ، وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت ، وان قعد وأطال منع من ذلك لانه يصير كالتكليف ويختص بنعم يساويه غيره في استحقاقه ، ويحتمل أن لا يزال لانه سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم ، وان استيق اثان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من برى عنهما ، وان كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للامام تمكينه بعوض ولا غيره . قال احمد ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق . قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤدي المارة لما تقدم ذكرنا له وقال لا يعجنى الطحن في العروب اذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري انما كره ذلك لئضيقها طريق المارة في الماء . قال أحمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى السراء ، مما يطحن بها

(فصل) في القواطع وهي ضربان (أحدهما) اقطاع ارفاق وذلك اقطاع مقاعد الدوق والطرق الواضحة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن للسابق اليها الجلوس فللامام اقطاعها لمن يجلس فيها لان له في ذلك اجتهاد آمن حيث إنه لا يجوز الجلوس الا فيما لا يضر بالمارة فكان للامام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه ، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق اليها من غير اقطاع سواء الا في شيء واحد وهو أن السابق اذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لان استحقاقه لها بسبقه اليها ومقامه فيها فاذا انتقل عنها زال استحقاقه لزال المعنى الذي استحق

في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم ، فكل من سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له» وله حريم خمسون ذراعا من كل جانب ، وان حفر بئرا في موات لتتمليك فله حريمها خمسة وعشرون ذراعا من كل جانب نص أحمد على هذا في رواية حرب وعبدالله واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي وأبو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها في الحقيقة ما يحتاج اليه في ترقية مائها فان كان بدولاب فقدر مد الثور او غيره وان كان بساقية فقدر طول البئر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «حريم البئر مد رشائها» أخرجه ابن ماجه ولانه المسكن الذي تمشي اليه البهيمة ، وان كان يستقي منها يذره فقدر ما يحتاج اليه الواقف عندها ، وان كان المستخرج حينما حفرها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع ولا يستضر باخذه منه ولو كان الف ذراع ، وحريم انهر من جانبها ما يحتاج اليه لطرح كرايته بحكم العرف وذلك ان هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال أبو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعا وحريم العين خمسمائة ذراع لان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «حريم البئر أربعون ذراعا لاعطان الابل والغنم» وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد .

ولنا ما روي أن الدارقطني والحلال باسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا وحريم البئر العامدي خمسون ذراعا» وهذا نص وروى أبو عبيد بإسناده

به وهذا استحقاق يقطع الامام فلا يزول حكمه بنقل متاعه ولا بضره الجلوس فيه ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس ببناء ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه (الثاني) اقطاع موات من الارض لمن يجيها فيجوز ذلك لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ أعطاه أرضاً فأرسل معارية أن أعطه اياه او أئتمه اياه حديث صحيح ، وأقطع بلال بن الحارث المزني وأيض ابن حمال المأربي ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال « اعطوه من حيث وقع السوط » رواه سعيد وابو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال : دعا رسول الله ﷺ الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله ان فعلت فاكتب لآخواننا من قريش بمثلها ، وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضاً ، وان عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت وبراء بن عازب عن أبي عبد الله أنه قال لعمر ان قبلنا أرضاً بالبصرة ابنت من أرض الحجاج ولا نضر باحد من المسلمين فان رأيت أن تقطعها اتخذ فيها قضيلاً لحبني فافعل قال فكتب عمر الى أبي موسى ان كانت كما يقول فأقطعها اياه روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال ، وروى سعيد عن سفيان عن ابني نعيم عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جبيته أو مزيته أرضاً. اذا ثبت هذا فان من أقطع الامام شيئاً

عن يحيى بن سعيد الانصاري أنه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً والبدي خمس وعشرون ذراعاً وبإسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ، ولانه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط ولان الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج الى ما حوله عطناً لا يله وموقفاً للدوابه وغنمه وموضماً يحمل فيه أحواضاً يسقي منها ماشيته وموقفاً لدابته التي يسقي عليها واشباه ذلك فلم يختص الحريم بما يحتاج اليه في ترقية الماء فأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصح منه ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه

﴿ مسألة ﴾ (وقيل حريمها قدر مد رشائها من كل جانب) لما ذكرنا من الحديث إذا ثبت ذلك فان ظاهر كلامه في هذا الكتاب وظاهر كلام الخري أن يملك حريم البئر ونقل عن الشافعي وقال القاضي بل يكون أحق به

﴿ مسألة ﴾ (وقيل احياء الارض ما عدا احياء وهو عمارتها بما تنهيا به لما يراد منها) وقد ذكرنا ذلك وقيل ما يتكرر كل عام كالسقي والحرق فليس باحياء ومالا يتكرر فهو احياء لان العرف ان حرق الارض مرة ايس باحياء وان عمل الحائط عليها ونحوه احياء وللشافعي وجه في أن الزرع والحرق احياء وقد ذكرناه ، فان كانت كثيرة الدغل والحشيش كلروج التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان احياء على قياس ما ذكرنا أولاً

من الموات لم يملكه بذلك لكن بصير أحق به كالتحجر للشارع في الأحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العتيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ ولو ملكه لم يجز استرجاعه ورد عمر أيضاً قطيعة أبي بكر لمدينة بن حصن فسأل عبيدة بن جراح أن يحدد له كتاباً قتال والله لا أجد شيئاً رده عمر رواه أبو عبيد ، لكن المانع بصير أحق به من سائر الناس وأولى بأحيائه فإن أحياءه والا قال له السلطان إن أحييته والا فأرفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحببه دون الناس وإنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي ، وإن طلب المهلة لعذر أهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يهل على ما ذكرنا في المتحجر ، وإن سبق غيره فأحياءه قبل أن يقال له شيء ، أو في مدة المهلة فهل يملكه ؟ على وجهين

وقد روي عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جبهة أو مزينة أرضاً فعطوها فجاء قوم فأحيوها فخاصهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردوها وإكبتها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردوها فدل هذا على أنها إذا كانت قطيعة من غير رسول الله ﷺ فهي لمن أحيائها (والثاني) لا يملكه لأنه تعلق به حق المقطع ومنه يوم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » انه إذا تعلق بها حق مسلم لم يجز إحياءها ، وقد ذكرنا الوجهين في المتحجر وهذا مثله ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمنحو ما ذكرنا

(فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء فإن لم تصل إلى الماء فهو كالتحجر للشارع في الأحياء على ما نذكره ، وقوله ومن حفر بئراً عادية يحمل على البئر التي انظمت وذبح ماؤها فجدد حفرها وعمارها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء لها فالما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لأحد احتجاره ومنعه لأنه بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفع بها الناس وهكذا العيون التابعة ليس لأحد أن يختص بها ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها أو ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فإذا تركها كانت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وهو أحق بها ما دام مقبلاً عندها لأنه سابق اليها فهو كالتحجر للشارع في الأحياء

(فصل) وإذا كان لإنسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما عمد إليه اغصانها حوالها وفي النخلة مد جريدها لما روى أبو سعيد قال اختصم إلى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة فأمر بجريده من جرائدها فذرت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع ففضى بذلك رواه أبو داود ، وإن غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وإن سبق إلى شجر مباح كالزيتون والحروب فسقاه وأصلحه فهو له كما للمتحجر للشارع في الأحياء فإن طعمه مملوك بذلك وحريمه لأنه تعلق بالانتفاع به لما يراد منه فهو

(فصل) وايس للامام اقطاع مالا بجز احيائه من المعادن الظاهرة لان النبي ﷺ لما استقطعه ابيض بن حمل المالح الذي يمارب فقيل يارسول الله انما اقطعت المار المد فارجه منه ولان في ذلك تضيقا على المسلمين، وفي اقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا ينبغي ان يقطع الامام أحداً من الموات الا ما يمكنه احيائه لان في اقطاعه اكثر من ذلك تضيقا على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه فان فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العقيق الذي اقطعه اياه رسول الله ﷺ

(فصل) في الحى ومعناه ان يحمي ارضا من الموات بمنع الناس رعي ما فيها من الكلاب يختص بها دونهم وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا اتجمع بلداً أوفى بكاب على نثر ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته باهوا، فحينما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضيق على الناس ومنهم من الانتفاع بشيء لم فيه حق

وروى الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا حى الا لله ورسوله » رواه أبو داود وقيل « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلا » رواه الحلال . وايس لاحد من الناس سوى الائمة أن يحمي لما ذكرنا من الخبر والمعنى فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين

كسوق المال الى الارض الوات ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مال لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك سواء كان محتزراً الثانية في ملكه مثل رجلين من جاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم الآخر بئراً اعتمق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا في موات فسبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً يجذب ماء الاولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يبتديء ملكه على وجه يضر بالملك قبله ، وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتمية داره وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار بما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بمقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانها أو يحفر في اصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها أو يجعل داره مخبزاً في وسط المطارين ونحوه مما يؤذى جاره وقال الشافعي له ذلك كله وروي ذلك عن احمد وهو قول بعض الحنفية لانه تصرف مباح في ملكه اشبه ببناءه وتقيضه ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » ولانه احداث ضرر بجاره فلم يجز كالندق الذي يهز الجيطان ويخرها وكالغناء السباد والتراب في اصل حائطه على وجه يضر به ولو كان

ايوله في الخبر « لالحى الا لله ورسوله » لكنه لم يحجم لنفسه شيئا وانما حى المسلمين فقد روى ابن عمر قال : حى النبي ﷺ التمتع لحبل المسلمين . رواه أبو عبيد والتمتع بالذوق موعظ التمتع في الماء فيكثر فيه الخصب لمكان ما يضر فيه من الماء ، وأما سائر أمة المسلمين فليس لهم أن يحذروا إلا أنفسهم شيئا ولكن لهم أن يحذروا مواضع لعمى فيها حبل المجاهدين وتعم الجزية وابل الصدقة وصول الثمن التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستصبره من سواه من الناس ، وهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوله ، وقال في الآخر ليس لعير النبي ﷺ أن يحمي قوله « لالحى الا لله ورسوله »

ولذا أن عمر وعثمان حيا واشهر ذلك في الصعابة فلم يذكر عليهما وكان إجماعا ، وروى أبو عبيد بن عمير عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى أعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام نحميها ؟ فأطرق عمر وجعل يدهخ ويأبى لشاربه - وكان إذا ذكر به أمر قتل شاربه ونزع - فلما رأى الاعرابي حيا جعل يردد ذلك فقال عمر : المال دل الله والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حيت شيرا من الارض في شبره وقال ما ك بلغني انه كان يحمل في كل عام على أربعين الفاً من الطهر . وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لمي حين أسئله على حى الرتبة يا هني أضرم جناحك عن الناس ولحق دعة المظلوم فاتها مجابة ،

لرجل مصنع فأراد حجاره غرس شجرة مما تسمى عروقه فتشق حائطه فمتع جاره وغلغه لم يملك ذلك وكان لجاره منه وقلمها ان غرسها ، ولو كان هذا الذي جعل منه الضرر سابقا لم يكن له في الملك مدبرة او مقصرة فاحيا إنسان الى حياته مواتا وبنه دارا فضرر بذلك لم يلزمه إزالة الضرر بغير خلاف تعلمه لانه لم يحدث ضررا

(مسئلة) (ومن تحجر مواتا لم يملكه وهو احق به وورثته من بعده ومن يملكه اليه وليس له بعه وقيل له ذلك)

محجر الموات المشروع في احيائه مثل ان يدبر حول الارض ترابا واحجارا او حائطها بحجر صغير لم يملكها بذلك لان الملك بالاحياء وليس هذا احياء لكن يصير احق الناس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من سبق الى مال سبق اليه مسلم فهو احق به » رواه ابو داود فان مات فورا فانه احق به لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ترك حقا الا مالا فهو تورثه » فان قلنا ان الخبر صار الثاني احق به لان صاحبه اقامه مقامه ، وليس له بعه فان باعه لم يصح لانه لا يملكه فملك بعه كحق الشفعة قبل الاخذ به ولكن سبق الى معدن او مباح قبل اخذه وقيل له بعه لانه احق به

(مسئلة) (فان لم يم احياءه قيل له اما ان تحييه واما ان تتركه) اذا طالت المدة بعد التحجر ولم يحيه فينبغي ان يقول السلطان اما ان تحييه او تتركه ليحييه غيرك لانه سبق على الناس في حق مشترك

وادخل رب الصريمة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عذان فانهما إن هلكتا ماشيتيهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء بهرمخ بأمر المؤمنين فالكلاء أهون علي أم غرم الذهب والورق أنها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نذلهم ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ما حبت على الناس من بلادهم شيئا أبداً ، وهذا اجماع منهم ، ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « ما أطعم الله نبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده » وأما الخبر فمخصوص وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرد في المسلمين ففارق الائمة في ذلك وساووه فيما كان صلاحاً للمسلمين وليس لهم أن يحرموا الا قدرأ لا يضيق به على المسلمين ويفسر بهم لانه انما جاز لما فيه من المصاحبة لما يحصى وليس من المصاحبة ادخال الضرر على أكثر الناس

(فصل) وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد تقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه ، ومن أحياء منه شيئا لم يملكه ، وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان . وما حماه غيره من الائمة فقبره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان أحياء انسان ملكه في أحد الوجهين لان حمى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد (والوجه الآخر) لا يملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز تقضه

بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء او معدن لا ينتفع به ولا يدع غيره

﴿ مسألة ﴾ (فان طاب الامهال اهل مدة قريية)

كالشهرين والثلاثة ونحوها لانه يسير فان بادر غيره فأحياء في مدة المهلة او قبل ذلك ملكه بالاحياء في احد الوجهين لان الاحياء يملك به والتحجر لا يملك به فيثبت الملك بما يملك به دون مالا يملك به كمن سبق الى معدن او مشرعة فجاء غيره فأزاله وأخذ ولعموم الحديث في الاحياء (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « من أحياء ارضا مية في غير حق مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق وكذلك قوله « من سبق إلى مال لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وروي سعيد في سننه أن عمر قال من كانت له ارض - يعني من تحجر ارضاً - فمطالها ثلاث سنين فجاء قوم بعمرها فهم أحق بها وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني احياء في حق غيره فلم يملكه كالأحياء ما يتعلق به ، صالح ملك غيره ولان حق المتحجر اسبق فكان أولى كحق الشفيح يقدم على شراء المشتري (فصل) فان ضربت للمتحجر مدة فانقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه لان المدة ضربت له لينقطع حقه بعرضها وسواء اذن له السلطان في عمارتها او لم يأذن ، وان لم يكن للمتحجر عذر في ترك المارة قبل له اما ان تعمر واما ان ترفع يدك فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها ، فان لم يقل له شيء واستمر تطيلها فقد ذكرنا حديث عمر في المسئلة قبها ومذهب الشافعي في هذا الفصل والمسئلة قبلها على نحو ما ذكرنا

كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا والله أعلم

(فصل في أحكام المياه) قد ذكرنا في البيع حكم ملكها ببيعها ، ونذكر هنا حكم السقي بها فنقول لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جارياً أو واقفاً فإن كان جارياً فهو ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهرأ عظيماً كالنيل والفرات ودجلة وما أشبهها من الأنهار العظيمة التي لا يستغنى أحد بسقيه منها فهذا لا تزاحم فيه ولكل أحد أن يسقي منها ماشاء متى شاء كيف شاء [الاسم الثاني] أن يكون نهرأ صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه فإنه يبدأ بهن في أول النهار فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ إلى السكب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها ، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن يليه - فلا شيء للباقيين لأنه ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل في هذا ما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الانصار خاضع الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ فقال ﷺ «اسق يا زبير ثم ارسل الماء إلى جارك» فنضب الانصاري وقال يا رسول الله أن كان ابن عمك؟ فتولون وجه رسول الله ﷺ ثم قال «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» قال الزبير فوالله اني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكوك فيما شجر بينهم) متفق عليه ورواه مالك في مروطه عن الزهري عن عروة عن عبد الله بن الزبير ، وذكر عنه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ «ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكهين

(فصل) وللإمام اقطاع موات لمن يحببه ولا يملك بالاقطاع بل يصير كالتحجير الشارع في الأحياء على ما ذكرناه ، ولا ينبغي أن يقطع إلا ما قدر على أحيائه لان اقطاعه أكثر منه ادخال ضرر على المسلمين بلا فائدة فيه فإن فعل ثم تبين عجزه عن أحيائه استرجعه منه كما استرجع عمر رضي الله عنه من بلال ابن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه النبي صلى الله عليه وسلم فروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع وإن عمر قال لبلال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحببه عن الناس [إعما] أقطعك لتعمر نخلنا منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي رواء أبو عبيد في الأموال ، وذكر سعيد في سننه عن عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر قال ما أقطعته لتحببه فانقطعه الناس ، وروى علقمة بن وائل عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أرضاً بحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، قال سعيد ثنا شفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فاحبوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمر بن الخطاب فقال عمر لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر لم أردوها ولكنها قطعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا أردوها

(الغني والشرح الكبير) (٢٢) (الجزء السادس)

قال أبو عبد الله رحمه الله تعالى جمع شرج والشرج نهر صغير والحفرة أرض ملبسة بحجارة سود والحدرد الحدرد وهو ما
أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء صوبه بلا على غيره فلما قال الانصاري بإقباله توعى
النبي ﷺ الزبير حقه وروى مالك في الموطأ أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو أنه بلغه أن
رسول الله ﷺ قال في سبيل مهزوز ومذنبب يسلك حتى السكبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل
قال ابن عبد البر هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يقولون به عندهم قال عبد الملك بن حبيب
مهزوز ومذنبب واديان من أودية المدينة يسلك بالمطير وتنفس أهل الحواطط في أسبيلها وروى
أبو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراً لهم يذكرون أن رجلاً من قرظين كان له حياض في
بني قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ في سبيل مهزوز والسبيل الذي يمشون ما به فخصي بينهم رسول الله ﷺ
أن الماء إلى الكمين لا يجس الأعلى على الأسفل ولأن من أرضه قريظة من فوهة النهر أشبق إلى الماء فكان أولى به
كمن طابق إلى المشرعان كانت أرضه صاحب الأعلى مختلفة منها متعلبة بها من الماء لا يسقي كل واحدة منها على
حدها وإن احتوى اثنيان في الغرب من أول النهر انتبها الماء بينهما أن أمكن وإن لم يكن أفرع بينهما فإقدام
من تقع له القرعة فإن كان الماء لا يفضل عن أحد منهما في من تقع له القرعة فهو له من الماء ثم تركه للأخوة وليس
له أن يسقي بجميع الماء لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء وإنما القرعة للتقدم في استيفاء الحق
لأن في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الإمتل فإنه ليس الأسفل بحق إلا فيما فضل عن الأعلى فالحق كانت

(فصل) وقد روى وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه أوطاً فأرسله معاوية أن
أعطه إياه أو أعلمه إياه ، حديث صحيح ، وأقطع الزبير حصراً قرسة فأخبرني فرسه حتى قام وروى
بسطوه فقال « أعطوه من حيث وقع السوط » رواه سعيد وأبو داود ، وذكر البخاري عن أنس قال
عطا رسول الله صلى الله عليه وسلم الانصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله إن فعلت فأكتب
لاخواننا من قريش بمنها ، وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضاً وأقطع عثمان خمسة من أصحاب
رسوله الله صلى الله عليه وسلم الزبير وشعداً وابن مسعود وأسماء بن زيد وخبيب بن الارت وروى
عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمران قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا يضر بأحد
من المسلمين فإن رأيت أن تقطعها أخذ فيها فضيلاً حين قال فكتب عمر إلى أبي موسى أن كانت
كما يقول فاقطعها إياه . روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال إذا ثبت هذا فإن من أقطعه الإمام
شيئاً من الموات لم يملكه بذلك لكن يضير أحق به كما تجوز الفارح في الأحياء على ما ذكرنا من
حديث بلال بن العطار حيث استرجع منه عمر ما عجز عن أخبائه ولو ما ملكه لم يجز استرجاعه وروى
عمر أيضاً قطيعة أبي بكر لعينة بن حصن فسأل عينة بن حصن أبا بكر أن يحدد له كتاباً فقال والله
لا أجده شيئاً رده عمر زوله أبو عبيد . فعلى هذا يكون المقطع أحق به من سائر الناس وأولى بأحيائه وحكمه
حكم المنتخج الشارح سواء وقد مر ذكره ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا
(مسألة) (وله أقطاع الجلمس في الطرق الواسعة ورحاب المساجد ما لم يهدق على التمس)
القطيع ضربان (أحدهما) أقطاع موات لمن يحميه وقد ذكرناه (والثاني) أقطاع أرفاق وذلك كقطاع مغانم
الاسواق والطرق الواسعة ورحاب المساجد فالإمام أقطاعها لمن يجلس فيها لئلا يهدق ذلك الجهاداً

أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض لأن الزائد من الأرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزء من الماء كما لو كان الشخص ثلثاً، وإن كان الجماعة وميراثهم من نهر غير مملوك أو سيل وجاء إنسان ليحبي مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يستعي قبلهم لأنهم سبقوا إلى النهر منه ولأن من ملك أرضاً ملكها بمحقوقها ومرافقها ولا يؤمك غيره بإبطال حقوقها وهذا من حقوقها وهل لهم منعه من أحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان أحدهما ليس لهم منعه لأن حقهم في النهر لا في الموات والثاني لهم منعه لتلا بصير ذلك ذريعة إلى منعهم بحقوقهم من السقي لتقدمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجعل الحال عاقبة فلنا ليس لهم منعه لتسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فاحيا في أسفله مواتاً ثم أحياء أخرى فمواتاً ثانياً فوق الثاني كان للأسفل السقي أولاً ثم الثاني ثم الثالث ويقدم السقي إلى الأحياء على السبق إلى أول النهر لما ذكرناه

(فصل) الضرب الثاني الماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضاً قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الاضطرار مثل أن يجف إنسان نهر صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو نهر مجرى وشروع في الأحياء فإذا اتصل الحفر لكل الأحياء وملكه لأن المباح بالأحياء أن تنضم العقارة إلى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجزه لأن الأحياء يحصل بأن يهينه الانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالاً كما القراء النهر وحاقية فهو هو الوالد حتى له

من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يضر له فيضرب بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بملازمة السابق إليها من غير اقتطاع إلا في أن السابق إذا نقل مناعه عنها فليغيره الجلوس فيها لأن استحقاقها له سبقه إليها ومقامه فيها فإذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحقق به وهذا استحقاق بالإمام فلا يزول حقه بقول مناعه ولا لغيره الجلوس فيه، وحكمة في التظليل على نفسه بما ليس شيئاً ومنعته من البناء ومنعه إذا طال مقامه حكم السابق على ما تقدم ذكره

(مسئلة) فإن لم يقطعها فمن يسبق إليها الجلوس فيها أو يكون أحق بها لم ينقل قبضه عنها) ما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد أحياءه سواء كان واسعاً أو ضيقاً وسواء ضيق على الناس بذلك أو لم يضيق لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصالحهم الشبه مساجدهم ويجوز الاتفاق بالقعود في الواضع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الإحصار في جميع الاعتصار على أقرار الناس على ذلك من غير أنكار، ولأنه اتفاق بمباح من غير إضرار فيمنع منه كالأحياء قال أحمد في السابق إلى ذلك كين السوق غدوة فهو له إلى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « مني مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وكساء ومحوه لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه، وليس له أن يبي ذكراً ولا غيرها لأنه يضيق على الناس ويضر به المارة بالليل والضرير في الليل والنهار وتبقى على الدوام وربما ادعى الملك بذلك والسابق أحق بما كان فيه فإن قام وتروك لشاعه فيه لم يجز له يوم أن الله لأن بدأ بالأول

وكذلك حريمه وهو ما في العين من كل جانب وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك وكذلك حريم البئر وهذا مذهب الشافعي، وظاهر قول الحنفي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله ﷺ « من أحيا أرضاً لم يملك فهي له » وأحياؤها أن يحوط عليها حائطاً أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حولها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك. فإذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لأنه إن ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فإن كفى جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم ونزاعوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جازلانه حقهم لا يخرج عنهم وإن تشاخوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حوزوز أو ثقب متساوية في الهمّة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك فإذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل في ستة ثقب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، وإن كان لواحد الخمس والباقي لاثنتين يتساويان فيه جعل عشرة ثقب لصاحب الخمس أربعة نصب في ساقيته واكمل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فإن كان النهر لعشرة خمسة منهم أرض قروية من أول النهر ولخمس أرض بعيدة

عليه وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت

﴿مسئلة﴾ (فإن طال مقامه منع في أحد الوجهين) لأنه يصير كالمملك ويختص بنفع يساويه غيره

في استحقاقه (والثاني) لا يمنع لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم

﴿مسئلة﴾ (وإن سبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى منها

فإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه وأيس للإمام تمكينه بعوض ولا غيره)

قال أحمد ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق قال القاضي هذا

محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم وقال لا يعجبني الطحن في العروب إذا

كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري إنما كره ذلك لتضييقها طريق

السفن المارة في الماء قال أحمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها

(فصل) وإن سبق إلى معدن فهو أحق بما ينال منه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق

إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وسواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً إذا كان في موات فإن أخذ

قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك لأنه يضيق على الناس بما لانفع فيه

له أشبه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة

﴿مسئلة﴾ (وهل يمنع إذا طال مقامه للاخذ؟ على وجهين)

(أحدهما) يمنع لأنه يصير كالمملك والآخر لا يمنع لاطلاق الحديث، وإن استبق إليه اثنان أو أكثر

وخاصي المكان عنهما أفرع بينهما لأنه لا مزبلة لأحدهما على الآخر ويحتمل أن يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته وقد

جعل لاصحاب القرية خمسة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقيين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم خمسة أخرى ، وان أراد أحدهم أن يجري ماء في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاء لانه يتصرف في ساقيته ويجزب حافتها بغير اذنه وبخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك ، ويجزي على قولنا ان الماء لا يملك ان حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ، وان السابق أحق بالسقي منه ثم الذي يليه على ما ذكرنا لانه غير مملوك فكان السابق اليه أحق به كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو مما ذكرنا والله أعلم (فصل) واذا حصل نصيب انسان في ساقية فله أن يستقي به ما شاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر او لم يكن وله أن يعطيه من يستقي به ، وقال القاضي واصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء لان ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستنصر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى فأراد تنفيذ إحداهما الى الاخرى لم يجز لانه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفراد باستحقاقه فكان له أن يستقي منه ماشاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم ما ذكره في الدارين ، وان سلمنا فافرق بينهما أن كل دار يخرج منها الى درب آخر مشترك لان

تساويا فقسم بينهما كما لو تداعيا عينا في ايديهما ولا يئنه لاحدهما ويحتمل ان يقدم الامام من يرى منه لان له نظراً وذكر القاضي وجها رابعا وهو ان الامام ينصب من يقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي (مسألة) (ومن سبق إلى مباح كصيد أو عنبر وحطب رثمه ولقطة ولقبط وما يئنه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا يئنه النفس وما يسقط من البلح وسائر المباحات فهو أحق به باذن الامام وغير اذنه اقول رسول الله ﷺ « من سبق إلى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وان سبق اليه اثنان قسم بينهما لان قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما لانه لا مزبة لأحدهما على الآخر ، وان سبق الى موات أو بتر عادية فهو أحق بها لما ذكرنا

(مسألة) ١ واذا كان الماء في نهر غير مملوك كماء الامطار فلمن في أهلاه أن يستقي ويحبس الماء حتى يصل الى الكعب ثم يرسل الى من يليه)

وجملة ذلك انه لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جاريا أو واقفا والجارى ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهراً عظيماً كالنيل والفرات الذي لا يستنصر أحد بالسقي منهما فهذا لانزاهم فيه ولكل أحد أن يستقي منهما متى شاء وكيف شاء [القسم الثاني] أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه وينشاحون في مائه أو سيل ينشاح فيه أهل الارضين الشاربة منه فيبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ثم يرسل الى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا حتى تنتهي الاراضي كلها فلن لم يفضل عن الاول شيء أو عن

الظاهر ان لكل دار سكاها فيجعل لسكان كل واحدة منها استطرافا الى درب غير فائد لم يكن لم حق في استطرافه وههنا انما يسقي من ساقته المفردة التي لا يشاركة غيره فيها فلو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقته لم يتضرر بذلك أحد ، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أيضا لارسم لها في الشرب من ذلك النهر فالسقي في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها ، وان كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقي بتصديه من الماء أيضا لارسم لها في الشرب من غيره خلاف نعله فان ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ماضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقته المختصة به بما أحب من اجراء غير هذا الماء فيها او عمل رحن عليها أو دولاب او عبارة وهي خشبة تمد على طرفي النهر او فطرة يعبر الماء فيها وغير ذلك من التصرفات لانها ما به لا حتى لغيره فيها فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير اذ شر كانه ، وقال القاضي في العبارة هذا يبني على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماء في أرض غيره ، والصحيح أنه لا يجوز ههنا ، ولا يصح قياس هذا على اجراء الماء في أرض غيره لان اجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لانه يسقي عروق شجره وبشره أولا وآخرا وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولم يسق له شيئا ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قدمه شيئا يسقي به أرضا في أول النهر او غيره او أراد انسا ز غيرهم ذلك لم يميز لانهم صاروا

اشياء أو من يلبسها بلا شيء ، فلباقين لانهم ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولانهم فيه مخالفا لما روى عبد الله بن الزبير ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها الى النبي ﷺ فقال ﷺ « اسق با زبير ثم ارسل الماء الى جارك » فغضب الانصاري فقال يا رسول الله ان كان ابن عمك ؟ فنزل وجه رسول الله ﷺ ثم قال « با زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر » فقال الزبير فوالله اني لأخذ بهذه الآية نزات فيه (فلا ورهك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه ، وذكر عبد الرزاق عن معمر بن الزهري قال نظر نافي قول النبي ﷺ « ثم احبس حتى يبلغ الجدر » وكان ذلك الى الكهين ، قال أبو عبيد : للشراج بهم شرح والشرح نهر صغير والحرة أرض ملبسة بحجارة سود ، والجدر الجدار وانما أمر النبي ﷺ

الزبير أن يسقي ثم يرسل تسهلا على غيره فلما قال الانصاري ما قال امر في النبي ﷺ الزبير حقه وروى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن عمر بن حزم انه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سهل مهروز وندنيب « يسلك حتى يبلغ الكهين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » قال ابن عبد البر : هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يعلمون به عندهم ، قال عبد الملك بن حبيب : مهروز وندنيب واديان من أودية المدينة بسيلان بالمطر يتناسل أهل الحوايط في سيلها

وروى أبو داود باسناده عن ثعلبة بن أبي مالك انه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم الى رسول الله ﷺ في مهروز السيل الذي يقسمون ماءه فغضى بينهم

أحق بالماء الجاري في هرهم من غيرهم ولأن الآخذ من الماء، ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك
لغيره أو المشترك بينه وبين غيره، ولو فاقص ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح كالطائر
يمشش في ملك إنسان وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا

(فصل) ولو قسم الماء النهر المشترك بالمياه أودية جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما
مثل أن يجعلوا لكل حصه يوما وإليه أو أكثر من ذلك أو أقل وأن قسموا النهار فجعلوا لواحد من
طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز، وإن قسموه ساعات
وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مشهوره ترك في الماء، وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة
كانت ساعة وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها زمل ينزل من أعلاها إلى أسفلها
في ساعة أو ساعتين ثم يقبها فيورد الزمل إلى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار أو بميزان
الشمس الذي تعرف به ساعات النهار أو بتأزل القمر في الليل ونحو ذلك جاز فإذا حصل الماء لأحدهم
في نوبته فإراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنسانا أو يقرضه إياه على
وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز، وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز لما تقدم
في مثل ذلك، وإن أراد صاحب التوبة أن يجري مع مائة ماء له آخر يسقي به أرضه التي لها رسم شرب

رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكمين لا يجس إلا على أعلى الأسفل، ولأن من أرضه قريبة من رأس
النهر سبق إلى المسكان فيكون أولى به كالسابق إلى المنسعة فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة

متباينة ومنها مسننة سقي كل واحدة منها على حدتها فإن استوى إثنان في القرب من أول النهر اقتسما
الماء بينهما إن أمكن والأفروع بينهما فتقدم من تقع له القرعة فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سبق من
تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم زك الإخرا، وليس له السقي بجميع الماء لمساواة لا خوله في استحقاق
الماء وإنما القرعة لتقدم في استيفاء الحق لأنني أصل الحق بخلاف الأعلى من الأسفل فإنه ليس إلا على
حق الأفي الغاضل عن الأعلى فإن كانت أرض أحدهما أكبر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على
قدر الأرض لأن الزائد من أرض أحدهما يساو في القرب فاحتحق جزءا من الماء. كالمثل الثالث

(مسئلة) فإن أراد إنسان أحيا أرضا يسقيها من ماء النهر جاز بالمعنى بأهل الأرض الشارقي منه)
إذا كان جماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سبيل فجاء إنسان يسقي موانا أقرب من رأس
النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبايع لأنهم أسبقوه إلى النهر منه ولأن من ملك أرضا ملكها بحقوقها
ومر اقتها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها، وهي لهم منعه من إحياء ذلك الموات فيه
وحوان (أحدها) ليس لهم منعه لأن حقوقهم في النهر لاني الموات (والثاني) لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعه
حقوقهم من السقي لتقدمه عليهم في القرب إذا طال الزمان وجرا الحال، فإذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إلى سبيل
ماء لو هو غير مملوك فأحيا في أسفله والآنهم آخر فوقفهم أحيا ثالث فرق الثاني كان للأسفل السقي أو لأم
الثاني ثم الثالث، وتقدم السقي إلى الإحياء على السقي إلى أول النهر لما ذكرنا

من هذا النهر أو أرضا له أخرى أو سأله انسان أن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر ليقاسمه اياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضا جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور اذا كان فيها ولانه مستحق لنفع النهر في نوبته باجراء الماء فأشبهه مالوا استأجرها لذلك

(فصل) (القسم الثاني) أن يكون منبعم الماء مملوكا مثل ان يشترك جماعة في استنباط عين واجرائها فانهم يملكونها أيضا لان ذلك احياء لها ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في القسم الذي قبل هذا الا ان الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبهه مالو دخل صيد بستانه، وههنا يخرج على روايتين أصحها أنه غير مملوك أيضا وقد ذكرنا ذلك ، وعلى كل حال فلكل أحد ان يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير اذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ، ولا يحمل لصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزيكهم ولهم عذاب اليم : رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل ، وراه البخاري ، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحمل منعه ؟ قال « الماء » قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحمل منعه ؟ قال « الملح » قال يانبي الله ما الشيء الذي لا يحمل منعه ؟ قال « ان تفعل الخير خير لك » رواه أبو دارد ولان

(فصل) (الضرب الثاني الجاري في نهر مملوك وهو قسمان) (أحدهما) أن يكون الماء مباح الاصل مثل أن يحفر انسان نهرا صغيرا يتصل بنهر كبير مباح فالمل يتصل بالحفر لا يملكه وانما هو تحجر وشروع في الاحياء فاذا اتصل الحفر ملكه لان الملك بالاحياء ان تنتهي العبارة إلى فصدما بحيث يتكرر الانتفاع بها على صيرتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجره لان الاحياء يحصل بنهيته للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافته ، وهو اؤه حق له وكذلك حريمه وهو ماقي الطين من جوانبه ، وعند القاضي ان ذلك غير مملوك لصاحب النهر وانما هو حق من حقوق الملك ، وظاهر قول الحزقي انه مملوك اقير صاحبه قياسا على قوله في حريم البئر انه يملكه . اذا تقرر ذلك فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والمنفعة لانه انما ملك بالعمارة والعمارة بالمنفعة ، فان كفي جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم فتراضوا على قسمته بالمهاياة او غيرها جاز لان حريمه لا يخرج عنهم ، وان تشاحوا فيه فومه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لان كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الارض في تصدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متسارية في السعة على قدر حقوقهم من كل حز أو ثقب ساقية مفردة لكل واحد منهم فاذا حصل الماء في ساقيته انفرج به فان كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك ، فاذا كان لأحدهم نصفه ولثاني ثلثه ولثالث سدسه جعل فيه ستة ثقوب : لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب

ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فاما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك فان فضل الماء عن حاجة من صاحبه لزمه بذلك وان لم يفضل لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضوع .

(فصل) اذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة فان أرادوا إكراهه أو سدبقي فيه أو إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فان كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل في إكراهه وإصلاحه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول وبشرك الباقيون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد، يشترك جميعهم في إكراهه كله لانهم ينتفعون بجميعة فان ما جاوز الأول مصب لمائه وان لم يسق أرضه

ولنا أن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فان كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف فؤنة ذلك المصرف على جميعهم لانهم يشتركون في الحاجة إليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله .

قدس واحد، فان كان لواحد الخسان والبقى لاثنيين على السوا جعل عشرة ثقب: لصاحب الحسين أربعة نصب في ساقيته، وكل واحد من الآخرين ثلاثة، فان كان النهر لعشرة — خمسة منهم أراض الربية من أول النهر وخمسة أراض بعيدة جعل لأصحاب القريبة خمسة ثقب لكل واحد ثقب وجعل للباقيين خمسة تجري في النهر حتى نصل إلى أرضهم، ثم تقسم بينهم خمسة أخرى فان أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره إيقاسه في موضع آخر لم يجز بغير رضاه لانه يتصرف في ساقيته ويحرب حاجتها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك، ويجزي على قولنا إن الماء لا يملك ان حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك وان السابق أحق بالسقي ثم الذي يليه على ما ذكرنا، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا

(فصل) واذا حصل نصيب انسان في ساقية فله أن يسقي به ماشاء من الارض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر او لم يكن، وله أن يعطيه من يسقي به، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب من هذا الماء لان ذلك دال على ان لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشراكا، وبصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى فأراد تنفيذ إحداها إلى الأخرى لم يجز لانه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي به ماشاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم

﴿مسئلة﴾ قال (واحياء الارض أن يحوط عليها حائطا)

ظاهر كلام الحرقي أن تحويط الارض احياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للفحم أو الخشب أو غير ذلك ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال احياء أن يحوط عليها حائطا وبمغفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روي الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال « من أحاط حائطا على أرض فهي له » رواه أبو داود والامام أحمد في مسنده ، وبروي عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، ولأن الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه ما لوجهها حظيرة للفحم وبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للفحم فيبناها بمحص وأجر وقومها يبيتونه فإنه يملكها وهذا لا يصنع للفحم مثله ، ولا بد أن يكون الحائط منيعا بمنع ماوراءه ويكون مما جرت العادة بمثله وبمختلف باختلاف البلدان فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين أو بالطين كالغطائر لاهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالقصب كأهل الغور كان ذلك احياء ، وإن بناه بأرفع مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء . روايتان (احدهما) ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعليق الملك على الاحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان احياء في العرف كما انه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو عاق الحكم على مسمى باسمه لثملق بمسماه عند أهل البلدان فكذلك يملق بالحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم

ما ذكره في الدارين وان سلمنا فالفرق بينهما ان كل دار يخرج منها إلى درب مشترك لان الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل سكان كل واحدة منهما استطرافا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطرافه وههنا إنما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها، ولو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف، وان كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف فعلمه فان ضاق الماء قدم الاسبق فالاسبق على ما مضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء ماء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمتد على طرفي النهر أو قنطرة يعبر فيها الماء أو غير ذلك من التصرفات لأنها ملكه ولا جق فيها لغيره فاما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لانه تصرف في النهر المشترك أو في حريمه بغير إذن شركائه وقال القاضي في العبارة هذا ينبغي على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره والصحيح أنه

لا يطاق حكما على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعيين العرف طريقا لمعرفته اذ ليس له طريق سواء . اذا ثبت هذا فان الارض تحيي داراً لا سكنى وحظيرة ومزرعة فاحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها الانتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار فيأمن بيني حيطانها بما جرت به العادة وتسقيها لانها لا تكون تسكنى الا بذلك .

وأما الحظيرة فاحياء بما يحاط جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف لان العادة ذلك من غير تسقيف وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو الحطب أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقاً لم يكن احياء . لانه ليس بمحاط ولا عمارة إنما هو حفرة ونخريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن احياء . وكان محجراً لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو من ذلك ، ولو نزل منزلاً فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن احياء ، وإن أرادها للزراعة فيأمن بتهيئتها لا يمكن الزرع فيها ، فان كانت لا تزرع الا بالماء فيأمن بسوق اليها ماء من نهر أو بئر وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها كأرض الحجاز فيأمن بفتحها وينقيها حتى تصلح للزرع ، وإن كانت غياضاً وأشجاراً كأرض الشعري فيأمن بقلم أشجارها وبزبل عروقها التي تمنع الزرع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها الا بمس الماء عنها كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء . لكثرتة فاحياءها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى الارض التي لا ماء لها .

لا يجوز هنا ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لان إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لانه يسقي عروق شجره ويشربه أولاً وآخرأ وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولا يسقي له شيئاً ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمته شيئاً يسقي به أرضاً في أول النهر أو في غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجوز لأنهم صاروا أحق بالماء الخاص في نهرهم من غيرهم ولان الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره ، ولو قاض ماء هذا النهر الى أرض إنسان فهو مباح كالطائر يعيش في ملك إنسان ومذهب الشافعي في ذلك على نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز اذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصّة يوماً وليلة ، وان قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز ، وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم جاز فاذا حصل الماء لأحدهم في نوبته فأراد أن يسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنساناً أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز لما تقدم ، وان أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يسقي

ولا يعتبر في احياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في الاحياء كتحياها وكالسكنى في البيوت ، ولا يحصل الاحياء بذلك اذا فعله لمجرده لما ذكرنا ولا يعتبر في احياء الارض للسكنى نصب الابواب على البيوت وهذا قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجها في أن حرثها وزرعها احياء لها وان ذلك معتبر في احيائها ولا يتم بدونه ، وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به فأشبهه التسقيف ولا يصح هذا لما ذكرنا ، ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبهه تطيين سطوحها وتبييضها

(مسئلة) قال (أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حوايها، وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة الى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد في الزمن الاول وكانت لها اثار في الارض نسب اليها كل قديم فكل من حفر بئراً في دوات لتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية كان أحق بها لقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب » نص احمد على هذا في رواية حرب وعبدالله واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي وابو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج اليه في تروية ماؤها ؛ منها فان كان بدولاب فقد مد الثور

به أرضه التي لها رسم شرب من النهر أو أرضاً له أخرى أو سأله إنسان أن يجري له ماء مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضاً جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور إذا كان فيها ولانه مستحق لنعم النهر في نوبته باجراء الماء فأشبهه ما لو استأجرها لذلك .

(فصل) القسم الثاني أن يكون منبع الماء مملوكاً مثل ان اشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها فانهم يملكونها أيضاً لان ذلك احياء لها ، وبشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في النهر في القسم الذي قبله الا أن الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبهه ما لو دخل بستانه صيد ، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضاً وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع وعلى كل حال فليس كل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في اشياء ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ولا يحصل صاحبه المنع من ذلك لما روي أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكهم ولهم عذاب أليم رجل كان يفضل ماء بالطريق فمعه ابن السبيل » رواه البخاري وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحمل منعه ؟ قال الماء قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحمل منعه ؟ قال

أو غيره ، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « حریم البئر مدرعائها » أخرجه ابن ماجه ولأنه المكان الذي تمشي اليه البهيمة ، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج اليه الوافع عندها ، وإن كان المستخرج عيناً فخریمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستضر باخذه منها ولو على الف ذراع ، وحریم البئر من جانبيه ما يحتاج اليه ل طرح كرابته بحكم العرف في ذلك لأن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال ابو حنيفة حریم البئر أربعون ذراعاً ، وحریم العين خمسمائة ذراعاً لأن أبا هريرة روى عن النبي ﷺ أنه قال « حریم البئر أربعون ذراعاً لا عطان الا بل والغنم » وعن الشعبي مثله رواه ابو عبيد

ولنا ما روى الدارقطني والحلال باسنادهما عن النبي ﷺ أنه قال « حریم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً وحریم البئر العادي خمسون ذراعاً » وهذا نص ، وروى ابو عبيد باسناده عن يحيى ابن سعيد الانصاري أنه قال السنة في حریم القليب العادي خمسون ذراعاً والبدي خمس وعشرون ذراعاً ، وباسناده عن سعيد بن المسيب قال حریم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها وحریم بئر الزرع ثلاثمائة ذراعاً من نواحيها كلها وحریم البئر العادي خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ولأنه معنى يملك به الموات فلا يتف على قدر الحاجة كالحائط ولأن الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقيه الماء فإنه يحتاج الى ما حولها عطناً لا يله وهو قفا للدرابه وغنمه وهو ضما يجعل فيه أحواضاً يستقي منها ماشيته ، وهو قفا لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحریم بما يحتاج اليه ترقيه الماء ، وأما حديث ابي حنيفة

«المالح» قال بانبي الله ما الشيء الذي لا يخل منه؟ قال «أن تفعل الخير خير لك» رواه أبو داود ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، وأما ما يؤثر كسقي الماشية للكثيرة فإن فضل عن حاجته لزمه بذله والالم يارمه وقد ذكرناه

(فصل) إذا كان النهر أو الساقية مشتركاً بين جماعة فأرادوا إكراهه أو سد بئق فيه أو إصلاح حائله أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فإن كان بعضهم أدنى الى أوله من بعض اشترك الكل في إصلاحه وأكراهه الى ان يصلوا الى الاول ثم لا شيء على الاول وبشرك الباقيون حتى يصلوا الى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل الى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء ، وبهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في إكراهه كله لأنهم ينتفعون بجميعه فإن ما جاوز الاول نصب لمائه وإن لم يسق أرضه

ولنا أن الاول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج الى صرفه فمؤنته على جميعهم لا اشتراكهم في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله

فحدثنا أصحابنا من رواها ابو هريرة فيدل على ضعفه. اذا ثبت هذا فظاهر كلام الحرقى ان هذا الحريم مملوك لصاحب البئر، وعند الشافعي والتماضي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا (فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وان لم يصل الى الماء. فهل كالتحجر الشارح في الاحياء على ما قدمناه ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفزها وعمارها او انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك احياء لها، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لانه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفع بها الناس وهكذا العيون النابتة ليس لاحد أن يختص بها، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها او ينتفع هو بها مدة اقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها صارت للمسلمين كما هم كالمعادن الظاهرة وما دام مقياً عندها فهو أحق بها لانه سابق اليها فهو كالتحجر الشارح في الاحياء.

(فصل) واذا كان لانسان شجرة في موات فلا حريمها قدر ما نهد اليه اغصانها حوايلها وفي النخلة مد جريدتها لما روى ابو داود باسناده عن أبي سعيد قال اختصم الى النبي ﷺ في حريم نخلة فأمر بجريده من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقبض بذلك وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وان سبق الى شجر مباح كزيتون والحروب فسقاه وأصاحبه فهو أحق به كالتحجر الشارح في الاحياء. فان طعمه مملوكه بذلك وحريمه لانه نهيماً الانتفاع به لما يراد منه فهو كوق الماء الى الارض الموات وقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »

(مسئلة) (وللامام أن يحمي أرضاً من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها مالم يضيق على الناس، ولا يجوز ذلك لغيره)

معنى الحمى أن يحمى أرضاً يمنع الناس رعي جنبها بالخص بها وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا اتجمع بلاء أقام كلباً على نشز ثم استنواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع الناس فيما سواه فهي رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق فروى الصهب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا حمى إلا لله وللرسوله » رواه ابو داود وقال عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلاء » رواه الحلال فليس لاحد من الناس أن يحمي سوى الائمة لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين قوله « لا حمى إلا لله وللرسوله » ولم يحم لنفسه شيئاً وإنما حمى للمسلمين فروى ابن عمر قال حمى النبي ﷺ النقيع لحبل المسلمين رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان الماء الذي يصير فيه، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لانفسهم شيئاً ولكن لهم أن يحموا مواضع ترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء، فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البئر الأولى فليس له ذلك سواء كان محنفاً ثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى اليها ماء الأولى أو كاتفا في واد فبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً فنجذب ماء الأولى، وروايت الشافعي في هذه الصورة الثانية لأنه ليس له ان يبني، ملكه على وجه يضر بالمالك قبله، وقال في الأولى له ذلك لأنه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كمنعلة داره، وهكذا الخلاف في كل واحدة الجار مما يضر بجاره مثل ان يجهل داره مدبغة أو حماماً يضر بمقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانها أو يحفر في أصل حائطه حشاً يتأذى جاره برائحة، وغيرها أو يجهل داره نخبزا في وسط الطارين ونحوه من ما يؤذي جيرانه فلا يجل له ذلك وقال الشافعي له ذلك كله لأنه تصرف مباح في ملكه أشبه بتأده وتقضه

ولنا قول النبي ﷺ لا ضرر ولا ضرار « ولأنه أحداث ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكالتقاء السماد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة بين أو نحوها مما نسري عروقه فنشق حائطه مصنع جاره ويتأفه لم يملك ذلك ركان لجاره منه وتلفها ان غرسها، ولو كان هذا الذي يحصل منه الضرر سابقاً من له في ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيا انسان الى جانبه وانا وبناه داراً يتضرر بذلك لم يلزم ازالة الضرر بغير خلاف نعمه لأنه لم يحدث ضرراً والله تعالى أعلم

الناس التي يقوم الامام بمخاطبتها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوليه، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله « لا حى إلا لله ولرسوله » ووجه الاول أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليهما فكان اجاعاً فروى أبو عبيد باصناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أنى اعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام؟ نعمها قال فاطرق عمر وجعل ينفخ وينتل شاربه وكان إذا كرهه أمر فتل شاربه ونفخ فلما رأى الاعرابي ما به جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله والله لولا ما أحل عليه في سبيل الله ما حيت من الارض شبراً في شبر. قال مالك بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعة من الفأ من الظهر، وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لهنى حين استعمله على حى الربة يا هنى اضم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة وأدخل رب العربة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فأنهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ بأمر المؤمنين قال كلاً أهون علي أم غرم الذهب والورق أنها أرضهم قائلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وأنهم ليرون أنا نفلهم ولولا النعم التي نعمل عليها في سبيل الله

(مسئلة) قال (وسواء في ذلك ما احياه أو سبق اليه باذن الامام أو غير اذنه)

ونجدة ذلك ان احياء الموات لم يفتر الى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يفتر الى اذنه لان للامام مدخلا في النظر في ذلك بدليل ان من نحر حجر مواتا فلم يحبه فانه يطالبه بالاحياء أو الترك فانقر الى اذنه كحل بيت المال .

وانما عوم قوله عليه السلام «من احيى أرضا فهي له» ولان هذه عين مباحة فلا يفتر تملكها الى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ، ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه الا ترى ان من وقف في مشرعة طالبه الامام ان يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتر ذلك الى اذنه ، وأما مال بيت المال فانها هو مملوك للمسلمين والامام ترتيب مصارفه فانقر الى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فنسبق اليه كل أحق الناس به كالحشيش والحطب والصبود والنار المباحة في الجبال

(فصل) فأما ما سبق اليه فهو الموات إذا سبق اليه فتحجره كان أحق به ، وان سبق الى بئر عارية فترع فيها يعمرها كان أحق بها ، ومن سبق الى مقاعد الاسواق والطرقات أو مشاريع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما يندبه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس والقطرة واللقيط وما يسقط من التاج وسائر المباحات من سبق الى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج الى اذن الامام ولا اذن غيره . اقول النبي ﷺ من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به ، والله الموفق

لما حبيت على الناس من بلادهم شيئا أبدا وهذا اجماع منهم ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «ما طعم الله لبي طعمة الا جعلها طعمة من بعده» والخبر مخصوص وما جهاه لنفسه يفارق حتى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يرد على المسلمين ، وليس لهم أن يحجروا الا قدرأ لا يضيق عن المسلمين ويضرهم لانه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمي وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس .

(مسئلة) (وما جهاه النبي ﷺ فليس لأحد تقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه)

لان ما حكم به النبي ﷺ نص لا يجوز تقضه بالاجتهاد ومن احياه منه شيئا لم يملكه وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان أصحهما أنه لا يجوز تقضه لما ذكرنا ، فأما ما جهاه غيره من الائمة فغيره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان احياء انسان مملوك في أحد الوجهين لان حتى الائمة اجتهاد وملك الارض بالاسباب نص والنص يقدم على الاجتهاد والوجه الآخر لا يملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز تقضه كما لا يجوز تقض حكمه والاول أولى لان الاجتهاد في حكمه في تلك المدة دون غيره ولهذا ملك الحامي تقضه وهذا ذهب الشافعي في هذا على نحو ما ذكرنا

كتاب الوقوف و العطايا

الوقوف جمع وقف يقال منه وقفت وقفاً ولا يقال أوقفت الا في شاذ اللغة ويقال حبست وأحبست وبه جاء الحديث « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها » والعطايا جمع عطية مثل خلية وخلايا ، وبلية ولايا والوقف مستحب ومعناه تهييس الاصل ونسبيل الثمرة

والاصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال : أصاب عمر أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله اني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها ؟ فقال « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف ، لاجنح على من ولها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير منأى فيه أو غير متمول فيه . متفق عليه .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال « اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . قال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة الا وقف ، ولم ير شريح الوقف وقال لا بأس من فرائض الله قال أحمد وهذا مذهب

كتاب الوقف

وهو تهييس الاصل وتسهيل المنفعة وهو مستحب ، والاصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال أصاب عمر أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله اني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها ؟ قال « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف لاجنح على من ولها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير منأى فيه أو غير متمول فيه متفق عليه وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه مسلم (فصل) والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم ، قال جابر لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة الا وقف ولم ير شريح وقال لا بأس من فرائض الله قال أحمد هذا مذهب أهل الكوفة وحديث ابن عمر حجة على من خالفه وهو صريح في الحكم مع صحته وقول جابر نقل للاجماع فلا يلتفت الى خلاف ذلك

أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الواقف لا يلزم بمجرد الواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكام بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس وخالفه أصحابه فقالوا كقول سائر أهل العلم

واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبو الهيثم إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورتهما ، رواه الهاملي في أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القرية من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ واجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن النبي ﷺ قال له ر في وقفه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث قال الترمذي رحمه الله: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لأنهم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافا

قال الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده ، وعمر برهه عند المروة على ولده ، وعثمان بزومة ، وتصدق علي بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمر بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم

﴿مسئلة﴾ وفيه روايتان احداها أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها أو سقاية ويشرعها لهم) ظاهر المذهب ان الواقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه التي ذكرناها قال احمد في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن أدخل بيتاً في المسجد وأذن فيه: لم يرجع فيه وكذلك اذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع هذا قول أبي حنيفة ، والرواية الاخرى لا يصح الا بالقول ذكرها القاضي وهو مذهب الشافعي وأخذة القاضي من قول احمد إذ سأله الاثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

قال شيخنا وهذا لا ينافي الرواية الاولى فإنه ان أراد بقوله ان كان جعلها لله أي نوى بتحويلها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الاولى وزيادة عليها اذ منعه من الرجوع بمجرد التحويل مع النية وان أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك مع اذنه للناس في الدفن فيها فهو الرواية الاولى بعينها وان أراد اذا وقتها بقوله فيدل بمفهومه على أن الواقف لا يحصل بمجرد التحويل والنية وهذا لا ينافي الرواية الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله ، اذنه للناس في الدفن ولم يوجد هنا فلا تنافي بينهما ولم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة واحتجوا بان هذا تحبيس على وجه القرية فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالواقف عن الفقهاء

مالك ، وحكي قولنا لسانه رضي الله عنه لقول النبي ﷺ « حبس الاصل وسبل الثمرة »
ولنا أنه سبب يزول التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعق ، ولأنه لو كان ملكه لرجعت
إليه قيمته كالمالك المطاق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوباً لا يباع ولا يوهب ولا يورث وقائدة
الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والحصومة فيه وبجمل أن يلزمه إرش جنائته كما يفدي
أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

(الفصل الثاني) أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لأن
الوقف يحصل به ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده
وقال الواقف المعروف أن يخرج من يده إلى غيره ويؤكد فيه من يقوم به اختياره ابن أبي موسى وهو
قول محمد بن الحسن لأنه تبرع بمال لم يخرج من المألية فلم يلزم بمجرد كالمبة والوصية

ولنا ما روينا من حديث عمر ، ولأنه تبرع بمنع البيع والمبسة والميراث فلم بمجرد كالعق
ويشارك المبة فانها تمليك مطلق والوقف تحبوس الاصل وتسهيل المنفعة فهو بالعق أشبه فالحاقه به أولى
(الفصل الثالث) أنه لا يفترق إلى القبول من الموقوف عليه ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب
إن كان الوقف على غير معين كالساكنين أو من لا يتصور منه القبول كالساجد والقناطر لم يفترق إلى
قبول ، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان (أحدهما) اشتراطه لأنه تبرع لا دمي

(الثاني) أن يضيف إليها لفظة تخلصها من الافظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسئلة
أو مؤبدة أو محرمة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسئلة أو مؤبدة
(الثالث) : أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث لان هذه
القرينة تزول الاشتراك .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح الوقف إلا بشروط أربعة : (أحدها) أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن
الاتفاع بها دائماً مع بقاء عينها كالحيوان والقار والاثاث والسلاح)
وجملة ذلك أن الذي يصح وقفه ما جاز بيعه مع بقاء عينه وكان أصلاً يبق بناء متصلاً كالقار والحيوان
والسلاح والاثاث وأشياء ذلك

قال أحمد في رواية الأثرم أنما الوقف في الدور والارضين على ما وقف أصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد : لا بأس به ، وهذا قول القاضي ، وقال
أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا العروض الا الكراع والسلاح والغلمان والبقر
والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لان هذا حيوان لا يقابل عليه فلم يجوز وقفه كما لو كان الوقف إلى
مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أما خالد فإنه قد احتبس أدراعه واعناده في سبيل الله » متفق

معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية بحقه أن الوصية إذا كانت لا دمي معين وقتت على قوله وإذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تقتصر إلى قبول كذا ههنا

(والوجه الثاني) لا يشترط القبول لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر، ولأنه إزالة ملك بمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالتعلق وبهذا فارق الهبة والوصية والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص بالمعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية المعتبرة بخلافه وهذا مذهب الشافعي فإذا قلنا لا يقتصر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالتعلق، وإن قلنا يقتصر إلى القبول فردده من وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنتظم الابتداء بخروج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصنفين فإن قلنا بصحته فهل ينتقل في الحال إلى من بعده أو يعرف في الحال إلى مصرف الوقف المنتظم إلى أن يموت الذي رده ثم ينتقل إلى من بعده؟ على وجهين وسنذكر ذلك في الوقف المنتظم الابتداء إن شاء الله تعالى

(فصل) وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب، قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم مملوكه

عليه وفي رواية أعتده أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد، وروي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناصحه في سبيل الله واني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ «اركبه فان الحج والعمرة من سبيل الله» ولأنه يحصل فيه تجسس الاصل وتسييل المنفعة فصح وقفه كالعتق والقرص الحليس أو نقول يصح وقفه مع غيره فصح وحده كالعتق

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رجل له دار في الرض أو قطعة فاراد التنزه منها قال يقفها وقال القطائع ترجع إلى الاصل أراد جعلها للمساكين فظاهر هذا اباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الاصل لا أنها تصير بهذا القول وقفاً

﴿مسئلة﴾ (ويصح وقف المشاع وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناء على أصله في أن القبض شرط وهو لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر فاستأذن النبي ﷺ فيها فأذن له في وقفها وهذا صفة المشاع ولأنه تقدي يجوز على بعض الجملة مقررراً فجاز عليه مشاعاً كالبيع ولأن الوقف تجسس الاصل وتسييل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المقرر ولا نسلم اعتبار القبض وإن سلمنا فهو يصح في الوقف كما يصح في البيع

وروي عن أحمد أنه لا يملك فان جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على وريثه في مرضه يجوز لانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة وإنما ينتفعون بملتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ويحتمل أن يزيد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فان فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه ، وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف الا لازم بل يكون حقا لله تعالى لانه إزاله ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتملك المنفعة فانقل الملك إلى الله تعالى كالمعتق

ولنا أنه سبب بزبل ملك الواقف وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينتقل الملك إليه كالمدة والبيع ، ولانه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ويفارق المعتق فانه أخرجه عن المألة وانتاع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كام الولد (فصل) وألفاظ الوقف ستة ثلاثة صريحة وثلاثة كناية : فالصريحة وقفت وحسبت وسبلت متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر « إن شئت حببت أصلها وسبلت أمرتها فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطابق في الطلاق وأما الكناية فهي تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتحريم مشتركة

(فصل) وان وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كئفا كان جاز وسواء جعل مال الوقف على أولاده على المساكين أو على جهة سواهم لانه اذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين ، وان أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لان إطلاق الاضافة إليهما يقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق الا بالتصنيف وان قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهي بينهم اثلاثاً (مسئلة) (ويصح وقف الحلي على اللبس والعارية)

لان ذلك نفع مباح مقصود يجوز أخذ الاجرة عليه فصح الوقف عليه كوقف السلاح في سبيل الله ولما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً بمشرين الفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته رواه الحلال باسناده ولانه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائماً فصح وقفها كالقمار وهو قول الشافعي وروي عن أحمد أنه لا يصح وقفها عليه وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الاصل من الايمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدرهم والمذهب الاول لما ذكرنا ، والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في اسقاط الزكاة عن متخذة وجوز اجارته لذلك ويفارق الدرهم والدنانير فان العادة لم تجز بالتحلي بها ولا اعتبر الشرع ذلك في اسقاط زكاة ولا ضمان نفعه في النصب بخلاف مسألتنا

فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات، والتحريم يستعمل في الظهار والايان ويكون محرماً على نفسه وعلى غيره والتأييد يحتمل تأييد التحريم وتأييد الوقف ولم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجرد ما ككنايات الطلاق فيه فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها (أحدها) أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة (الثاني) أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لاتباع ولاتوهب ولانورث لان هذه القرينة تزيل الاشتراك (الثالث) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى الا أن النية تجمله وفقاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر قلن اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره وان قال ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى

(فصل) وظاهر مذهب أحمد ان الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجداً وبأذن للناس في الصلاة فيه أو مقبرة وبأذن في الدفن فيها أو سقاية وبأذن في دخولها فانه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتاً في المسجد وأذن فيه لم يرجع فيه وكذلك اذا أخذ الخابز وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع، وهذا قول أبي حنيفة، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصبر وفقاً الا بالقول وهذا مذهب الشافعي وأخذ القاضي من قول أحمد اذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار وسلاح غير معين) لان الوقف ابطال لمعنى الملك

فيه فلم يصح في غير معين كالمعتق

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح في غير معين كأحد هذين العبدين) لانه انقل للملك على وجه القرية فلم يصح

في غير معين كالهبة

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح وقف مالا يجوز بيعه كام الولد والكلب والمرهون وكذلك الخنزير وسائر سباع

البهائم التي لاتصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها)

لانه نقل للملك فيها في الحياة فلم يجوز كالبيع ولان الوقف تحميس الاصل وتسبيل المنفعة ومالا منفعة فيه مباحة فلا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أيسح الاتفاح به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجوز التوسع فيها، والمرهون في وقفه ابطال حق المرتهن منه فلم يجوز ابطاله ولا يصح وقف الحمل المنفرد لانه لا يجوز بيعه .

(فصل) (ولا يصح وقف مالا ينتفع به مع بقائه دائماً كالآثمان والطموم والرياحين)

مالا يمكن الاتفاح به مع بقاء عينه كالدرهم والدنانير والمشروب وأشباهه من الرياحين لا يجوز وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم الا شيئاً حكى عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام انه يجوز ولم يحكم أصحاب مالك وليس بصحيح لان الوقف تحميس الاصل وتسبيل المنفعة ومالا ينتفع به إلا بالاتلاف لا يصح ذلك

وهذا لا ينافي الرواية الاولى فانه أراد بقوله ان كان جعلها لله أي فرعي بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الاولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية ولن أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك من إذنه للناس في الذن فيها فهي الرواية الاولى بعينها وان أراد وقفاً بلسانه فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله اذنه للناس في الذن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة والله أعلم واحتجوا بان هذا تحجيس أصل على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقرا.

ولما أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالمقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاما كان اذنا في أكله ومن ملاً خابية ماء على الطريق كان تسبيلاً له ومن نثر على الناس ثاراً كان اذنا في التقاطه وأبيح أخذه وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير اذن باح بدلالة الحال وقد قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ وكذلك الهبة والمدية لدلالة الحال فكذلك ههنا وأما الوقف على المساكين فلم يخرج به عادة بغير لفظ ولو كانت شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كسائلنا والله أعلم.

فيه وقيل في الدرهم والدنانير يح وقفاً عند من أجاز اجارتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الايمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجوز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به ولذلك لا يصح وقف الشمع للاشعال لانه يتلف بالارتفاع به فهو كالما كول (الثاني) أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقناطر والاقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة . وجملة ذلك ان الوقف لا يصح إلا على بر أو معروف لولده وأقاربه والمساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والسفایات والمقابر وسبيل الله وإصلاح الطرق ونحو ذلك من القرب ويصح على أهل الذمة لانهم يملكون ملكاً محترماً ويجوز الصدقة عليهم قال الله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم) واذا جازت الصدقة عليهم جاز الوقف عليهم كالمسلمين ، وروي ان صفة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقنت على أخ لها يهودي ولان من جاز أن يقف عليه الذمي جاز أن يقف المسلم عليه كاسلم ولو وقف على من ينزل كنفائسهم ويصحبهم من المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح لان الوقف عليهم لا على الموضع

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح على الكنائس وبيوت النار والبيع وكتب التوراة والانجيل) لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وكتبهم مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفى شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان أخي موسى حياً لما وسعه إلا اتباعي » ولولا ان ذلك معصية ما غضب منه . وحكم

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز ان يرجع اليه شيء من منافعه)

وجملة ذلك ان من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجوز ان ينفق بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم مثل ان يقف مسجداً فله ان يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله ان يستقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كاحدم لانعلم في هذا كله خلافاً وقدروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سئل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين

﴿مسئلة﴾ قال (إلا ان يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار ما يشترط)

وجملته ان الواقف اذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه احمد . قال الاثرم قبل لابي عبدالله يشترط في الوقف أي أنفق على نفسي وأهلي منه قل نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه عن حجر المدري ان في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ، وقال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ابي وابن شبرمة وابو يوسف والزيبر وابن شريح ، وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لانه ازالة الملك فلم يجوز اشتراط نفعه لنفسه

الوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ومن يعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها والمسلم والذي في ذلك سواء ، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضباع بيد النصارى فاهم أخذها والمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا ولا نعم فيه مخالفاً لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح وقف الذي كغير المعين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا ونراهموا اليانا لم تنقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بمقد معاوضة انما هو ازالة ملك في الموقوف على وجه التربة فاذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك بحاله كالتق ، وقدروي عن أحمد رحمه الله فيمن أشهد في وصيته ان غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ماعليه؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجر خدمة مبالغ أربع سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه موصية وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله ، ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوظيفة بل لانه انما أعتقه بموضع يمتقدان صحته فاذا تعذر العوض باسلامه كان عليه مايقوم مقامه كما لو تزوج الذي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

كالبيع والمبة ، وكأ لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ولأن ما ينقته على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه
كأ لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به

ولنا الخبر الذي ذكره الامام احمد ولأن عمر رضي الله عنه لما رقف قال : ولا بأس على من
وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه وكان الوقف في يده الى أن مات ولأنه إذا وقف
وفقاً عاماً كالساجد والعتبات والزبانات والمنابر كان له الانتفاع به فكذلك ههنا ، ولا فرق بين أن
يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة ، وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فان عمر
رضي الله عنه لم يقدر ما يأكل الوالي ويطعم إلا بقوله : بالمعروف ، وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ
أنه شرط أن يأكل أهلها منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها
فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في أثناءها والله أعلم

(فصل) وان شرط أن يأكل أهلها منه صح الوقف والشرط لأن النبي ﷺ شرط ذلك في
صدقته ، وان اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز لأن عمر رضي الله عنه شرط ذلك في
صدقته التي استشار فيها رسول الله ﷺ فان وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لأن عمر
ولي صدقته ، وان وليها أحد من أهلها كان له ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت نلي صدقته بعد موته
ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح الوقف على حربي ولا مرند) لان أموالهم مباحة في الاصل تجوز إزالتها
فما يتجدد لهم أولى والوقف يجب أن يكون لازماً لانه تحميس الاصل
﴿مسئلة﴾ (ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين ، فان وقف على غيره واستثنى الأكل
منه مدة حياته صح)

اختلفت الرواية عن أحد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده فقال
في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجته الله تعالى أو في سبيله
فاذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه ، فملي هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل على من
بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لان الوقف تملك للرقبة
أو للمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه ولأن الوقف
على نفسه انما حاصله منع نفسه من التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرد به بأن يقول
لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه ، ونقل جماعة ان الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل
وهو أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما نذكره في المسئلة بعدها
ولأنه يصح أن يقف وفقاً عاماً فينتفع به كذلك اذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس
(فصل) ومن وقف وفقاً صحيحاً على انسان فقد صارت منافعه جميعاً للموقوف عليه وزال ملكه

(فصل) وان شرط أن يبيعه متى شاء او يهبه او يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لان العلم فيه خلافاً لانه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وان شرط الخيار في الوقف نسد، نص عليه احمد وبه قال الشافعي وقال ابو يوسف في رواية عنه يصح لان الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة

ولنا أنه شرط بنافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ان له يبيعه متى شاء، ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعقود ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة وبنارق الاجارة فانها عقد معاوضة وهي نوع من البيع، ولأن الخيار اذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل اقباض الخيار او التصرف وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فانترقا

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فانفسده كما لو شرط أن لا ينتفع، وان شرط الناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز لان ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وانما علق استحقات الوقف بصفة فكانه جعل له حقاً في الوقف اذا انصف بارادة الوالي لمعطيه ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبهه مال وقف على المشتغلين من ولده فإنه يستحق منهم من

عن الواقف وملك منافعه فلم يجز أن ينتفع بشيء منها فأما ان وقف شيئاً للمسلمين دخل في جملتهم مثل أن يوقف مسجداً فله أن يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله أن يسقي منها أو سقاية أو شيئاً يميم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم في ذلك خلافاً وقدروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوها فيها كدلاء المسلمين

(مسئلة) (وان وقف على غيره واستثنى الاكل منه مدة حياته صح)

اذا وقف وقفاً على غيره وشرط أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط نص عليه أحمد قال الاثرم قيل لابي عبد الله اشترط في الوقف اني أنفق على نفسي وأهلي؟ قال نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حنبل المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل أهلها منها بالمعروف غير المنكر قال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزييري وابن شريح وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لانه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيوع والهبة وكما لو اعتق عبداً واشترط أن يخدمه ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

ولنا ان الخبر الذي ذكره الامام أحمد ولان عمر رضي الله عنه لما وقف قال لا بأس على من

اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق ، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه والله أعلم

(فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون سفليها أو سفليها دون علوها صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح لأن المسجد يتبعه هواءه

ولما أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها ولأنه تصرف يزبل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع

(فصل) وإن جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

ولسأ أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجز بيتاً من داره

(فصل) إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده ففيه روايتان [إحداها] لا يصح فإنه قال في رواية أبي طالب وقد سنل عن هذا فقال لأعرف الوقف إلا ما أخرجه الله وفي سبيل الله فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا عرفه . فعلى هذه الرواية يكون الوقف عايه باطلا وهل يبطل الوقف على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لأن الوقف تملك الرقبة

وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا غير متمول منه وكان الوقف في يده إلى ان مات ولأنه اذا وقف وقتاً عاماً كالساجد والسقايات والمقابر كان له الانتفاع به وكذلك ههنا ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فان عمر لم يقدر ما يأكله الوالي ويطعم الأبقوله بالمعروف وفي حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه اذا شرط أن ينتفع بها مدة معينة فمات فيها فيبني أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في اثنتائها

(فصل) ويصح أن يشترط أن يأكل منها أهله لأن النبي صلى الله عليه شرط ذلك في صدقته وإن شرط أن يأكل منه من وليه ويطعم صديقا صح لأن عمر شرط ذلك في صدقته التي استأمر فيها رسول الله عليه وسلم فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقا لأن عمر ولي صدقته وإن وليها أحد من أهله فله ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر

(فصل) فإن اشترط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشروط لا نعلم في بطلان الشرط خلافاً لأنه يناهق مقتضى الوقف ويحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وإن شرط الخيار في الوقف فسد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح لأن الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة

والمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه ، ولان الوقف على نفسه انما حاصله منع نفسه التصرف في رقبته المالك فلم يصح ذلك كما لو أفرده بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه . وتتل جماعة ان الوقف صحيح اخذاره ابن أبي مومي . قال ابن عقيل وهي أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع اليه شيء من منافعه ، ولانه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

﴿ مسألة ﴾ قال (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والاناث من أولاد

البنين بينهم بالسوية الا أن يكون الواقف فضل بعضهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (الاول) انه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسبهم كان الوقف بين القوم وأولادهم ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك ان لم تقترن به قرينة تقتضي تريباً لان الواو تقتضي الاشتراك فاذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض وبشارك الآخر الاول وان كان من البطن العاشر ، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لانه يحتمل أن لا يكون حملاً فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى المقدم فلم يصح كما او شرط ان له ييمه متى شاء ولانه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح شرط الخيار فيه كالتق ولانه ليس بمقدم معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة بخلاف الاجارة فانها عقد معاوضة وههنا لو ثبت الخيار ثبت مع ثبوت حكم الوقف فافترقا

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع به فأما ان شرط للناظر ان يعطي من يشاء من أهل الوقف ويمنع من يشاء جاز لان ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما عاق استحقات الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا في الوقف اذا اتصف بارادة الناظر عطبه ولم يجعل له حقا اذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبهه ما او وقفه على المشتغين بالعلم من ولده فانه يستحق منهم من اشتغل دون من لم يشتغل فنتى ترك المشتغل الاشتغال زال استحقاته فان عاد اليه عاد استحقاته (فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون أسفلها أو أسفلها دون علوها صح وقال أبو حنيفة لا يصح

لان المسجد يتبعه هواؤه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك فصح وقفها كالدائر جميعها ولانه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع

(فصل) فان جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح وقال أبو حنيفة لا يصح حتى

يذكر الاستطراق

(فصل) فان قال وقفت على اولادي ثم على المساكين أو قل على ولدي ثم على المساكين أو على ولد فلان ثم على المساكين فقد روي عن أحمد ما يدل على انه يكون وقفا على اولاده وأولاد اولاده من الاولاد البنين ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك ، قال المروزي : قلت لأبي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من اولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من اولاد البنات فليس لهم فيه شيء لانهم من رجل آخر وقال أيضا بنين وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل : دفع إلى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل . ووجه ذلك ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في اولادكم المذكور مثل حظ الانثيين) فدخل فيه ولد البنين وان سفلوا ، ولما قال (ولأبويه أكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) فتناول ولد البنين وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين فالناطق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ، ولان ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى (يا بني آدم - و - يا بني اسرائيل) وقال النبي ﷺ « ارموا بني اسماعيل فان أبائكم كن رايها » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » والقبائل كلها تنسب إلى جذورها ، ولانوا وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة

ولنا أنه نقد يبيح الاتفاح من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكره كالأجر نيتاً من داره
 ﴿ مسألة ﴾ (الثالث أن يقفه على معين يملك ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد)
 لانه تملك أشبه البيع ولان الوقف تملك للمعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالاجارة
 ﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح على حيوان لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمذبر والميت والحمل والملك والبهيمة والجن)
 قال أحمد فيمن وقف على ماله لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تملك فلا يصح على من لا يملك فان قيل فقد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهاها وهي لا تملك قلنا الوقف هناك على المسلمين الا أنه عين في نفع خاص لهم
 فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة والوقف عليهم جائز قلنا على الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقاباً وإنما بخلاف المساجد

فان قيل فلم لا يصح الوقف على العبد اذا قلنا إنه يملك بالتمليك ؟ قلنا لان الوقف يقتضي تحييس الاصل والعبد لا يملك ملكاً لازماً ولا يصح على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر
 ﴿ مسألة ﴾ (الرابع أن يقف ناجزاً فاذا علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول هو وقف بعد

وقال القاضي وأصحابه لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات لان الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولده لصاحبه وإنما يسمى ولد الولد ولد أمه وأمه ولد ولده ولد ولده وان قال على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وان قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم وموضع الخلاف المطلق فاما مع وجود دلالة تصرف الى أحد الحملين فإنه يصرف اليه بغير خلاف مثل أن يقول على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف الى اولاد الاولاد بغير خلاف وكذلك ان قال على اولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الاكبر أو الاعلم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبتي عاد الى المساكين أو قال على ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الاعلى على الثاني أو قال الاعلى فالاعلى واشباه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعاقبته وان اقتربت به قرينة تقتضي تخصيص اولاده اصلبه بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصليبي أو القدين بلوتي ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الاول دون غيرهم واذا قلنا بالتعميم فيهم إما للقرينة وإما لقولنا بان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكاً ولا تريباً، احتمل أن يكون بينهم كاهم على التثريبك لانهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركاً كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب

موتى فيصح في قول الحرقي وعند أبي الخطاب لا يصح)

لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة ، مثل أن يقول اذا جاء رأس الشهر قداري وقف أوفرسي حبيس أو إذا ولد لي ولد أو اذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافاً لانه نقل للملك فيما لم يبين على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط في الحياة كالمثبة

(فصل) فأما إذا قال هو وقف بمد موتى فظاهر كلام الحرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط فلم يصح كالمعلقه على شرط في حياته وحمل كلام الحرقي على أنه قال قفوا بمد موتى فتكون وصية بالوقف لا ايافاً ولنا على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به أحمد أن عمر اوصى فسكان في وصيته هذا ما اوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان سمعا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورفيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد صلى الله عليه وسلم تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشتري يتفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه ان كل أو اشتري رقيقاً رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي صلى الله عليه وسلم ولانه اشترى في الصحابة ولم ينكر فسكان إجماعاً ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالمثبة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف وفارق هذا التعليق على شرط في الحياة

على حسب الترتيب في الميراث وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقبل إن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولداً فقال إن مات بعض ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لان هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يرصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) لم يستحق ولد البنين شيئاً من وجود آبائهم وأستحقوا عند تقدم كذا ههنا ، فأما ازوصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وفتت هذا على ولدي وولد ولدي ماننا سلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فلا قرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فان افترضوا أهل أولاد أولادي فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى يفترض البطن كما ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له لان الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه ، وان قل على أولادي وأولادهم ماننا تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان ذلك دليلاً على الترتيب لانه لو اقتضى التثريبك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان واغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي إلى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر

بدليل الصدقة المطلقة أو الهبة وغيرها وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمجهول ولا يحمل وغير ذلك وبهذا يبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما

(فصل) ولا يشترط القبول الا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما يشترط ان لم يقبل أورده بطل في حقه دون من بعده وصار كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز يصرف في الحال إلى من بعده وجملة ذلك أن الوقف إذا كان على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفترق إلى القبول وان كان على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما لا يشترط اختياره القاضي لانه أحد نوعي الوقف فلم يشترطه القبول كالنوع الآخر ولانه إزالة ملك تتم البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه قبول كالتق

والثاني يشترط لانه تبرع لا دمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية بحقه أن الوصية إذا كانت لادمي معين وفتت على قبوله وان كانت لغير معين كالمساكين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول كذا ههنا والأول أولى والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص بالمعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف

من ارادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده فاذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه ، واه بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وإن رتب بعضهم دون بعض فنال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما ناسلوا وتماقبوا ، أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما ناسلوا فهو على ما قال يشترك من شرك بينهم بالواو المتضمنة للجمع والتشريك وترتيب من رتبته بحرف الترتيب ، ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) وإن قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاختوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاختواته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه ، وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لآخيه وابني أخيه بالسوية لانهم أهل الوقف ، ثم إن مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه

على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا لا يقتصر إلى القبول لم يبطل بالرد كالتق وإن قلنا يقتصر إلى القبول فردده بطل في حقه دون من بعده وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة (فصل) إذا وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز فهو وقف منقطع الابتداء كالوقف على عبده وأم ولده أو مجهول فإن لم يذكر له مالا فالوقف باطل وكذلك ان جعل له مالا لا يجوز الوقف عليه لانه أدخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه ، وإن جعل له مالا لا يجوز الوقف عليه كمن يقف على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة ، وللشافعي قولان كالوجهين ، فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لا تملكنا صحتنا الوقف مع ذكر ما لا يجوز الوقف عليه فقد ألقينا لتعذر التصحيح مع اعتباره ، وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأولاده وبعد معين فكذلك ذكره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقرض صرف الى من يجوز ذكره القاضي وابن عقييل لان الواقف إنما جعله وقفاً على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه ، ويفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه لتعذر اعتباره ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط كمن وقف على ولده ثم على عبيده ثم على

الى أخيه وعمه لانهما أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخاف أخويه وابني أخ له فنصيبه لأخويه : ونابني أخيه لانهما ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حيا فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية ان لم يخلف ولداً وإن خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولا بني عمه النصف لكل واحد الربع ، وإن قال من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته فإن كان الواقف مرتباً بطناً بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه ، وإن كان مشتركا بين البطنين كماها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كماهم لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم والثمة شريك يقتضي التسوية ، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر أهل البطن الذي هو منه لانهم في ذمة في القرب الى الجدة الذي يجمعهم ويستوي في ذلك أخوته وبنو عمه وبنو نبي عم أبيه لانهم سواء في القرب ، ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كماهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئاً يفيد ، فعلى هذا ان لم يكن في درجته أحد . بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره ، وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه

المساكين خرج في سحة الوقف وجهان على ما ذكره في الوقف المنقطع الانتهاء ، ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناها اذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلقى ؟ على وجهين كما تقدم ، فان كان منقطع الطرفين صحيح الوسيط كن وقف على عبده ثم على اولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته أيضاً وجهان ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه الى مصرف الوقف المنقطع

﴿مسئلة﴾ (وان وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مالا أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز أو قال وقتت وسكت أنصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى وريثة الواقف وفقاً عليهم في احدى الروايتين ، والاخرى الى أقرب نصيبه وهل يختص به فقراءهم ؟ على وجهين ، وقال القاضي في موضع يكون وفقاً على المساكين)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته عند الفائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانتفاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وان كان معلوم الانتفاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين والجهة غير منقطعة فهو صحيح أيضاً وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف مقتضاه التأييد فاذا كان منقطعاً صار وفقاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء

(المغنى والشرح الكبير) الوقف على الاولاد على ان من مات قصبه لولده اولاهل الوقف ٢٠٣

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون وسواء تسارت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل
(والثاني) أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنتين فمات أحد الابنتين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه المحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه
(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فإن كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرايع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبهه ابن عمهم
(فصل) وان وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وان مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك ان كان له بنون وبنات فقال من مات من المذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه الف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئا حتى تستوفي البنات الاثلاث لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال

ولنا أنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان إليه عرف حمل عليه كنفقة البلد وعرف المصرف ههنا أولى الجهات به فكانه عندهم. اذا ثبت هذا فإنه يصرف عند انقراض الموقوف عليهم الى أقارب الواقف وبه قال الشافعي إلا أنه قال يكون وفقا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والانثى فيه سواء ، وعن أحمد أنه يصرف الى المساكين اختاره انقاضي والشريف أبو جعفر لانهم مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير مينة الصرف انصرفت اليهم كمالو نذر صدقة مطلقا ، وعن أحمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لا مستحق له فأشبهه مال من لا وارث له وقال أبو يوسف يرجع الى الواقف وإلى ورثته الا أن يقول صدقة موقوفة يتفق منها على فلان وفلان فاذا انقرض المسمى كانت على الفقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ، ويفارق ما إذا كان يتفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقا .

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه الى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته لقول النبي ﷺ «صدقتك على غير ذي رحمك صدقة وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة» وقال «انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم مالة يتكففون الناس» ولانهم أولى الناس بصدقاته التوافل والمفروضات فكذلك صدقته المنقولة. اذا ثبت هذا فإنه يكون

فجعل البنات كذوي الفروض الذين سمي الله لهم فرضاً وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون الا ما فضل عن ذوي الفروض

(فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسميين وعلى اولادهما واولاد الثالث وليس لثالث شيء ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف ، واحتج القاضي بان قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيدياً ليهضم فلا يوجب اخراج بقيةهم كالمطوف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا أنه أبطل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاخص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به تقول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً) لما خص المستطيع بالذكر اخص الوجوب به ولو قال ضربت زيدا رأسه ورأيت زيدا وجهه اخص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى (ويجعل الخبيث بعضه على بعض) وقول القائل طرحت الثياب بعضها فوق بعض فان الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا ، وفارق العطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد م

للفقراء منهم والاعنياء في احدى الروايتين عن أحمد وهو ظاهر كلام الحرقي لان الوقف لا يختص بالفقراء ولانه لو وقف على اولاده تناول الاعنياء والفقراء كذا ههنا ، وفيه وجه آخر أنه يختص بالفقراء منهم لانهم أهل الصدقات دون الاعنياء ولاننا خصصنا الاقارب بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الاعنياء ، واختافت الرواية فيمن يستحق الوقف من اقرباء الواقف ففي احدى الروايتين يختص بالورثة منهم لانهم الذين صرف الله اليهم ماله بعد موته واستغناؤه عنه فكذلك يصرف اليهم من ماله ما لم يذكر له مصرفاً ، فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وفقاً عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأيد ، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فيصرف اليهم مع بقائه صدقة ويحتمل أن يصرف اليهم على سبيل الارث على ما ذكره الحرقي ويبطل الوقف فيه كقول أبي يوسف والرواية الثانية يكون وفقاً على أقرب غصبة الواقف دون بقية الوراث ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالي لانهم خصوا بالفضل عنه وميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً ، قال شيخنا وهذا لا يقوى عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع ولا نعلم فيه نصاً ولا إجماعاً ولا يصح قياسه على ميراث لولاء الموالي لان علته لا تتحقق ههنا ، وأقرب الاقوال فيه صرفه الى المساكين لانهم مصارف مال الله وحقوقه فان كان في اقرب الواقف مساكين كانوا أولى

شركا. يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أي بشارك أولاد الموقوف عليها وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقبام الدليل عليه، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا وبمحتمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لأننا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله قال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف فخلا على قوم وماتوا والدوا ثم ولد مولود فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو الاول وان لم تسكن قد أبرت فهو معهم وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الاصل في البيس وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فيقبه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الاصل وبعد التأبير لا تتبع الاصل ويستحقه من كان له الاصل فكانت للاول لان الاصل كان كله له فاستحق ثمرة كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشترى وهكذا الحكم في سائر عمر الشجر الظاهر فان المولود لا يستحق منه شيئا ويستحق بما ظهر بعد ولادته، وان كان الوقف أرضا فيها زرع يستحقه البائتم فهو للاول وان كان مما يستحقه المشتري فله ولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للاصل كتجدد ملك المشتري فيه

به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بركانه وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولانا اذا صرفناه الى أقاربه على سبيل التبيين فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله الا بصرفه الى المساكين فان لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف الى الفقراء أو المساكين أو قفا عليهم لان القصد به اثواب الجاري عليه على وجه الدوام، ولما قدمنا الاقارب على المساكين اكونهم أولى فاذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم إلا على قول من قال انه يصرف الى ورثة الواقف ملكا لهم فانه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لانه بطل الوقف فيه بانقطاعه فصار ميراثا لا وارث له فكان بيت المال أولى به

(فصل) وان وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز كمن وقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضاً ويرجع بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع كالمسئلة قبلها لان ذكر من لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبهه تفريق الصفقة

(فصل) فان قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق ينمقد موجبا لكفازة اليين وهو قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القرية فوجب أن يصح

(الفصل الثاني) إذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسأهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف نهله فاما ولد البنات فقال الحرقي لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء. فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، وعن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسأهم وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لان البنات اولاده فأولادهن أولاد حةيمة فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول الافظ لهم، وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحا هدينا من قبل ومن ذريتنا داود وسليمان- الى قوله- وعيسى) وهو من ولد بنته فجملة من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وإدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية ابراهيم واسرائيل) وعيسى معهم وقال النبي ﷺ «ان ابني هذا سيد» وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل ابناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بنائهن

ووجه قول الحرقي ان الله تعالى قل (بوصيكم الله في أولادكم لذلك مثل حظ الاثنيين) فدخل فيه

مطلقاً كالأضحية والوصية، ولو قال وصيت بئث مالي صح واذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع تند انقراض الموقوف عليه كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال وقتت داري سنة أو الى يوم يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين)

لان مقتضى الوقف التأيد وهذا ينافيه (والوجه الآخر) يصح لانه منقطع الانتهاء فهو كما لو وقف على منقطع الانتهاء فان قائنا يصح فهو كمنقطع الانتهاء يصرف الى مصرف الوقف المنقطع الانتهاء (فصل) فان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لانه وقف متصل الابتداء والانتهاء، وان قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفا على المساكين ويلنو قوله على أولادي لان المساكين لا انقراض لهم

(مسئلة) (ولا يشترط اخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين)

ظاهر المذهب أن الوقف يزول به ملك الواقف ويلزم بمجرد اللفظ لان الوقف يحصل به وعن أحمد أنه لا يلزم الا بالقبض واخراج الوقف عن يده فانه قال الوقف المعروف أن يخرج من يده الى غيره يوكل فيه من يقوم به اختياره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لانه تبرع بما لم يخرج منه المالية فلم يلزمه بمجرد كالهبة والوصية

ولد البنين دون ولد البنات وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الأثر والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولأنه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالانفاق وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولأنه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر:

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأياد

وقولهم أنهم أولاد أولاد حتمية قلنا إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفا ولذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين إلي لم يدخل هؤلاء في الوقف، ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينسب إلى أبيها، وإنما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب إليه فنسب إلى أمه لعدم أبيه ولذلك يقال عيسى بن مريم وغيره إنما ينسب إليه كحجي بن زكريا وقول النبي ﷺ «إني ابنى هذا سيده تجوز بغير خلاف بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أباً أحدهم من رجالكم) وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الأمرين . فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه ولو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين أو فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان المساكين أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا ما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخوله في الوقف، وإن قال على أولادي وأولاد

ولنا ما روينا من حديث عمر ولأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فيلزم بمجرد كالتق، ويفارق الهبة فإنها تملك مطلق والوقف تحييس الأصل وتسهيل المنفعة فهو بالتق أشبهه والحاقه به أولى .

(فصل) قال رضي الله عنه (ويملك الموقوف عليه الوقف وعنه لا يملكه)

ظاهر المذهب أن المملك ينتقل في الموقوف إلى الموقوف عليه قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم مملكوه وروي عن أحمد أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة وإنما ينتفعون بملكها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فإن قائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حق الله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتملك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى كالتق

ولنا أنه سبب يزول ملك الواقف وجه إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينتقل الملك إليه كالهبة والبيع ولأنه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالهبة والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالهبة، ويفارق التق فإنه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كام أولاد

أولادي المنتسبين الي أو غير ذري الارحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات، وان قال على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولد فصيده لولده، وان قال الهاشمي رقت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي، فاما من كان هاشميا من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين (أولاهما) أنهم يدخلون لانهم اجتمع فيهم الصفتان جميعا كزعمهم من أولاد أولادهم وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لانهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فاشبه ما لو لم يقل الهاشميين وان قال على أولادي وأولاد أولادي ممن ينسب الي قبيلتي فكذلك

(الفصل الثالث) انه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والانثى لانه تشريك بينهم واطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكرد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) نساروا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض واپس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب فان الله تعالى قال (فان كانوا إخوة رجالا ونساء، فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا أعلم في هذا خلافا

(الفصل الرابع) أنه اذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال فلو قال رقت على أولادي وأولاد أولادي على أن لذكر سهمين والانثى سهما أو لذكر مثل حظ الانثيين أو على حسب ميراثهم

﴿مسئلة﴾ (وملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) لانه عام ملكه ولا نعلم في ذلك خلافا

﴿مسئلة﴾ (وليس له وطء الجارية فان فعل فلاحد عليه ولا مهر)

لا يجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لاننا من جباها فتنقص أو تلف أو تخرج من الوقف يكونها أم ولد ولان ملكه ناقص فان وطئ فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب للانسان شيء على نفسه

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت فالولد حر)

لانه من وطء شبهه وعليه قيمته يوم الوضع يشتري بها عبد مكانه لانه فوت رقه وتصير أم ولد له لانه أحبلها بحر في ملكه فاذا مات عتقت وتجب قيمتها في تركته لانه أتلفها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفاً مكانها، وإن قلنا لا يملكها الموقوف عليه لم تصر أم ولده بذلك لانها أجنبية

﴿مسئلة﴾ (فان أعتقها لم ينفذ عتقه)

لانه يتعاق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن من إبطاله فان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطلق لم يصر عتقه الي الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها أجنبي بشبهة فالولد حر)

أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا أو على أن لا كبير ضمف بالاصغير أو للعالم ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف ما لاغنى أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لان ابتداء الوقف مفوض اليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك ان شرط اخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل ان يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ومن اشغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له فكل هذا صحيح على ما شرطه، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لاتباع ولا توهب وان المردودة من بناته أن تسكن غير مضررة ولا مضر بها فان استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعاقباً للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) والمستحب أن يسمم الوقف على اولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الاثنتين . وقال القاضي : المستحب النسوية بين الذكر والاثني لان القصد القرية على وجه الدوام وقد استورا في القرابة

لاعتقاده أنه يظاً في ملكه وإن كان الواطية عبداً وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطية جاريةهم في غير ملك أشبه الامة المطلقة، ونجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فتمعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشتري بها عبداً يكون وفقاً وتعتبر قيمته يوم تضمه حياً لانه لا يمكن تقويمه قبل ذلك وان وطئها مكرهه أو طواعته فعليه الحد اذا انتفت اشبهة والمهر لاهل الوقف لانه وطية جارية غيره ويكون ولدها وفقاً معها لانه تبع لها

﴿ مسألة ﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها يشتري بها مثلها)

سواء أتلفها أجنبي أو الواقف كما لو أتلف غير الوقف، وان أتلفه الموقوف عليه فعليه قيمته أيضاً يشتري بها مثله يقوم مقامه لانه لا يملك التصرف في رقبته ائماله نفعه ويحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد فيما إذا وطئها أجنبي بشبهة فأنت بولد ولا يلزمه قيمته ان أولدها لذلك

﴿ مسألة ﴾ (وله تزويج الامة وأخذ مهرها وولدها وقف معها ويحتمل أن يملك)

يجوز للموقوف عليه تزويج الامة الموقوفة لانه عقد على منفعتها أشبه الاجارة ولان الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يضرر بمالك غيره إياها والمهر للموقوف عليه لانه بدل نفعها أشبه الاجارة، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لانه عقد على منفعتها في العمر فيفضى إلى نفويت منفعتها في حق البطن الثاني، ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فنفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني فان طلبت التزويج وجب تزويجها لانه حق لها طلبته فتمينت

ولنا انه إيصال المال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الانثى لان كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر نجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة تنفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله الذكر على الانثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعاليه به ويتعدى الى الوقف والى غيره من العطايا والصلوات وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغى بالميراث والعطية ، فان خالف فسوى بين الذكر والانثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم : إن كان على طريق الاثرة فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به . ووجه ذلك ان الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته ، وعلى قياس قول أحمد لو خص المشغولين بالعلم من أولاده بوقفه بخرضا لم يعم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته ، فلا بأس . وقد دل على صحة هذا ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون سائر ولده ، وحديث عمر انه كتب : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان ثمعا وصرمة بن الاكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقية الذي فيه الذي أطعمه محمد ﷺ بالوادتلبه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرمي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري بنفقة حيث رأى من السائل والمحرور ، وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشتري رقيقاً منه . رواه أبو داود وفيه دلائل على تخصيص حفصة دون إخوانها وأخواتها

الاجابة اليه وماقات من الحق به يفيت تبعاً لابقائها حقها فلا يكون مانعاً من تزويجها كغير الموقوفة اذا طلبت ذلك واذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لان ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبه ويحتمل أن يملك الموقوف عليه ولدها لانه من نساها

﴿ مسألة ﴾ (وان جنى الوقف خطأ فالأرض على الموقوف عليه ويحتمل أن يكون في كسبه)

اذا جنى الوقف جنابة موجبة للمال لم يتعلق أرضها برقبته لانه لا يمكن بيعها ويجب أرضها على الموقوف عليه لانه ملكه تعذر تعلق أرضه برقبته فكان على مالكه كجنابة أم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد ، فان قلنا إن الوقف لا يملك فالأرض في كسبه لانه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا يباع وبالموقوف عليه لانه لا يملكه فكان في كسبه كالحر ، ويحتمل أن يكون في بيت المال كإرض جنابة الحر المعسر . قال شيخنا : وهذا احتمال ضعيف فان الجنابة إنما تكون في بيت المال في صورة تحمها العاقلة عند عدمها وجنابة العبد لا تحمها العاقلة ، وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الأرض في كسبه لانه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرض عليه ولا يمكن تعلقه برقبته فتعين في كسبه ، ويحتمل أن يكون في بيت المال ، وإن جنى جنابة توجب القصاص وجب سواء كانت على الموقوف عليه أو على

﴿مسئلة﴾ قل (فاذا لم يبق منهم أحد رجع الي المساكين)

يعني إذا وقف على قوم ونسبهم ثم على المساكين فانقض القوم ونسبهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم ينتقل اليهم ما دام أحد من القوم أو من نسبهم باقياً لانه رتبة للمساكين بعدهم، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لان كل واحد من اللفظين يطلق عليهما، والمعنى الذي يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ولهذا لما سمي الله عز وجل المساكين في مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الاذى تنازلهما جميعاً وجاز الصرف الى كل واحد منهما، ولما ذكر الفقراء في قوله (الفقراء الذين أحصروا في سبيل الله) وفي قوله (ونؤتوها الفقراء فهو خير لكم) تنازل القسمين، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين الا في الصدقات لان الله تعالى جمع بين الاسمين وميز بين المسميين فاحتجنا الى التمييز بينهما، وفي غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الاسمين فان جمع بين الاسمين، بالوقف أيضاً فقال وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصين أو ثلاثاً وجب التمييز بينهما أيضاً فنزلناهما منزلة من سهام الصدقات، وان قال على الفقراء والمساكين فقياس المذهب جواز الانقصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع الى واحد كما قلنا في الزكاة، ويتخرج أن لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على

غيره، فان قيل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقية وقفاً كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وإن جني على الوقف جناية موجبة الهال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل ارش الجناية عليه فان الحر يجب ارش الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها ويشترى مثل الجني عليه يكون وثقاً، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا انه يملك الموقوف لانها بدل ملكه

وتنا انه ملك لا يختص به فلم يختص بدله كالعبد المشترك والمرهون، ويان عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجوز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فيعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهناً أخذت منه قيمته فجعلت رهناً ولم يصح عفو واحد منهما عنه، وإن كانت الجناية عمداً محضاً من مكافئ له فالظاهر انه لا يجب القصاص لانه محل لا يختص الموقوف عليه فلم يجوز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك الى الامام فان قطعت يد العبد أو بعض أطرافه فله استيفاء القصاص لانه حق لا يشاركه فيه غيره، وان كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجب فمعا عنه وجب نصف قيمته، فان أمكن أن يشتري بها عبد كامل وإلا اشترى شقص من عبد

﴿مسئلة﴾ (واذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فن مات منهم رجع نصيبه الى الاخرين فاذا ماتا رجع الى المساكين) لانه جعله لهم مشروطاً بانقراض الثلاثة فوجب اتباع شرطه في ذلك

القول في الزكاة أيضا . ولا خلاف في أنه لا يجب تميمهم بالعطية كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل إليهم عن غيرهم ، وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض ، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبنو تميم وبنو هاشم جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه وجاز التفضيل والتسوية لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يرده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر مثل أن يقف على رضي الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما يمكن كالأولاد الذي يعجز عن بعضه ولأن الواقف أراد التعميم والتسوية لامكانه وصلاحي لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم

(فصل) وان وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين فهم الذين يستحقون الأهم من الصدقات لا يعدوم إلى غيرهم لأن المطلق من كلام الآدميين محمول على العهود في الشرع فينظر من كان يستحق الأهم من الصدقات فالوقف مصروف إليه وشرحهم يأتي في موضعه إن شاء الله

كسائر شروطه وكما لو وقف على ولده ثم على المساكين فإنه لا يصرف إلى المساكين شيء من الوقف إلا بعد انقراض الولد كذا ههنا

(فصل) قال رضي الله عنه (ويرجع إلى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليهم في التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة وفي الناظر فيه والايقاف عليه وسائر أحواله لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيحه وترتيبه ، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة وردة بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، أو من اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، وكذلك إن وقف على أولاده على أن لا يتنقحوا سهماً وللذكر سهمين أو على حسب ميراثهم أو بالعكس أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للفقير ضعف ما للغني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لما ذكرنا فكل هذا صحيح وهو على ما شرط ، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وإن للردودة من بناته أن تسكن غير مضره ولا مضربها فإن استعنت بزوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليقا للوقف بصفة بل وقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا

تمالي ، وإن وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطي من الزكاة ليزاد على ذلك فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضي غرمه ، والمكاتب قدر ما يؤدي به كتابته ، وابن السبيل ما يبلغه ، والغازي ما يحتاج اليه لغزوه وإن كان غنيا ، واختلف في قدر ما يحصل به الغنى فقال احمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة ، وإن كان متطوعا أعطى ماشاء . وكيف شاء فقد نص احمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة والله أعلم ، وإن وقف على جميع الاصناف او على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاتصاف على صنف واحد أو يجب اعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين بناء على الزكاة

(فصل) وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف اليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لاحق لهم في الديوان وإن كانوا أغنيا ، وسائر الوقف يصرف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لان اللفظ عام في ذلك ، وقال أصحابنا بجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس اليه من الفقراء لانهم أكثر الجهات ثوابا فإن النبي ﷺ قال « صدقتك على ذي القرابة صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف : الفقراء ، والمساكين والرقاب

﴿ مسألة ﴾ (فإن لم يشترط ناظراً فالنظر للموقوف عليه وقيل للحاكم بنفق عليه من غلته)

النظر في الوقف لمن شرطه الواقف لان عمر رضي الله عنه جعل وقفه الى حفصة تليه ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها ، ولان مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك النظر فان جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله الى غيره صح ، فان لم يجعله الى أحد أو جعله لانسان فالتنظر للموقوف عليه لانه ملكه يختص بنفعه فكان نظره اليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى قال شيخنا ويحتمل أن يكون ذلك مبنياً على ان الملك فيه هل ينتقل الى الموقوف عليه أو الى الله تعالى فان قلنا هو للموقوف عليه فالنظر له فيه لانه يملك عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله تعالى فالحاكم يتولاه ويصرفه الى مصارفه لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين . فأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك معين ينظر فيه وللحاكم أن يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه

(فصل) ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف النظر له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء أكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة عدلاً أو فاسقاً لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كملكه المطلق ويحتمل أن يضم الى الفاسق أمين حفظاً لاصل الوقف عن اليبس والتضييع ، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل انسان في حصته

٢١٤ تقسيم الوقف الى معلوم الابداء والانتها والى منقطع ومعنى كل وحكمه (المنفى والشرح الكبير)

والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لان هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره ، وان ساواه في الحاجة وهذا مذهب الشافعي

وانما ان لفظه عام فلا يجب التخصيص بالعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين في الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى ، وكذلك سائر الالفاظ العامة ، وإن أوصى في أبواب البر صرف في كل ما فيه بر وقربة ، وقال أصحابنا بصرف في أربعة جهات : أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج قال ابو الخطاب وعنه فداء الاسرا . مكان الحج ووجه القوانين ما تقدم في التي قبلها

(مسئلة) قال (فان لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع الى ورثة الواقف في احدى الروايتين عن ابي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى يكونون وقفا دلي أقرب عصبة الواقف)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابداء والانتها غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين او طائفة لا يجوز بحكم العادة انقضاهم ، وإن كان غير معلوم الابداء مثل أن يقف على قوم يجوز انقضاهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا جهة غير منقطعة فان الوقف يصح وبه قال مالك وابو يوسف والشافعي في أحد قولي ، وقال محمد بن الحسن لا يصح .

فان كان الموقوف عليه صغيراً أو مجنوناً أو سفياً قام وليه في النظر مقامه كذلك المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم لم يجز أن يكون إلا أميناً فان لم يكن أميناً لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم وأزبات يده ، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلاً ففسق ضم اليه أمين لحفظ الوقف ولم تنزل يده لانه أمكن الجمع بين الحقين ، ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق وينزل اذا فسق لانها ولاية على حق غيره فانها الفاسق كالأولاه الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته فان يده تزال لان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه (فصل) وتفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في مصرفه وجب اتباعه في نفقته فان لم يكن شرط من غلته لان الوقف اقتضى تحييس أصله وتسهيل نفعه ولا يحصل ذلك إلا بالاتفاق عليه فهو من ضرورته ، وكذلك عمارة الوقف قياساً على نفقته فان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما ذكره

(مسئلة) (وان وقف على ولده ثم على المساكين فهو لولده الذكور والاناث والحبالى بالسوية) وكذلك إن قال وقفت على أولادي أو على ولد فلان لانه شرك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي النسوية كما لو أقر لهم بشيء وكولد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاه في الثلث) تساوا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الابن وولد الاب

وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف منتزاه التأيد فاذا كان منقطعاً صار وفقاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء.

ولما انه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كقصد البلد وعرف المصرف وهنأهم أولى الجهات به فكأنه عينهم. اذا ثبت هذا فإنه يتصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف وبه قال الشافعي، وعن احمد رواية أخرى انه يتصرف إلى المساكين واختاره القاضي والشريف ابو جعفر لانه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة وعن احمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لاستحق له فأشبهه مال من لا وارث له وقال ابو يوسف يرجع إلى الواقف والى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة بنفق منها على فلان وعلى فلان فاذا انقضت المسمى كانت للمعراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره وبفارق ما إذا قال بنفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة

والا أنه ازال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع اليه كما لو أعقق عبداً، والدليل على صرفه إلى اقارب الواقف انهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ « صدقتك على غير رحمتك صدقة وصدقتك على رحمتك صدقة وصلة » وقال « انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة

فان الله تعالى قال (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا نعلم في هذا خلافاً
 ﴿ مسألة ﴾ (ولا يدخل فيه ولد البنات وهل يدخل فيه ولد البنين ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ما يدل على انه يكون وفقاً على أولاده وأولاد بنيه الذكور والاناث ما لم تكن قرينة تصرفه عن ذلك دون أولاد البنات . قال المروذي : قلت لابي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيقة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيقة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لانهم من رجل آخر ، ووجه ذلك ان الله تعالى لما قال (يوصيكم الله في أولادكم) دخل فيه ولد البنين وإن سفوا ، ولما قال (ولا يوبه لكل واحد منها السدس إن كان له ولد) تناول ولد البنين فالمطلق من كلام الآدمي اذا خلا عن قرينه يثبتني أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ولان ولد الولد ولد بدليل قوله تعالى (يا بني آدم ، يا بني اسرائيل) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ارموا يا بني اسماعيل فان أباكم كان رامياً » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » ولانه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة (والرواية الثانية) لا يدخل فيه ولد الولد بحال وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات اختاره القاضي وأصحابه لان الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولده لصلبه وإنما سمي ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال ما هذا ولبي

يتكفون الناس. ولان فيه اغناؤهم وصلة أرحامهم لانهم أولى الناس بصدقائه النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة. إذ اثبت هذا فانه في ظاهر كلام الحرقى: ظاهر كلام احمد يكون للفقراء منهم والاغنياء لان الوقف لا يختص الفقراء وارو وقف على اولاده تناول الفقراء والاغنياء. كذا ههنا وفيه وجه آخر انه يختص الفقراء منهم لانهم أهل الصدقات دون الاغنياء. ولانا خصصناهم بالوقف لسكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء. ودون الاغنياء. واختلفت الرواية فيما بين يستحق الوقف من أقرباءه الواقف في احدى الروايتين يرجع الى الورثة. منهم لانهم الذين صرف الله تعالى اليهم ماله بعد موته واستغناؤه عنه فكذلك يصرف اليهم من صدقته مالم يذكر له مصرفاً ولان النبي ﷺ قال: إنك إن تترك وراثتك أغنياء خير من أن تدعهم عائلة يتكففون الناس، فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفا عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأييد، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فصرف اليهم مع بقائه صدقة، وبمحمل كلام الحرقى أن يصرف اليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه. فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف (والرواية الثانية) يكون وقفاً على أقرب عصابة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء المولى لانهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه لخصوا بهذا أيضاً، وهذا لا يقوي عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون الا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا

أما هو ولد ولدي. فأما ولد البنات فلا يدخلون بنير خلاف لانهم لم يدخلوا في قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الأباعد

(فصل) فان قال علي ولد ولدي لصبي فهو آكد في اختصاصه بالولد دون ولد الولد، وإن قال علي ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وإن قال علي ولدي وولد ولدي ولد ولدي دخل فيه ثلاثة بطون دون من بعدهم، ووضع الخلاف المطلق، فأما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فانه يصرف اليه بنير خلاف، مثل أن يقول علي ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه أو قال ويفضل الولد الاكبر أو الانضل أو الأعم على غيرهم أو قال فاذا خلت الارض من عقبي عاد الى المساكين أو قال علي ولد ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثاني أو قال الأعلى فالأعلى وأشبه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعقبته، فان اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصابه بالوقف مثل أن يقول علي ولدي لصبي أو الذين يلونني ونحو هذا فانه يختص بالبطن الاول دون غيرهم، وإذا قلنا بتعميمهم اما بالقرينة واما لقولنا ان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تمييزاً ولا ترتيباً احتمل ان يكون بين الجميع على التثريب لانهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يشتركوا

(المغني والشرح الكبير) إن لم يكن لواقف أقارب أو انقراضوا صرف الوقف إلى الفقراء والمساكين ٢١٧

نعم فيه نصا ولا إجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالى لان علته لا تتحقق هاهنا وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فان كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم ولاننا اذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التمييز فهي أيضا جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، وقال الشافعي يكرن وبقا على أقرب الناس إلى الواقف الذكر والانشى فيه سواء

(فصل) فان لم يكن لواقف أقارب أو كان له أقارب فانقراضوا صرف إلى الفقراء والمساكين وقفا عليهم لان القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وإنما قدسنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى فاذا لم يكرنوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم الأعلى قول من قال إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكا لهم فانه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال لانه بطل الوقف فيه باقضاءه وصار ميراثا لا وارث له فكان بيت المال به أولى

(فصل) فان قال وقت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق بنعقد موجبا لكفارة يمين وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القرية فوجب أن يصح مطلق كالأضحية والوصية ولو قال وصيت بثلث مالي صح واذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنتقطع بعد انقراض الموقوف عليه

فيه كما لو أقر لهم بدين ، ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث ، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولدا فقال ان مات ولد علي بن اسماعيل: دفع إلى ولده أيضا لان هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك لان ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) لم يستحق ولد البنين شيئا مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا فأما ان وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال

(فصل) وان رتب فقال وقت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناهوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى والأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فاذا انقراضوا فعلى أولاد أولادي فعلى هذا الترتيب لا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن الأول كله ومتى بقي واحد من البطن الأول كان الجدير له لان الوقف ثبت بقوله فيتبع مقتضى كلامه وان قال على أولادي وأولادهم ما تناهوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على ولده كان دليلا على الترتيب لانه لو اقتضى التشرية لا اقتضى

(فصل) وان وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضا ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه الى من بصرف اليه الوقف المنقطع لان ذكره لمن لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبهه تفريق الصفة

(فصل) وان كان الوقف منقطع الابداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسته أو مجهول فان لم يذكر له مالا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل وكذلك ان جعل ماله مما لا يجوز الوقف عليه لانه أدخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه وان جعل له مالا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفة والشافعي فيه قولان كالوجهين فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لاننا لما صححنا الوقف مع ذكر مالا يجوز الوقف عليه فقد الغيناؤه فإنه يتعذر التصحيح مع اعتباره وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كام ولده وعبد معين ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينصرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه كالتالي قبلها ذكره أبو الخطاب (والثاني) أنه بصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقراض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقراض

التسوية ولو جماعنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا اليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده واذا مات عن ولد انتقل الى ولد سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وان رتب بعضهم دون بعض فقال وقتت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم أو تناسلوا وتعاقبوا أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ماتنسلوا فهو على ما قال من شرك بينهم بالواو المتضمنة للجمع والتشريك ويرتب من رتبه بحرف الترتيب ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد فاذا انقضوا صار لمن بعدهم وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقضوا صار مشتركا بين من بعدها وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) فان قال وقتت على اولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاختوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاختواته أو لولد اخواته فهو على ما شرطه، وان قال: ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين مات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن

صرف الى من يجوز وهذا الوجه الذي ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف إنما جعله وقفا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه وفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه فإنه تعذر اعتباره ولا يحاب الشافعي وجهان كعبد بن :

(فصل) وان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل ان يقف على ولده ثم على عبيده ثم على الساكنين خرج في صحة الوقف وجهان كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو بائني؟ على وجهين كما تقدم وان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته ايضا وجهان وهو صرفه بعد من يجوز الى مصرف الوقف المنقطع

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موتي ولم يخرج من الثالث وقف منه بتدر الثالث الا ان تجز الورثة)

وجهته ان الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لانه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالتق والمهبة واذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم وما زاد

غير ولد فنصيبه لاخته وابني أخيه بالتسوية لانهم أهل الوقف فان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه الى أخيه وعمه لانها أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف اخويه وابني أخ له فنصيبه لاخته دون ابني أخيه لانها لهما من أهل الوقف ما دام أبوهما حياً فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالتسوية ان لم يخلف ولداً فان خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف بينهما نصفين، وان قال : من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته وكان الوقف مرتباً بطناً بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذي هو منه وان كان مشتركاً بين البطون كلها احتمال أن يكون نصيبه بين جميع أهل الوقف لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم على بعض والتشريك يقتضي التسوية فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر البطن الذي هو منه لانهم في درجته في انقرب الى الحد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك اخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه لانهم سواء في القرب ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة والظاهر أنه قصد سبباً يفيد فعلى هذا إن لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وان كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه :

على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على اجازة الورثة لا نعلم في هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف وذلك لان حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فتمتع التبرع بزيادة على الثلث كالمعطيا والعقق فلما اذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الحرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام الامام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط في حياته وحمل كلام الحرقي على أنه قال فقوا بعد موتي فيكون وصية بالوقف لا إيقافا ، وقال أبو الخطاب قول الحرقي هذا يدل على جواز تعاقب الوقف على شرط .

ولنا على صحة الوقف بالمعلق بالموت ما احتج به الامام احمد رضي الله عنه أن عمرأ وصى فكان في وصيته : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان تمغا صدقة وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مستثننا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة فلم ينكر إجماعا ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالمهبة والصدقة المطلقة أو تقول صدقة معلنة بالموت فأشبهت غير الوقف ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرها وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط

(أحدهما) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كانوا من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت انصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل (والثاني) أن يكون لاهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه وابناً لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخية وابني عمه (والثالث) أن يكون لاهل بطنه من أهل الوقف فيكون على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجة في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير والد له يكن للارابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لواده وإن مات فلان فنصيبه لاهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك إن كانت بنون وبنات فقال : من مات من الذكور فنصيبه لواده ، ومن مات من البنات فنصيبها لاهل الوقف فهو على ما قال ، وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى يستوفي البنات الألف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه والحكم فيه على ما قال لانه

(فصل) ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل ان يقول اذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو اذا اولد لي ولد أو إذا قدم لي غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا لانه نقل للملك فيما لم يكن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط كالمبنة وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

(فصل) وان عاق انتهاؤه على شرط نحو قوله داري وقف الى سنة أو الى ان يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين لانه يتأني متضى الوقف فان مقتضاه التأيد وفي الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فان حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء .

(فصل) وان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال هذا وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي المساكين صح لانه وقف متصل بالابتداء والانتهاء وان قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفا على المساكين ويلقى قوله على أولادي لان المساكين لا انقرض لهم (فصل) واختلفت الرواية عن احمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك فان فعل وقف على إجازة سائر الورثة قال احمد في رواية إسحاق بن ابراهيم فيمن أوصى لأولاد بنيه يارض توفى عليهم فقال : ان لم يرثوه فجاز فظاهر هذا انه لا يجوز الوقف عليهم في المرض

جعل البنات كذوي الفروض وجعل البنين كالمصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوي الفروض (فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابن المسمين وعلى أولادها وأولاد الثالث ولا شيء للثالث ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن احمد قال في رجل قال: وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف واحتج القاضي بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيدهم ولا بوجوب اخراج بقيةهم كالمعطف في قوله! (من كان عدواً لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال)

ولما انه أبداً بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص ببعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى! (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ، ولو قال ضربت زيدا رأسه أو رأيت زيدا وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه، ومنه قول القائل : طرحت اثياب بعضها فوق بعض ، فان الفوقية تختص ببعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا وفارق المعطف فان عطف الحاضر على العام يتضي تأكيده لا تخصيصه وكلام احمد : هم شركاء بحتمل أن يعود الى أولاد أولاده أي بشارك أولاد الموقوف عليها وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام

اختره ابو حفص الكعبري وابن عقيل وهو مذهب الشافعي، (والرواية الثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته قبل له ليس تذهب انه لا وصية لو ارث؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة ينتفعون بقلته، وقال في رواية احمد بن الحسن فإنه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جاز قال الخبري وأجاز هذا الاكثرين واحتج احمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه انه قال هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان نفا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورقبته الذي فيه والمائة وسق الذي أطعني محمد صلى الله عليه وسلم نليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذوي الرأي من أهله لا يباع ولا يشترى ببقته حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه ان أكل او اشترى رقيقاً رواه ابو داود بنحو من هذا فالحجة انه جعل الحفصة أن تلي وقفه وتأكل منه ونشترى رقيقاً قال الميموني قلت لاهد انما امر النبي صلى الله عليه وسلم عمر بالايثار وليس في الحديث الارث قال فاذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أمره وهو ذاق وقفا على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعاً ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لا يجوز التصرف فيه فهو كعق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالمبات، ولان كل من لا يجوز له الوصية

الدليل عليه، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا قال شيخنا ويحتمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لانا قد ذكرنا من قبل ان ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولد ولدي يتناول نسله وعاقبه كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وله جمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله، وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف فخلاً على قوم ومأوالدوا ثم ولد مولود: فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء، وهي للأول، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم، وانما قال ذلك لانها قبل التناهي تبتم الاصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الاصل فتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الاصل وبعد التناهي لا تبتم الاصل ويستحقها من كان له الاصل فكافت للأول لأن الاصل كان كله له فاستحق ثمرته كما او باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشترى وهكذا الحكم في سائر الثمر الظاهر على الشجر لا يستحق المولود منها شيئاً ويستحق مما ظهر بعد ولادته، وان كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائع فهو الاول، وان كان مما يستحقه المشتري فله المولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للاصل كتجدد ملك المشتري فيه

(مسئلة) (وان وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذريته أو نسله دخل فيه ولد البنين بغير خلاف علمناه)

بالعين لا يجرز بالمنفعة كالأجنبي فيأزاد على الثلث ، وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفاً عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع ، وكونه انتفاعاً بالثقة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل مالو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجرز ، وبمحملة أن يحمل كلام أحد في رواية الجماعة على أنه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا

(فصل) فإن وقف داره وهي مخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم لأنه لما كان يجرز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى ، وعلى الرواية التي نصرناها أن أجاز الابن ذلك جاز وإن لم يجرزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس ويرجع إلى الابن ملكاً فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكاً مطلقاً والثلث للبنت جميعه وقفاً وبمحملة أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الزرع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً ونصفها للابن وربعا للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أنثانا للابن ثلاثة وأبنت ثلثه ونصح المسئلة من اثني عشر للابن ستة وأسهم وقفاً وأسهمان ملكاً والبنت ثلاثة أسهم وقفاً وأسهم ملكاً ، ولو وقفها على ابنة وزوجته نصفين وهي مخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها وللابن إبطال الوقف في ثلاثة أثمانها وترجع إليه ملكاً على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يصح الوقف

وأما ولد البنات فقال الحرقي لا يدخلون فيه وقد قال أحد فيمن وقف على ولده: ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعنى إلى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوداً فيمن وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده ومن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن ، وكذلك إذا قال على ذرية ونسله وروى عن أحمد أنهم يدخلون في الوصية وذهب إليه بعض أصحابنا وهذا منه وقال أبو بكر وابن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا في اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى (ونوحاً هدينا من قبل ومن ذرية داود وسليمان) إلى قوله (وعيسى) وهو ولد بنته فجعله من ذريته ولذلك ذكر الله تعالى قصة إبراهيم وعيسى وموسى وإسماعيل وأدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى معهم ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل أبناء البنات وقال النبي ﷺ (الحسن) ان ابني هذا سيد « ووجه الرواية الأولى أنهم لم يدخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) ولأنه لو وقف على ولد فلان وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة لأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر

بنونا بنو آبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباة

على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي حصته ملكا ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاضرب سبعة في ثمانية تكون ستة وخمسين، الابن ثمانية وعشرون وقفا وأحد وعشرون ملكا وللرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا ، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي فأما ان كانت الدار جميع ملكه فوقها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على ما رواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيها زاد فلهما إبطال الوقف فيه وللابن إبطال التسوية ، فان اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) انه يبطل الوقف في التسوية ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والتسع ملكا ويكون للبننت السدس والتسعة وقفا لان الابن أنما ملك إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره (والوجه الثاني) ان له إبطال الوقف في السدس وبصير له النصف وقفا والتسع ملكا ولبننت الثلث وقفا ونصف التسع ملكا لئلا تزداد البننت على الابن في الوقف وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر ، الابن تسعة وقفا وسهتان ملكا ولبننت ستة أسهم وقفا وسهم ملكا ، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله وبصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون للبننت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثني عشر

وقولهم انهم أولاد أولاده حقيقة قلنا لانهم ينتسبون الى الواقف عرفا وكذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخلوا في الوقف ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينتسب الي أبيها وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له نسب ينتسب اليه فنسب اليه الله وقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن « ان ابني هذا سيد مجاز بالاتفاق » بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أبأ أحد من رجالكم ولكن رسول الله) والقول بأنهم يدخلون يصح وأقوى دليلا لانهم أولاد أولاده حقيقة فأما قياسهم على ما اذا كانوا قبيلة فيفارق ما اذا وقف على ولد فلان وليسوا قبيلة لانه لو وقف على بني فلان وهم قبيلة دخل فيه البنات بخلاف ما اذا وقف على بني انسان حي أو ميت وليسوا قبيلة وقياسهم على ما إذا قال وقتت على ولد وادي المنتسبين إلي لا يصح لانهم خرجوا من الوقف لكونهم لا ينتسبون وباقى الادلة ضعيفة جداً

(مسئلة) (فان قال على ولد ولدي لصلبي أو المنتسبين إلي لم يدخل ولد البنات)

والخلاف إنما هو إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الامرين فأما إن وجد ما يصرّف اللفظ إلى أحدهما انصرف اليه فلو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهما ولولد البنين سهمين أو قال فإذا خلت الارض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ونحو هذا ما يدل على ارادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف وان قال على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل

(مسألة) قال (واذا خرب الوقف ولم يرد شيئا يبيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفا كالأول وكذلك الفرس الحبيس اذا لم يصلح للغزو يبيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد)

وجملة ذلك أن الوقف إذا خرب ونهطت منافعه كدار انهدمت او أرض خربت وعادت موانا ولم يمكن عمارتها او مسجد انتقل أهل القرية منه وصار في موضع لا يصلح فيه او ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه او نشعب جميعه فلم يمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز يبيع بعضه لتعمر به بقيته ، وان لم يمكن الانتفاع بشيء منه ببيع جميعه . قال احمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه ، وقال في رواية صالح بحول المسجد خوفا من الفصوص ، واذا كان موضعه قد رآق التراضي يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الامام قال ابو بكر وقد روى علي بن سعيد إن المساجد لا تباع وإنما نقل آلتها قال وبالقول الاول أقول لاجتماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفه على الغزو إذا كبرت فلم يصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل ان تدور في الرعي او

فيه ولد البنات وان قال علي ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات وكذلك ان قال علي أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده وان قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنه فهل يدخلون؟ على وجهين (أولهما) أنهم يدخلون لانه اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لانهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبهه ما لو لم يقل الهاشميين وان قال علي أولادي وأولاد أولادي ممن ينتسب الى قبائلي فكذلك (فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال القاضي المستحب التسوية بين الذكر والانثى لان القصد القرابة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة

ولنا أنه إيصال المال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطفية ولان الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر يجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة تنفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة أولادها وقد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى إلى الوقف والعطايا والصلوات وما ذكره

يحمل عليها راب أو تكون الرغبة في نتائجها أو حصاناً يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشترى بغيرها ما يصلح لغزو
نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد أو الوقف عاد إلى ملك واقفه لأن الوقف إنما هو نسبيل
المنفعة فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع
شيء من ذلك لقول رسول الله ﷺ لا يباع أصلها ولا ثباتها ولا تهب ولا تورث ولا مال
يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء نفعها كالمعتق والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق
ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد تقب بيت المال الذي بالكوفة
انقل المسجد الذي باليمن واجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه إن يزال في المسجد مصل وكان هذا
بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجاباً ، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمنعاه عند تعذر
إبقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها أو قبلها غيره ، قال ابن عقيل الوقف
مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه مخصوصه استبقاه الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى
وإبصال الأبدال جرى مجرى الأعيان وجمودنا على العين مع نعطها تضيق للغرض ويترب هذا من
الهدى إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال وإن كان يخصص بموضع ، فلما تعذر تحصيل الغرض
بالكلية استوفى منه ما يمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى
فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع

القاضي لا أصل له وهو ملني بالمرات والعطية وإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه
أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في
رواية محمد بن الحكم إن كان على طريق الأثره فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة
يعني فلا بأس به . ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بانه دون المستغنية منهن بصدقته وعلى قياس
قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تخريراً لهم على طلبه ، أو ذا الدين دون الساق
أو المريض أو من له فضيلة من أجل فضيلته فلا بأس وقد دل على ذلك أن أبا بكر رضي الله عنه
نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون بسائر ولده وحديث عمر أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا
ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن نفا وصرمة بن الأكوح العبد الذي
فيه والمائة سهم التي بخبير ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالواد تليه حفصة
ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري بنفسه حيث رأى من السائل والمحروم
وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشتري رقيقاً منه رواه أبو داود فيه دليل
على تخصيص حفصة دون أخوتها وأخواتها

(مسئلة) (وان وقف على بنه أو بني فلان فهو للذكور خاصة دون الإناث والخاتني عند الجمهور)
وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن وأبو ثور هو للذكر والأنثى جميعاً لأنه لو وقف على

ولنا علي محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القرينة فلا يعود إلى مالكه باختلاله
وذهاب منافعه كاعتق

(فصل) وظاهر كلام الحرفي أن الوقف اذا بيع فأبي شيء اشترى بشئ مما يرد على أهل الوقف
جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لان المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة
إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها لانه لا يجوز تغيير المصروف مع امكان المحافظة عليه كما
لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع امكان الانتفاع به

(فصل) واذا لم يف من الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعيين به في شراء فرس حبيس يكون
بعض الثمن نص عليه أحمد لان المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع
ولا سبيل الى ذلك الا بهذه الطريق

(فصل) وإن لم تتمصلح الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردا على
أهل الوقف لم يجوز بيعه لان الاصل تحريم البيع وانما أيج للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع
مع امكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل ما يضيع المقصود الا ان يباع في قلة النفع إلى حد لا يهد
نفعاً فيكون وجود ذلك كالمدم

بني فلان أو أوصى لهم وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى وقال الثوري ان كانوا ذكوراً وإناثاً فهو
بينهم وإن كن بنات لا ذكر معهم فلا شيء لهن لانه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير
ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين

ولنا أن لفظ البنين يختص بالذكر قال الله تعالى (أصطفى البنات على البنين) وقال تعالى (أم اتخذ
تعالى بنات وأصفاكم بالبنين؟) وقال تعالى (زين الله للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال تعالى
(المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولم
ما يشتهون) وانما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة لان الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا
تقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا تقول ذلك اذا انتسبت الى ابها ، فلما ان
وقف على بناته او وصى لهن دخل في البنات دون غيرهن ولا يدخل فيهن الحنثي المشكل لانه لا يعلم
كونه انثى لا نعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسألة ﴾ الا ان يكونوا قبيلة فيدخل في النساء دون أولادهن من غيرهم أما اذا وقف علي
بني فلان او ولد فلان وهم قبيلة كبنى هاشم وتمام فانه يدخل في الذكر والانثى والحنثي ويدخل ولد
الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم من غيرهم لأن اسم القبيلة يشتمل ذكرها وانثاها قال الله تعالى
(يا بني آدم- ولقد كرمنا بني آدم) يريد الجميع وروي ان جوارى بني النجار ولبن نحن جوار من بني
النجار يا حبذا محمد من جار ويقال امرأة من بني هاشم ولا يدخل ولد البنات فيهم لانهم لا ينتسبون الى القبيلة .

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك؛ فينظر إلى قول أكثرهم واختلاف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله انشاء ابتداء واختلفوا كيف يعمل؟ ومما مسجداً قبل بنائه تجوزاً لأن ماله إليه أما بعد كونه مسجداً لايجوز جعله سقاية ولا حوانيت، وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل من تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والاول أصح وأولى، وإن خاف الظاهر فإن المسجد لايجوز نقله وابداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت الا عند تعذر الاتفاق به، والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلايجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بمحصين من السكلاب وله منارة فرخص في تقضها وبناء حائط المسجد بها المصاحبة

(فصل) ولايجوز أن يغرس في المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قامها الإمام لجاز وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا وإنما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط وزنها في المسجد وتمزها وتقط عليها العصائير والطير فتبول في المسجد

(مسئلة) (وان وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو لذكر والائتي من أولاده وأولاد أبيه وجده) أيه لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذري القربي) وجملة ذلك ان الرجل اذا وقف على قرابته أو قرابة فلان صرف الوقف الى الذكر والائتي من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه ويستوي فيه الذكر والائتي ولا ينصرف الى من هو أبعد منهم شيء لان الله تعالى لما قال (ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى ذلأه ورسول ولذي القربي) يعني قربي النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكراً وأنتام ولم يعط من هو أبعد منهم كبنو عبد شمس وبنو نوفل شيئاً الا أنه أعطى بني المطلب بن عبد مناف وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم الا مسلماً فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به وبسوي بين قريتهم وبهيدم وذكراً وأنتام لان اللفظ بشملهم وبين الكبير والصغير والغني والفقير لذلك ولا يدخل فيه الكفار لانهم لم يدخلوا في المستحق من قربي النبي ﷺ وهذا اختيار الحرقى وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى أنه بصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كاخوته من أمه وأخوانه وخالاته، وان كان لا يصلهم في حياته لم يعطوا شيئاً لان صلته إياهم في حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه

وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليستقط ثمرها ، وأما ان كانت النخلة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبعتها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في الثبقة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم لان صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يبين مصرفها فصارت كالوقف المطابق الذي لم يبين له مصرف وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات أنه للمساكين فأما ان قال صاحبها هذه وقف على المسجد فيبني أن يباع ثمرها ويصرف اليه كالأرض فبها على المسجد وهي في غيره ، قال أبو الخطاب عندي أن المسجد اذا احتاج الى ثمر الشجرة بيعت ومصرف ثمنها في عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يهدون

(فصل) وما فضل من حصر المسجد وزيتة ولم يحنج اليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك ان فضل من قصبه أو شي من قصه ، قال أحمد في مسجد بني فتي من خشبه أو قصبه أو شي من قصه فقال يعان به في مسجد آخر أو كما قال . وقال المروزي سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد اذا فضل منه شيء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى انه قد احتج بكسوة البيت اذا تحرفت تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شية يتصدق بخلفان الكهنة

وعنه رواية ثالثة أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد وهي تدل على أن لفظه لا يثبت بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطي كل من يعرف بقربته من قبل أبيه وأمه القربى ينتسبون الى الاب الادنى ، وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه واطاء النبي ﷺ بمض قرابته تخصيصاً لا يمنع من العمل بالعموم في غير هذا الموضع وقال أبو حنيفة قرابته كل ذي رحم محرم فيعطي من أديانهم اثنان فصاعداً فاذا كان له عم وخلان أعطى عمه النصف وخلاله النصف . هكذا روي عنه فيما اذا أوصى لقربته . وقال قتادة : للأعمام الثلث وللأخوال الثلث وهو قول الحسن ، قال ويزاد الاقرب بمض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد

ولنا أن هذا له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقدمه على العرف القوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بنبي الرحم المحرم فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً وقد يحرم على الرجل ربييته وأمهات نسائه ولا قرابة لهم ونحل له ابنة عمه وخله وهن من أقاربه وماذكروه من التفضيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحريم . فأما ان كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمة كقوله ونفضل قرابتي من جهة أبي علي قرابتي من جهة أمي أو قوله إلا ابن خالتي فلانا أو نحو ذلك أو قرينة نخرج بمضمون عمل بما دلل عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبه بن عثمان الحجبي جاء إلى عائشة رضي الله عنها فقال يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تكثر عليها فنزعها فنحزرها آباراً فندفناها فيها حتى لا نلبسها الخائض والجنب قالت عائشة بئس ما صنعت ولم نصب، إن ثياب الكعبة إذا نزعتم لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتمها وجعلتم منها في سبيل الله والمساكين فكان شيبه يبعث بها إلى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون إجماعاً، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فنصرف إلى المساكين كالوقف المنقطع

(فصل) إذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره فإن قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفاً كما لو تاف بفعل الله تعالى وإن كانت الجناية موجبة المال لم يمكن تعلقها برقبته لأنه لا يمكن بيعها ويجب إرشها على الموقوف عليه لأنه ملكه تعلق إرشه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، وإن قلنا الوقف لا يملك فالأرض في كسبه لأنه نعتق برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لأنه لا يملكه فكان في كسبه كالحرق يكون في ماله ويحتمل أن يكون في بيت المال كإرش جناية الحر المعسر وهذا احتمال ضعيف جداً فإن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لأهملها العاقلة وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الأرض في كسبه لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرض عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لعدم بيعها فمعين في كسبه ويحتمل أن يجب في بيت المال

(مسئلة) (وأهل بيته بمنزلة قرابته وقال الحرقى يعطى من قبل أبيه وأمه)

المخصوص عن أحمد رحمه الله أن أهل بيت بمنزلة قرابته فإنه قال في رواية عبد الله إذا أوصى بثلاث ماله لأهل بيته فهو بمثابة قوله لقرابتي، وحكاها ابن المنذر عن أحمد وقال قال أحد قال النبي ﷺ «لا تحمل الصدقة لي ولا لأهل بيتي» فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوي القربى الذين ساهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال «أذكركم الله في أهل بيتي» قال قلنا من أهل بيته نساؤه؟ قال لا أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة بعده آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس قال القاضي قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوي في الذكور والإناث وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في أمم القرابة والأهل بيته وليس هذا بشيء فإن ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرّموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه؟ وقد قال النبي ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها «اللهم هؤلاء أهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً» ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لا قاربه دخل فيه وولده بغير خلاف علمناه والحرقى قد عدّهم في القرابة بقوله لا يجاوز به أربعة لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي

(فصل) وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرض الجناية عليه فان الحر يجب أرض الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجنى عليه يكون وقفاً ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة ان قلنا انه يملك الموقوف لانه بدل ملكه

ولنا انه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنعموا عنه فلم يصح العنوع من شيء منه كما لو أنف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا ، ولم يصح عنو وأحد منها عنه ، وان كانت الجناية عمداً محضاً من مكافئه له فالظاهر انه لا يجب القصاص لانه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الامام فان قطعت يد العبد او طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لانه لا يشاركه فيه غيره وان كان القطع لا يوجب القصاص او يوجبه فعني عنه وجب نصف قيمته ، فان أمكن أن يشتري بها عبد كامل والا اشترى بها شقص من عبد

(فصل) ويجوز تزويج الامة الموقوفة لانه عقد عقد على منفعتها أشبه الاجارة ، ولان الموقوف

القربي فجعل هاشما الاب الرابع ولا يكون رابعاً الا ان يعد النبي صلى الله عليه وسلم ابا لان هاشما انما هو رابع النبي صلى الله عليه وسلم ووجه قول الحرقي ان امه من اهل بيته فكذلك انسابها من اولادها وابويها واخوتها واخواتها

(مسألة) (وقومه ونسباؤه كقرابته لان قوم الرجل قبيلته وم نسباؤه)

قال الشاعر :

فقلت لها أما رفيتي قومه نيم وأما أمرتي فبات

وقال أبو بكر هو بمثابة أهل بيته لان أهل بيته أقاربه وأقاربه قومه ونسباؤه وقال القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لنسبائي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويقصد ولد الاب الخامس فعلى هذا بصرف الى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال قال شيخنا وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف على من كان من العشيرة التي بنسبان اليها واذا كان كل واحد منها ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له .

(فصل) وآل مثل قرابته فان في بعض الماخذ حديث زيد بن أرقم من آل رسول الله ﷺ قال

أصله وعشيرته الذين هموا الصدوق بنده آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل والاضل في آل أهل فقلت الماء همزة كما قالوا هرقت الماء وارقته ومدت لئلا يجتمع همزتان

عليه لإيثارك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بما يملك غيره إياها ووليها الموقوف عليه لأنها ملكه والمهر له لأنه بدل نفعا أشبه الاجر في الاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لأنه عقد على نفعا في العمر فيفرض إلى تقويت نفعا في حق البطن الثاني ولأن النكاح يتعلق بحقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها وميبتها عنده فتعوت خدمتها في اليل على البطن الثاني إلا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها لأنه حق لها طلبه فتعين الاجابة اليه وما فات من الحق به فات تبعاً لا يفائها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الامة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها رقت معها لان ولد كل ذات رحم ثبت لها حرمة حكمة حكمها كالم ولد والمسكانية ، وان أكرهها أجنبي فوطئها أو طارعتة فعليه الحد إذا اتفقت الشبهة وعليه المهر لاهل الوقف لأنه وطئ جاربة غيره أشبه الامة المطلقة وولدها يكون وقفا معها ، وان وطئها بشبهة بمتقدمها حرة فالولد حر ولو كان الواطي عبداً ونجب قيمته لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فنفعه اعتقاد الحرية من الرق فوجب قيمته بشري بها عبد يكون رقيقاً وتعتبر قيمته يوم بضعه حياً لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك

(فصل) وليس للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لاننا من حبلها فتنقص او تناف او تخرج من الوقف بكونها ام ولد ولان ملكه ناقص فان وطئ فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب للانسان شيء على نفسه والولد حر لأنه من وطئ شبهة وعليه قيمة الولد بشري

(مسئلة) (والعتره هم العشيرة الادنون في عرف الناس وولده الذكور والاناث وإن سفلوا قسمه ابن قتيبة وقد توقف أحمد في ذلك وقال ثعلب وابن الاعرابي العتره الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلوا في ذلك العشيرة والاول اصح وأشهر في عرف الناس ووجه الاول قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب رسول الله ﷺ نحن عتره رسول الله ﷺ وبضته التي تفقت عنه فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه

(مسئلة) (وذو رحم كل قرابته من جهة لآباء والامهات)

قال القاضي بنصرف الى قرابته من جهة أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس وقد ذكرنا ذلك في مسئلة القوم والنسباء

(مسئلة) (والاباى والعزاب من لا زوج له من الرجال والنساء)

ذكره أصحابنا قال شيخنا ويحتمل أن يختص اسم الاباى النساء اللاتي لا أزواج لمن قال الله تعالى (وأنكحوا الاباى منكم) وفي الحديث «أعوذ بالله من بوار الايم» ووجه الاول ما روى سعيد بن المسيب أنه قال : آمت حنيفة بنت عمر من زوجها وآم عثمان من رقية قال الشاعر :

فان تنكحني انكح وان تنأبني وان كنت أفنى منكم أنام

وقول شيخنا أولى لان العرف يختص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي ولان قول النبي

(المغني والشرح الكبير) اذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة ٢٢٣

بها عبد مكانه ونصير أم ولد لانه أحبلها بحر في ملكه فاذا مات عنتت ووجبت قيمتها في تركته لانه أنفذها على من بعده من البطون فيشترى بها جارية تكون وقفامكانها وانقلنا ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصر أم ولده لانها غير مملوكة له

(فصل) وان أعنت العبد الموقوف لم ينفذ عنته لانه يتعلق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن ابطاله ، وان كان نصف العبد وقتاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطلاق لم يسر عنته إلى الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فيالسراية أولى

(مسئلة) قال (واذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة واذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك ان الوقف إذا كان شجراً فأمر أو أرضاً فزرعت وكان الوقف على قوم باعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة وبهذا قال مالك والشافعي وروى عن طارس ومكحول لا زكاة فيه لان الارض ليست مملوكة لهم فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين ولنا انه استغل من أرضه أو شجره نصاباً فلزمته زكاة كغير الوقف بحقيقته ان الوقف الاصل والثمره طلق والمالك فيها تام له التصرف فيها بجميع التعريفات وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة

عزبة ^{عزبة} أعوذ بالله من بوار الایم، أما أراد به النساء وأما العزاب فهم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة قاله ثعالب وإنما سمي عزباً لانفراده ويحتمل أن يختص الایمی بالنساء والعزاب بالرجال ولذلك يقال امرأة أيم بغير هاء ولا يقال أیمة ولو كان الرجل مشاركاً لها لقبيل أيم وأیمة مثل قائم وقائمة ولان العرف ان العزب يختص بالرجل

(مسئلة) (فأما الارامل فهن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن بمرت أو غيره قال أحمد في رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم للرجال والنساء والذي يعرف من كلام الناس أن الارامل النساء وقال الشعبي واسحق هو للرجال والنساء وانشد هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذکر ؟

وقال آخر

أحب أن اصطاد ضباً سحبلأ رعى الرییم والشتاء أرملا

ووجه الاول أن المعروف من كلام الناس أنه للنساء فلا يحمل اللفظ الا عليه ولان الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للذکر لان ما يختلف لفظ الذکر والانثی في واحد يختلف في جمعه وقد أنکر ابن الانباري على قائل القول الاول وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ

(الجزء السادس)

(٣٠)

(المغني والشرح الكبير)

من أرض مستأجرة له ، وقولهم ان الارض غير مملوكة له ممنوع وان سلمنا ذلك فهو مالك لمنعتها وبكفي ذلك في وجوب الزكاة بدليل الارض المستأجرة ، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل . ولا زكاة عليهم قبل تفرقتها وان بلغت نصابا لان الوقف على المساكين لا يتعين او احد منهم بدليل ان كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفن الى غيره وانما ثبت الملك فيه بالدفن والقبض لما أعطيه من غلته ملكا مستأنفا فلم نجب عليه فيه زكاة كالذي يدفع اليه من الزكاة ، وكما لو وهبه أو اشتراه وفارق الوقف على قوم بأعيانهم فانه يعين لكل واحد منهم حق في نفع الارض وغلتها ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه

(فصل) وبصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبني هاشم وبني تميم وبني وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم ، ويجوز الرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته . وقال الشافعي في أحد قوايه لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين وأشباههم لان هذا نصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما لو قال وقفت على قوم ، ولنا ان من صح الوقف عليه اذا كان عدده محصيا صح وان لم يكن محصيا كالفقراء والمساكين وما ذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه في المساكين ولا في جملة الوقف لما ذكرناه من قبل

الارامل يشمل الذكر والانثى لقول حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لمن على الانفراد وسمي نفسه أرملًا مجردًا ونشبهها بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر وكذلك الشعر الآخر ويدل على ارادة المجاز أن اللفظ عند اطلاقه لا يفهم منه الا النساء ولا يسمى به في العرف غير من وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ، ثم لو ثبت أن في الحقيقة للنساء والرجال لكن أهل العرف قد خصوا به النساء وتركوا الحقيقة حتى صارت مهجورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعاني بها حكم كسائر الالفاظ العرفية

(فصل) وان وقف على اخوانه فهو للاناث خاصة وان وقف على اخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعا لان الله تعالى قال (وان كانوا اخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له اخوة فلا مة السدس) واجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الاخوة لا يشمل الذكر والانثى لانهم اخوة آية وان قال لبني اخوته أو لبني عمه فهو للذكر دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة والفرق بينهما أن الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ وبنو الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكر ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولنظ بني الاخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليهما والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبنو العم والاخوة حكم ما ذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها في المسائل المتقدمة

(مسألة) قل (وما لا ينتفع به الا بالأئلاف مثل الذهب والورق والمأكول

والشروب فوقه غير جائز)

وجاءه ان ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالذنانير والدرهم والمطعم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئا يحكي عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكم أصحاب مالك وليس بصحيح لان الوقف تخصيص الاصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به الا بالأئلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل في الدرهم والذنانير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأئمان ولهذا لا تضمن في القصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والقمم على دوس الطين والشمع ليتجمل به

(فصل) والمراد بالذهب والنضة ههنا الدرهم والذنانير وما ليس بحلي لان ذلك هو الذي يلف بالأئلاف به ، أما الحلي فيصح وقفه لابس والعمارة لما روى نافع قال ابتاعت حفصة حليا بشرين ألفا فخبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته . رواه الحلال بأسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقاءها دائما فيصح وقفها كالمقار ولأنه يصح تخصيص أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالمقار وبهذا قال الشافعي وقد روي عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن

(مسألة) (وان وقف على أهل قريته او قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه وفيه وجه آخر

أن المسلم يدخل فيه وان كان الواقف كافرا)

وجملة ذلك أن الانسان اذا وقف على أهل قريته او قرابته او أتى بلفظ عام يدخل فيه المسلمون والكفار والواقف مسلم فهو للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار وقال الشافعي يدخل فيه الكفار لان اللفظ يتناولهم بعمومه ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم) فلم يدخل فيه الكفار اذا كان الميت مسلما واذا لم يدخلوا في لفظ القرآن مع عمومهم لم يدخلوا في لفظ الواقف ولان ظاهر حاله لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الاولاد والاخوة والازواج وسائر الاثنا عشر العامة في الميراث فكذا ههنا ، فان صرح بهم دخلوا لان إخراجهم بترك به صريح انقال وهو أقوى من قرينة الحال ، وان وقف عليهم وأهل القرية كلهم كفار او وقف على قرابته وكلهم كفار دخلوا لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالسكينة ، فان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضا لان إخراجهم ههنا بالتخصيص بعيد وفي مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وإن كان الاكثر كفاراً فهو المسين في ظاهر كلام الحرفي لانه يمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه اليهم والتخصيص يصح وإن كان بإخراج الاكثر وبمحمل أن يدخل الكفار في الوصية لان التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الاكثر بعيد يحتاج إلى دليل قوي

أبي موسى الا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية ان التحلي لبس هو المتصور الاصيلي من الايمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدرهم ، والاوول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المناصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك وبفارق الدرهم والدنانير فان العادة لم تنجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في العصب بخلاف مسئلتنا

(فصل) ولا يصح وقف الشمع لانه يتلف بالانتفاع به فهو كالماكول والمشروب ولا ما يصح اليه الفساد من المشمومات والرياحين وأشباهاها لانها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطهوم . ولا وقف ما لا يجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصالح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها لانه نقل للملك فيها في الحياة فأشبهه البيع ولان الوقف تحييس الاصل ونسبيل المنفعة وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه نسبيل المنفعة والكلب أبيع الانتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها ، والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله ، ولا يصح الوقف فيما ليس بمعين كعبد في الذمة ودار وسلاح لان الوقف إبطال للمعني الملك فيه فلم يصح في عبد مطلق كالعق (فصل) قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله فهو على ما وقف ووصي وإن بيع الفضة من السرج والالجام وجعل في وقف ، مثله فهو أحب إلي لان الفضة لا ينفع بها واهل بشرى بذلك الفضة سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين ، فقيل له تباع الفضة وتجعل في نفعته ؟

والحكم في سائر الفاظ العموم كالاخوة والاعمام وبني عمه واليتامى والمساكين كالحكم في اهل قريته فاما إن كان الواقف كافراً فإنه يتناول اهل دينه لان لفظه يتناولهم والقريفة تدل على اراذتهم فأشبهه وقف المسلم يتناول اهل دينه ، وهل يدخل فيه المسلمون ؟ ينظر فان وجدت قريفة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية الا مسلمون دخلوا وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وبقي أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهاز (أحدهما) لا يدخلون كما لو لم يدخل الكفار في وقف المسلم (والثاني) يدخلون لان عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه الى غيره ، فان كان في القرية كافر من غير اهل دين الواقف لم يدخل لان قريفة ، الحال يخرجهم ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولي فبقي خارجاً بحاله ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم

(مسألة) (وان وقف على موابه وله موال من فوق وموال من أسفل تناول جميعهم ، وقال ابن

حامد يختص الموالي من فوق)

اذا وقف على موابه وله موال من فوق حسب وهم معتقوه اختص الوقف بهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم ، وان لم يكن له الاموال من أسفل فهو لهم لذلك وان

قال لا ، فأباح أن يشتري بفضة السرج والاعجام سرجا ولجاما لانه صرف لهما في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه فأشبهه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيغه وصرف ثمنه في مثله ولم يجز ابقائها على الفرس لانه صرف لها الى غير جنسها
 ﴿مسئلة﴾ قال (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

وجملة ذلك ان الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبيى بقاء متصلا كالعقار والحيوانات والسلاح والاثاث وأشياء ذلك . قال أحمد في رواية الاثرم : انما الوقف في الدور والارضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لأبأس به وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجزى وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الاكر العروضاع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لان الحيوان لا يقاقل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان ولنا ان النبي ﷺ قال « اما خالدة قد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله » متفق عليه ، وفي رواية « وأعتده » أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما بعده الرجل من المراكب والسلاح وآلة الجهاد وروي ان ام معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في

اجتمعوا فهو لهم جميعا يستنون فيه لان الاسم يشملهم جميعا ، وقال اصحاب الرأي الوصية باطلة لانها لغير معين وقال ابو ثور يفرع بينهما لان احدهما ليس باولى من الآخر وقال ابن القاسم هو للموالي من اسفل ، واصحاب الشافعي أربعة اوجه نكقولنا وكقول اصحاب الرأي (والثالث) هو للموالي من فوق لانهم اقوى لكونهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقائه وهو قول ابن حامد (والرابع) يقف الامر حتى يصطالحوا ولنا ان الاسم يتناول الجميع فدخلوا فيه كما لو وقف على اخوته وقولهم انها لغير معين غير صحيح فان التعميم يحصل مع التعيين ولذلك لو حلف لا كملت مولاي حثت بكلام أيهم كان وقولهم ان المولى من فوق اقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا يدخل فيه والداهم ولا المساكين ولا الخليف ولا غير من ذكرنا لان الاسم ان تناولهم حقيقة ام يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقة ولا يستحق مولى الله مع وجود مواليه وقال زفر يستحق

ولنا ان مولى الله ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه فان لم يكن له مولى فقال الشريف ابو جعفر إذا وصى لمواليه وليس له مولى فهو لمولى الله وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء له لانه ليس بمولى ، واحتج الشريف بان الاسم يتناولهم مجازاً فاذا نعتت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى المجاز والعمل به تصحيحا لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه مجازا صحيحا وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد فان كان له مولى أب حين الوقف ثم انقرض مواليه

سبيل الله واني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ « أركبه فان الحج والعمرة من سبيل الله »
ولانه يحصل فيه تحييس الاصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالمقار والفرس الحبيس ولانه بصح وقفه مع غيره
فصح وقفه وحده كالمقار

(فصل) قال احمد رحمه الله في رجل له دار في الرض أو قطعة فأراد التزوه منها قال يقفها قال القطائع
ترجع إلى الاصل إذا جعلها للمساكين فظاهر هذا الإباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه ان وقفها
بطابق الاصل لأنها تصير بهذا القول وقفنا

﴿ مسألة ﴾ قال (وبصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناء على أصله في ان
القبض شرط وان القبض لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها
وهذا صفة المشاع ولانه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا كالبيم أو عرصة يجوز بيعها
فجاز وقفها كالمفرزة ولان الوقف تحييس الاصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في
المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فاذا صح في البيم صح في الوقف

لم يكن لموالي الاب على مقتضى ما ذكرناه لان الاسم يتناول غيرهم فلا يعود اليهم إلا بعقد ولم يوجد
ولا يشبه هذا قوله أو صيت لا قرب الناس إلي وله ابن وابن ابن فبات الابن حيث يستحق ابن الابن
وان كان لا يستحق في حياة الابن شيئاً لان الوصية ههنا الموصوف وجدت الصفة في ابن الابن كوجودها
في الابن حقيقة ، وفي المرئي بقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى الله مجازاً فموجودهما جيمعاً لا يحمل
اللفظ إلا على الحقيقة وهذه العفة لا توجد في مولى الله

﴿ مسألة ﴾ (وان وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب نعيمهم والنسوبة بينهم)
لان اللفظ يقتضي ذلك ، وقد أمكن الوقف به فوجب العمل بقتضاه كقوله سبحانه (فهم شركاء في
الثالث) فانه يجب نعيم الاخوة من الام والنسوبة بينهم ، ولان اللفظ يقتضي النسوبة أشبه ما لو أقر لهم
﴿ مسألة ﴾ (فان لم يمكن حصرهم كالمساكين والقبيلة الكثيرة كبنو هاشم وبنو نعيم صح الوقف عليهم)
وكذلك يصح الوقف على المسلمين كاهم وعلى أهل اقليم ومدينة كالشام ودمشق ، ويجوز
لرجل أن ينف على عشرته وأهل مدينته ، وقال الشافعي في أحد قولنا لا يصح الوقف على من لا يمكن
استيعابهم وحصرهم في غير المساكين ونحوهم لانه لا يصح في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما
لو قال وقفت على قوم

ولنا أن من صح الوقف عليهم إذا كانوا محصورين صح ، وان لم يحصوا كالمقار وقباصهم
يطلب بالوقف على المساكين

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثا أو كيفا كان جاز، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواء لانه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين ، وإن أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لأن إطلاق الاضافة إليهما تقتضي التسوية بين الجهتين ولا تحقق التسوية إلا بالتصنيف وإن قال وقفتها على زيد وعمر والمساكين فهي بينهم أثلاثا .

(فصل) فإن أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبني على القسمة هل هي بيع أو إفراز حق والصحيح أنها إفراز حق فينظر فإن لم يكن فيها رد جازت القسمة ، وإن كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضا لانه شراء لشيء من المطلق ، وإن كان من صاحب المطلق لم يجز لانه شراء. بعض الوقف وبيمه غير جائز ، وإن كان المشاع وقفا على جهتين فأراد أهله قسمته أنبني على ما ذكرنا ولم يجز فيها إذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة في الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولي الوقف أجبر الآخر لأن كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهي واجبة

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل)

وجملة ذلك أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كولد وأقاربه ورجل معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب العقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصلح على غير معين

(فصل) ولا يجب تميمهم إجماعا لانه غير ممكن ويجوز تفضيل بعضهم على بعض لأن من جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ويجوز الاقتصار على واحد منهم ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة وهو مذهب الشافعي ووجه القول قد ذكر في الزكاة والاول ظاهر المذهب

(فصل) فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولد، وولد وولد عقبه ونسله فصاروا قبيلة كثيرة نخرج عن الحصر مثل وقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فانه يجب تميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فإذا نذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يجز عن بعضه ، ولأن الواقف هنا أراد التعميم والتسوية لامكانه وصلاحي لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف من لا يمكن ذلك فيهم

﴿مسئلة﴾ (ولا يعطى كل واحد أكثر من القدر الذي يعطى من الزكاة يعني إذا كان للوقف

على صنفين أصناف الزكاة)

وجملة ذلك أن من وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الفارين — فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات — لا يدخل معهم غيرهم لأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على اليهود

كرجل وامرأة لان الوقف عليك للمعين أو لانه نفعه فلا يصح علي غير معين كالبيع والاجارة ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكعب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال «أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخي حيا ما وضعه الا انباعي» ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه والوقف على فتاديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها وواء كان الواقف مسلما أو ذميا قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذي كالوقف على غير معين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقودا فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا اليها لم تنقض ما فعلوه فكيف أجزم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ قلنا الوقف ليس بعقد معارضة وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القرية فاذا لم يقع صحيحا لم يزل املك فيبقى بحاله كالعنق

وقد روي عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلاما فلانا يخدم البيعة خده من سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه؟ قال هو حر ويرجع على الغلام باجرة خدمة مبلغ أربع

في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف اليه وقد مضى شرح ذلك في الزكاة فان وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة لا يزداد عليه رقد ذكرنا ذلك ، وقد اختلف في القدر الذي يحصل به الفتي فقال أحمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة وإن كان متطوعا أعطى من شاء وكيف شاء. فقد نص على الحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالحلاف في الزكاة ، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين علي خمسين درهما لان لفظ أحمد لا تقييد فيه . قال ابو الخطاب وفي المسئلة وجهان وجهها ما سبق (فصل) فان وقف على الاصناف كلها أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو

يجب إعطاء بعض كل صنف؟ فيه وجهان بناء على الزكاة

(مسئلة) (والوصية كالوقف في هذا التفصيل لان ميناها على لفظ الموصي أشبهت الوقف)

(فصل) والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه باقائه ولا غيرها ويلزم بمجرد القول لانه تبرع يمنع البيع والهبة والمبرات فلزم بمجرد مجردة كالعنق وعنه لا يلزم إلا بالتبض وإخراج الوقف عن يده اختاره ابن أبي موسى كالمبة والصحيح الاول وقد ذكرناه، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجردة ولواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وبعضهم عن علي

سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لاصوله ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمته اربع سنين لم يكن لصحة الوصية بل لانه انما أعتقه بعرض يعتقدان صحته ، واذا تعذر العوض باسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

(فصل) ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وام الوالد والمدر والميت والحل والملك والجن والشياطين ، قال احمد فيمن وقف على مما يملكه لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فان قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهاها وهي لا تملك ، قلنا الرقن هناك على المسلمين الا انه عين في نفع خاص لهم ، فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقاباً وانما بخلاف المساجد ولا يصح الوقف على العبد ، وان قلنا انه يملك بالتملك لان الوقف يقتضي تحبيس الاصل والعبد لا يملك ملكاً لازماً . ولا يصح الوقف على المكاتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر ، ولا على مرند ولا حربي لان أموالهم مباحة في الاصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى والوقف لا يجوز أن يكون مباح الاخذ لانه تحبيس الاصل

وابن مسعود وابن عباس وخالف أبا حنيفة صاحبه فقالا كقول سائر أهل العلم واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فدرتهما رواه المحاملي في أماليه ولانه إخراج ماله على وجه القرية من ماله فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة ، قلنا هذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فان النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لا يباع أصلها ولا يتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً ، قال الحميدي نصدق أبو بكر بداره على ولده وعمر بربيعه عند المروة على ولده وعثمان برومة وتصدق علي بأرضه بينبع وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمر بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم ، وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ له مقدرة إلا وقف وهذا اجماع منهم فان الذي قدر على الوقف منهم وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان ذلك اجماعاً ولانه ازالة ملك يلزم بالوصية فاذا انجزه في حال الحياة لزم من غير حكم كالعق ، وحديث عبد الله بن زيد ان ثبت قليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقة غير

(فصل) ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكاً محترماً ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين . ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روي أن صنية بنت حبي زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي ولأن من جاز أن يقف الذي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كمناسهم ويبيعهم من المارة والمجانين صح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع (فصل) وينظر في الوقف من شرطه الواقف لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة تايه ماعاشت ثم إلى ذوي الرأي من أهلها ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه فإن جعل النظر لنفسه جاز وأن جهله إلى غيره فهو له فإن لم يجعله لأحد أو جعله لانسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه له فكان نظره إليه كذلك المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على أن المالك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى؟ فإن قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه إليه لأنه ملكه عينه ونفعه، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه وبصرفه إلى مصارفة

موقوف استتاب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولهذا لم يردها إليه إنما دفعها إليهما ويحتمل أن الحائط كان لها وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنها فتصرف بهذا التصرف بغير إذنها فلم ينفذها وأنها النبي ﷺ فردت إليهما والقيام على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وإنما ينتقل إلى القبض والوقف لا ينتقل إليه فافترقا

(مسألة) (ولا يجوز بيعه إلا أن تعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في مثله وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته لقول النبي ﷺ في حديث عمر « غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » فإن تعطلت منافعه بالكفاية كدار أهدمت أو أرض خربت وعادت موافاً لا يمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه فإن أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته جاز بيع البعض وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه يبيع جميعه قال أحمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لها قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفاً من اللصوص وإذا كان موضعه قدراً قال القاضي يعني إذا كان ذلك يمنع الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمام قال أبو بكر وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال وبالقول الأول أقول لاجتماعهم على بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحا أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في نتاجها أو حصاناً يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد

لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين ، وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فانظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله ان يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه اما يجعل الواقف ذلك له او لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء وكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان او امرأة عدلاً كان او فاسقاً لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كالمطلق ، ويحتمل ان يضم الى الفاسق أمين حفظاً لاصل الوقف عن البيم أو التضميم ، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميم لكل انسان في نصيبه وان كان الموقوف عليه غير رشيد اما اصغر او سفه او جنون قام وليه في النظر مقامه كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه او لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف او الحاكم لم يجوز ان يكون الا أميناً فان لم يكن أميناً وكانت توليته

والوقف عاد الى ملك واقفه لان الوقف إنما هو تسبيل المنفعة فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » ولان ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطيلها كالمعتق والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

وانما ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب الى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة أن انقل المسجد الذي بالمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فانه لن يزال في المسجد وصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعاً ولان فيها ذكرناه استبقاء الوقف بمنه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كالمعتق الجارية الموقوفة أو قبائها أو قبائها غيره قال ابن عقيل الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإبصال الأبدال جرى مجرى الأعيان وجودنا على العين مع تعطيلها تضميم الغرض ويقرب هذا من الهدى اذا عطب فانه يذبح في الحال وان كان يختص بالموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكيفية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لان مراعاته مع تعذره تفضي الى فوات الانتفاع به بالكيفية وهكذا الوقف المعطل المنافع . وانما على محمد بن الحسن انه إزالة ملك على وجه القرية فلا يعود الى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالمعتق

(مسئلة) ويجوز بيع بعض آتته وصرفها في عمارته) كما يجوز بيع الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به وصرف ثمنه فيما يقوم مقامه ولانه اذا جاز بيع الجميع عند الحاجة الى بيعه فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى .

(فصل) واذا بيع الوقف فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز ، وإن كان من غير جنسه في ظاهر كلام الحنفى لكن تكون المنفعة مضمونة الى المصلحة التي كانت الاولى تصرف

من الحاكم لم نصح وأزيلت يده ، وان ولاء الواقف وهو فاسق أو ولاء وهو عدل وصار فاسقا ضم اليه أمين بنحفظ به الوقف ولم تزل يده ، ولانه أمكن الجمع بين الحقين وبجتمل أن لانصح توليته وان به عزل اذا فسق في أثناء ولايته لانها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما او ولاء الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره فانه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه

فيها لانه لا يجوز تغيير المصرف مع امكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به (فصل) فان لم يكف عن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحد لان المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل الى ذلك إلا بهذه الطريق

(فصل) فان لم تعطل منفعة الوقف بالكفاية امكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف لم يجوز بيعه لان الاصل تحريم البيع وانما أبيع للضرورة صيانة المقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع ما يضيع المقصود وإن قل اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع الى حد لا يعد نفعاً فيكون وجوده كالمعدم

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الارض ويجعل تحتها سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك ينظر الى قول أكثرهم واختلاف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد الى ان هذا مسجد أراد أهله انشاءه ابتداءً واختلفوا كيف يعمل وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزا لان ماله اليه ، أما بعد بنائه لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت وذهب القاضي الى ظاهر الافظ وهو انه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحتها سقاية لحاجتهم الى ذلك والاول أصح وأولى ، وان خالف الظاهر فان المسجد لا يجوز نقله وإبداله وييم ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تندر الانتفاع به والحاجة الى سقاية وحوانيت لاتعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر ، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بمحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها المصلحة (مسئلة) (وما فضل من حصره وزيته عن حاجته جاز صرفه الى مسجد آخر والصدقة به على فقراء المسلمين)

وأنذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد بيني فيبقى من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه قال يعان به في مسجد آخر أو كما قال ، وقال المروذي : سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد اذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يتصدق به ، وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت اذا نخرقت

(فصل) ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته فان لم يمكن فن غلته لان الوقف اقتضى تحييس أصله وتسهيل نفعه ولا يحصل ذلك الا بالاتفاق عليه فكان ذلك من ضرورته ، وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ماسلف بيانه

تصاق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شية يتصدق بخلفان الكعبة .

وروى الخلال باسناده عن علقمة عن أمه ان شية بن عثمان الحجبي جاء الى عائشة رضي الله عنها فقال يأأم المؤمنين ان ثياب الكعبة تكثر عليها فنزعها فحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بئس ما صنعت ولم تصب ان ثياب الكعبة اذ انزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن او بعتها و جعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين . فقال فكان شية يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة ، وهذه قضية مثلها ينشر ولم تذكر فتكون إجماعاً ولانه مال الله تعالى لم يبق له مصرف نصرف الى المساكين كالوقف المنقطع

(مسألة) (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد)

نص عليه أحمد فقال إن كانت فرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الاكل منها ، ولو قلعها الامام لحجاز ، وذلك لان المسجد لم يبن لهذا انما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولان الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وتمرها ويسقط عليها الطير وتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها

(مسألة) (فان كانت مفروسة جاز الاكل منها)

يعني اذا كانت الشجرة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والشجرة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجبران ، وقال في رواية أبي طالب في النفقة لا يتباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب بأكثرها وذلك والله أعلم ، لان صاحب الارض لما جعلها مسجداً والشجرة فيها فقد وقف الارض والشجرة معاً ولم يمين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يمين له مصرف . وقد ذكرنا انه للمساكين في بعض الروايات . فأما إن قال صاحبها هذه وقف على المسجد فيبغي أن يتباع ثمرتها ونصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره . وقال أبو الخطاب عندهم ان المسجد اذا احتاج الى ثمن شجرة بيوت وصرفت في عمارته ، وقال أحمد يأكلها الجبران محمول على انهم يعمرونه فان استغنى المسجد عنها فلا بأس بالكل منها والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الهبة والعطية

(مسئلة) قال (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن الا بقضه)

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهبة والعطية معانيها متقاربة وكأها تمليك في الحياة بغير عوض واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهبة متقاربان فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والهبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوب إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « نهادوا نحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم) إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة الا بالتبض وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور يلزم ذلك بمجرد المقدار لمعوم

باب الهبة والعطية

وهي تمليك في الحياة بغير عوض ، الهبة والعطية والهبة والصدقة معانيها متقاربة وهي تمليك في الحياة بغير عوض ، واسم الهبة والعطية شامل لجميعها ، فأما الصدقة والهبة فهما متقاربان وإن دخلا في مسمى الهبة والعطية فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والهبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه فإن النبي ﷺ قال « نهادوا نحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها كثير ، وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم) إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة الا بالتبض وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور يلزم ذلك بمجرد المقدار لمعوم

(مسئلة) (إفان شرط فيها عوضاً معلوماً صارت بيعاً وعنه يفتى فيها حكم الهبة)

وجملة ذلك أن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت له أو دونه أو أعلى منه وباقول أبو حنيفة وقال الشافعي كقولنا فيما إذا كانت له أو دونه وإن كانت لأعلى منه اقتضت الثواب في أحد القولين وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها

قوله عايد السلام « العائد في هبته كالعائد في قبته » ولانه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولانه عقد لازم ينقل الملك ولم يقف لزومه على القبض كإبيع

وانا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان ما قلناه مروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لها في الصابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال يا بنية ما أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أحد أعز علي قراً منك وكنت نحلته جذاذ عشرين وسقاً ووددت انك حزيتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخوك وأختك فافتسموا على كتاب الله عز وجل

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عند عبد الرحمن بن عبد القاري . أن عمر بن الخطاب قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدكم قال مالي وفي يدي وإذا مات هو قال كنت نحلته ولدي؟ لا نحلته إلا نحلته بجزها الولد دون الوالد فان مات ورثه . وروى عثمان أن الوالد يجوز لولده إذا كانوا صغاراً . قال المروذي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ولانها هبة غير مقبوضة فلم يلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة التسليم والخبر يحول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لان الوقف اخراج ملك الى الله تعالى

ولنا انها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كنه المنسل والوصية ، وقول عمر قد خانته ابنته وابن عباس فلا يبقى حجة فان عرضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له بيدلما ، فان شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه ، لانه تملك بعوض معلوم فهو كالهبة وحكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وبه قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول انها لا تصح لانه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها . ولنا انه تملك بعوض نصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فانه لو أطلق التملك كان هبة فاذا ذكر العوض صار بيعاً وفيه رواية أخرى ذكرها أبو الخطاب انه يفتى عليها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به

(مسألة) (وان شرط ثوابا مجزولاً لم تصح الهبة)

وحكمها حكم البيع الفاسد لانه عوض مجزول في معاوضة فلم يصح كإبيع ويردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه تمام ملك الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور وعنه انه قال برضيه بشي . وظاهر كلام أحمد انها تصح فاذا أعطاه عنها عوضاً رضي لزم العقد بذلك ، قال أحمد في رواية محمد بن الحكم اذا قال الواهب هذا لك على أن تئيبني فله أن يرجع اذا لم يتيبه لانه شرط ، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد اذا وهب له على وجه الاثابة فلا يجوز إلا أن يتيبه منها فعلى هذا عليه أن

فخالف التمايلات والوضعية نلزم في حق الوارث والعنق اسقاط حق وليس تمليك ولان الوقف والعنق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وقول الحرقي : لا يصح . يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يزيد لا يثبت بها الملك قبل القبض فان الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه وأما صحته بمعنى انه فاد الافظ بحيث إذا انضم اليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال في سياق المسئلة كما يصح في البيع وقد نقرر في البيع ان بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينفي الضمان وإطلاقه في التصرفات . وقوله ما يكال ويوزن . ظاهره العموم في كل موزون ومكيل ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بتعيين فيه كالتفيز من صبرة والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجعنا العموم

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا بأذنه فان قبضها الموهوب له بغير اذنه لم تنم الهبة ولم يصح القبض ، وحكي عن أبي حنيفة انه إذا قبضها في المجلس مرجح وان لم يأذنه لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتملك الذي لم يتم الا بالقبض

ولنا انه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها . ولان

يعطيه حتى برضيه ، فان لم يفعل فالواهب الرجوع فيها أو عوضها إن كانت تالفة لانه عقد معاوضة فاسد فلزم ضمان العين اذا تلفت كالبيع الناسد ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والارل أصح لان هذا بيع فيعتبر له التراضي إلا انه بيع بالمعاطة فاذا عوضه عرضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم يصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعاطة ولا التراضي والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه : من أوهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها ، وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد رمالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى ان الهبة المطلقة تقتضي ثرايا ، وقد روى أبو هريرة ان أعرابيا وهب النبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كانت تسعا قال رضيته ، فقال النبي ﷺ « لقد هممت أن لا أنهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثغفي أو دومي » من المسند ، فان تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان أو لم يثبه منها فقال أحمد لأرى عليه نقصان ما تنصه عنده اذا رده الي صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك اذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

(مسئلة) (ونحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الايجاب والقبول بالمعاطة المفترضة بما يدل عليها) فلايجاب أن يقول وهبتك أو أهديت اليك أو ملكتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ

التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض بدليل ما بعد المحاسن. ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض، واز رجع بعد القبض لم ينع رجوعه لان الهبة تمت (فوسل) وان مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كانت قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كما وكالة والشركة . وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدي اليه حتى مات فلما تعود الى صاحبها ما لم يقبضها . وروى باسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها « اني قد أهديت الى النجاشي حلة وأوقى مسك ولا أرى للنجاشي إلا قدمات ولا أرى هديتي إلا مرددة علي فان ردت فهي لك » قالت فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة. وان مات صاحب الهدية قبل أن تصل الى المهدي اليه رجعت الى ورثة المهدي وليس للرسول حياها الى المهدي اليه الا أن يأذن له الوارث ، ولو رجع المهدي في هديته قبل وصولها الى المهدي اليه صح رجوعه فيها والهبة كالمدينة

الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبالت أو رضيت أو نحو هذا، ونصح بالمعاطاة المعتزلة بما يدل عليهما وإن لم يحصل إيجاب أو قبول، ذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا بد فيها من الإيجاب والقبول، ولا نصح بدونه سواء وجد القبض أو لم يوجد وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تأييد فافتقر الى الإيجاب والقبول كالتكاح، والصحيح ان المعاطاة والافعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى انظر اختاره ابن عقيل فان النبي ﷺ كان يهدي ويهدي اليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات وأمر سمعته بأخذها وتفرقةها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمة لاحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهوراً، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بنيته » فقال هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد الله بن عمر فأصنع به ماشئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطا لعلمه النبي وعلمه ابن عمر ولم يكن يأمره أن يصنع به ماشاء قبل أن يقبله، وروى أبو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا أتى بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لاصحابه « كلوا » ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم، ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا في ان تقديم الطعام بين يدي الضيفان والاذن في أكله ان ذلك لا يحتاج الى إيجاب ولا قبول ولانه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك فاكتفى به كما لو وجد لا إيجاب والقبول، قال ابن عقيل انما يشترط الإيجاب مع الاطلاق وعدم العرف القائم من المعطي والمعطى لانه اذا لم يكن عرف يدل (المغني والشرح الكبير) (٣٢) (الجزء السادس)

وقال أبو الخطاب إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنفسخ بوته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد مآله الى الزوم فلم يفسخ بالموت كاليوم المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيها اذا مات الموهوب له بعد قبوله ، وان مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لان العقد لم يتم فأشبهه مالو أوجب البيع فمات أحدهما قبل النبل من المشتري . وإذا فلما ان الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن وجهاً واحداً لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه فلم يلزم بغير اذنه وان كان الموهوب له فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن

(فصل) وان وهبه شيئاً في يد المنهب كردبعة أو مقصوب فظاهر كلام أحمد ان الهبة تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأني القبض فيها فانه قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لاسرأته شيئاً ولم يقبضه ناس بينه وبينها خيار هي . في البيت . فظاهر هذا انه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأني فيها لكونها في البيت فيها على ما فيه . وقال القاضي لا بد من مضي مدة يتأني فيها القبض . وقد روى عن احمد رواية أخرى انه يفنقر الى اذن في القبض وقد مضى تعميل ذلك وتفصيله في الرهن . ومذهب الشافعي كذهبنا في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأني القبض فيها

على الرضي فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الاحوال والدلائل فلا وجه لتوقفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو اجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعارضات مع تأكدها بدلالة الحال فانها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي بها في الهبة أولى . وأما النكاح فانه يشترط فيه مالا يشترط في غيره من الاشهاد ولا يقع إلا قبلاً فلا يشق اشتراط الايجاب والقبول فيه بخلاف الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم

(مسألة) (وتلزم بالقبض وعنه تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة) أما المكيل والموزون الذي لا يتميز إلا بالكيل والوزن فلا تلزم الهبة فيه إلا بالقبض وعلى قياس ذلك المعدود والمذروع ، وهو قول أكثر الفقهاء . منهم الشيخ والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور تلزم بمجرد العموم فرله عليه السلام «العائد في هبته كالعائد في قبضه» ، ولانه إزالة ملك بغير عرض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعرق ولانه تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالتصية والوقف

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه مروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم نعرف لهما في الصحابة مخالفاً ، وقد روى عمروة عن عائشة رضي الله عنها ان أبا بكر رضي الله عنه نحلها جزاً من عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال : يا بنية مأخذ أحب غنى منك بمدي ولا أحد أعز عليّ فقرأ منك وكنت نحلتك جزاً من عشرين وسقاً ووددت انك حزتيه أو قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث أخوك وأختك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل ، رواه مالك في موطنه ، وروى ابن مينا عن

(مسئلة) قال (ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع)

يعني ان غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما أتتا الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى لان لزم الهبة في الجميع إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروزي انفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لانجز إلا مقبوضة وروي ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسئلة الأولى. ووجه الرواية الأولى أن الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها ما يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك. فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فإن جذاذ عشرين وسقا بمنحله أنه أراد بعشرين وسقا بمنحله فيكون مكيلا غير معين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلًا بمنحله عشرين وسقا فهو أيضا غير معين ولا يصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعندك بالمنحله وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بمنحله الوالد ولده منحله موقوفة على الموت فيظهر أني منحلت ولدي شيئا وبمسكه في يده ويستقله فاذا مات أخذه ولده بحكم المنحلة التي أظهرها وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئا وهذا

الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القاري ان عمر بن الخطاب قال: ما بال قوم ينحلون أولادهم فاذا مات أحدكم قال مالي وفي يدي فاذا مات هو قال قد كنت منحلت ولدي، لانحلة لانحلة بمنحله الوالد دون الوالد، فإن مات ورثته قال المروزي انفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لانجز إلا مقبوضة ولانها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات الواهب قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة التليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على انوقف والوصية والعنق لان الوقف إخراج ملك الى الله تعالى بخلاف التملكيات والوصية تلزم في حق الوارث والعنق إسقاط حق وليس بتمليك ولان الوقف والعنق لا يكون في محل النزاع لان النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وفي غير المكيل والموزون روايتان (إحداها) ان حكمه حكم المكيل والموزون في انه لا يلزم إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم، قال المروزي: انفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ان الهبة لانجز إلا مقبوضة روي ذلك عن النخعي والثوري والعنبري والحسن بن صالح والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المكيل والموزون (والثانية) انها تلزم بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب فيه قبل قبضه فروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما أتتا الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور لان الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن منه ما لا يلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه

على هذا الوجه محرم فنهام عن هذا حتى يجوزها الولد دون والده فان مات ورثها ورثته كسائر ماله واذا كان المقصود هذا اختص بهية الولد وشبهه به على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قول الحرفي اذا قبل يدل على انه انما يستغنى عن القبض في موصم وجد فيه الايجاب والقبول، والايجاب أن يقول وهبتك أو اهديت اليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا. وذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا تصح كلها الا بايجاب وقبول، ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تملك فانه مقر الى الايجاب والقبول كالنكاح، والصحيح أن المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدى اليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات ويأمر سعيته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطاً لنقل منهم قتلاً مشهوراً، وكان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر «بعينه» فقال هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ «هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت» ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطاً انعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ولم يكن لياصرة أن يصنع به ما شاء قبل ان يقبله

ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك، فأما حديث أبي بكر في هبته لعائشة فان جذاذ عشرين وسقاً يحتمل انه أراد به عشرين وسقاً مجذوذة فيكون مكبلاً غير معين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلاً بجذ عشرين وسقاً فهو أيضاً غير معين فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنخلة، وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد واده نخلة موقوفة على الموت فيظهر اني نخلت ولدي شيئاً وبمسكه في يده يستفاه فاذا مات أخذه واده بحكم النخلة التي أظهرها، وإن مات واده أمسكه ولم يعط ورثته شيئاً وهذا على هذا الوجه محرم فنهام عن هذا حتى يجوزها الولد دون والده، فان مات ورثها ورثته كسائر ماله، وإذا كان المقصود هذا اختص بهية الولد وشبهه به على انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قوله في المسكيل والموزون ان الهبة لا تلزم فيه الا بالقبض محمول على عمومته في كل ما يكال ويوزن وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين منه كقفيز من صبرة ورطل من دن وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح القبض إلا باذن الواهب الا ما كان في يد المتهب فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه وعنه لا يصح ستي بأذن في القبض

وروى ابو هريرة ان النبي ﷺ كان اذا آتى بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لاصحابه كانوا ولم يأكل ، وان قالوا هدية ضرب يده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الاكل وانه لا يحتاج الى قبول بقوله ، ولانه وجد ما يدل على التراخي بنقل الملك فاكفي به كما لو وجد الايجاب والقبول

قال ابن عقيل انما يشترط الايجاب والقبول مع الاطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى لانه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الاحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيم واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحام وهو إجارة ويصح أعيان فاذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال وانما تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي به في الهبة أولى

(فصل) والقبض فيما لا يتقل بالخلية بيته ويدينه لا حائل دونه وفيما يتقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل اليه فإن أبي الشريك أن يسلم نصيبه قبل للمتهب وكل الشريك في قبضه لك ونقله فان أبي نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله بحصول القبض لانه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عتد شريكه (فصل) ونصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي . قال الشافعي سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة

إذا قلنا ان الهبة لا تلزم الا بالقبض لم يصح القبض إلا باذن الواهب لانه قبض غير مستحق عليه ولانه أمر تلزم به الهبة فلم يصح الا باذن الواهب كأصل العقد لان قبضه مستدام فأغنى عنه الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، فأما ما كان في يد المتهب كالودينة والمغصوب فظاهر كلام أحمد أنها تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأني فيها القبض فانه قال في رواية ابن منصور اذا وهب امرأته شيئاً ولم تقبضه فليس بيته وبينها خيار هي معه في البيت فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأني فيها لكونها معه في البيت فبدها على ما فيه لان قبضه مستدام اغنى عن الابتداء كما لو باعه سلعة في يده وهو الصحيح ان شاء الله تعالى. قال القاضي لا بد من مضي مدة يتأني القبض فيها، وهل ينتقل الى اذن في القبض؟ فيه روايتان (احدهما) يفتقر كثير المقبوض (والثانية) لا ينتقل لانه مقبوض فلا معنى لتجديد الاذن فيه وقد ذكرنا ذلك في الرهن ومذهب الشافعي في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأني القبض فيها كذهبننا

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وان شاء رجع فيها فان قبضها المتهب بتسليم اذن الواهب لم يصح القبض ولم تم الهبة وحكي عن أبي حنيفة أنه اذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضا بالتملك الذي لا يتم الا بالقبض

بمنع صحة القبض وتماه فان كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وان وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً كما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتبين قد وهب له جزء مشاع ولنا ان وفد هوازن لما جازوا بطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمهم قال رسول الله ﷺ « ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو انكم » رواه البخاري وهذا هبة المشاع . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال : سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ودهمه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لاصلح بردعة لي فقل النبي ﷺ « ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك » وروى عمرو بن سلمة الضمري قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معتمراً فأردنا أخذه فقل رسول الله ﷺ « دموه فانه يوشك أن يمسي ، صاحبه فجا ، رجل من بهز وهو الذي تقرد فقال يا رسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس . رواه الامام أحمد والنسائي ، ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ولانه مشاع فأشبهه مالا ينقسم ، وقولهم إن وجوب القسمة بمنع صحة القبض لا يصح فانه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت للملك في نصيبه دون نصيب صاحبه

وانا أنه قبض الهبة بغير اذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس وكما لو نهاء ولان التسليم غير مستحق على الواهب فلم يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل قبض ثمنه ، ولا يصح جعل الهبة لإذناً في القبض كما بعد المجلس ويحتمل أنه اذا قبضها بخصرة الواهب أن يقوم ذلك مقام الإذن كما جعلنا أخذ المتهب لها باذن الواهب دليلاً على القبول فان اذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض وان رجع بعد القبض لم يصح رجوعه لان الهبة تمت

﴿ مسألة ﴾ (فان مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن والرجوع)

وجملة ذلك أنه اذا مات الواهب أو المتهب قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة قال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدي اليه حتى مات فلما تعود الى صاحبها ما لم يقبضها وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت أبي سلمى قالت لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها « اني أهديت الى التجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى التجاشي الا قدمات ولا أرى هديتي الا مردودة علي فان ردت فهي لك » فكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة وان

(فصل) ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة لم نصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجل الشارد والمفصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي لانه عقد يفترق الى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع ، وإن وهب المفصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح لانه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض الا باذن الراغب فان وكل المالك الغاصب في تقييده صح ، وإن وكل المتبذ الغاصب في القبض له قبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكته المتبذ ويرى الغاصب من ضمانه وان قلنا القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لانه تملك بغير عوض أشبه الوصية ، وبمحمل أن لا تصح هبته لانه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء ، والسلك في الماء اذا كان مملوكاً

(فصل) ولا تصح هبة الحل في البطن والابن في الضرع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه مجهول معجز عن تسليمه ، وفي الصرف على الظاهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصرف وحاب الشاة كان إباحة ، وإن وهب دهن مسممه قبل عمره أو زيت زيتونه أو جنينه لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ولا ندرج هبة المعدوم كالذي ثمر شجرته أو تحمل أمته لان الهبة عقد تملك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

مات المهدي قبل أن تصل الى المهدي اليه رجعت الى ورثة المهدي وليس لارسل حماها الى المهدي اليه الا أن يأذن الوارث والهبة كالهدي ، وقال أبو الخطاب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لم تنفسخ بموته وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد مآله الى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار وكذلك يخرج فيما اذا مات الموهوب له بعد القبول وان مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لان العقد لم يتم فهو كما لو مات المشتري بعد الايجاب وقبل القبول فان قلنا ان الهبة لا تبطل فأت أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه وان كان المتبذ فلم يوجد الاذن لو ارثه ، فلم يملك القبض بغير اذن والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (وان أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه بريء وان رد ذلك ولم يقبله) لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشقعة وحد القذف وكاعتق والطلاق وكذلك إن قال تصدقت به عليك فان القرآن ورد في الابراء بالفظ الصدقة قال الله تعالى (ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح قال الله تعالى (الا أن يعفون او يعفو الذي يده عقدة النكاح) يريد به الابراء من الصداق ، فان قال اسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة اللفظ وكذلك ان قال ملكتك لانه بمنزلة هبته اياه فان وهب الدين لغير من هو في ذمته لم يصح قياساً على البيع

(نصل) قال أحمد في رواية أبي داود وحرب لا تصح هبة المجهول ، وقال في رواية حرب اذا قال شاة من غنمي يعني وهبتها لك لم يحز وبه قال الشافعي ، ويحتمل أن الجهل اذا كان في حق الواهب منع الصحة لانه غرر في حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنه لانه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالموصى له ، وقال مالك تصح هبة المجهول لانه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية ووجه الاول أنه عند تملك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية (فصل) ولا يصح تعليق الهبة بشرط لانها تملك لمعين في الحياة فلم يحز تعليقه على شرط كالبيع فان علمنا على شرط كقول النبي ﷺ لام سلمة « إن رجعت هديتما إلى النجاشي فهي لك » كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تبعه أولاً أو بشرط أن تبعه أو بشرط أن تبعه أو بشرط أن تبع فلانا شيئاً لم يصح الشرط وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن وقت الهبة فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلي لم يصح لانه عند تملك لمين فلم يصح مؤنتنا كالبيع

(نصل) وإن وهب أمة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول أحمد فيمن أعتق أمه واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالأم دون ما في بطنها فأشبه العتق وبه يقول في العتق النخعي وإسحاق وأبو ثور وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمفصل وكالموصى به

ويحتمل أن يصح لانه لا غرر فيها على المتبب ولا الواهب فصح كهبه الاعيان (فصل) وتصح البراءة من المجهول اذا لم يكن لها سبيل الى معرفته وقال ابو حنيفة تصح مطلقاً وقال الشافعي لا تصح الا انه اذا اراد ذلك فقال ابرانك من درهم الى الف لان الجهالة انما منعت لاجل الغرر فاذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا ان النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في موارث درست « اقسما وتوخيا ثم استهما ثم تحالا » رواه ابو داود ولانه اسقاط فصح في المجهول كالطلاق والعتاق وكما لو قال من درهم الى الف ، ولان الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل الى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن اخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يحز ذلك كالتنع من العتق ، فأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من انه اذا علمه لم يسمح بابرائه منه فينبغي ان لا تصح البراءة فيه لان فيه تعريراً بالمبريء وقد أمكن التحرز منه ، وقال اصحابنا لو ابراه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (احدهما) صححتها لانها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا يصح لانه ابراه بما لا يعتقد انه عليه فلم يكن ذلك ابراء في الحقيقة ، وأصل الوجهين ما لو باع ما لا كان لموروثه يعتقد انه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع وفي صحة الابراء وجهان

(فصل) وإذا كان له في ذمة انسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وان رد ذلك فلم يقبله لانه اسقاط فلم يقتصر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق ، وان قال تصدقت به عليك صح فان القرآن ورد في الابراء بانظ الصدقة بقول الله تعالى (ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح لان الله تعالى قال (إلا أن يعنون أو يمفقوا الذي بيده عقدة النكاح) يعني به الابراء من الصداق وان قال أسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة الانظ الموضوع له ، وان قال ما كنتك إياه صح لانه بمنزلة هبته إياه

(فصل) فان وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري والشافعي . قال أحمد اذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبهره من الذي هو عليه بتقد ولا تبهره من غيره بتقد ولا نسيئة واذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنائير فلا تأخذ من غيره عرضاً مالك عليه ، وقال الشافعي إن كان الدين على ميسر أو مامل أو جاحد له لم يصح البيع لانه معجوز عن نسيئته ، وان كان على ولي . باذل له فبهره قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته وبشترط أن يشتره بهين أو بنية ابيضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين ولذا أنه غير قادر على نسيئته فلم يصح كبيع الأبق ، فالما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح لانه لا غرر فيها على المتب عليه ولا الوهب فصح كحبة الاعيان

(فصل) تصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لها سبيل إلى معرفته ، وقال أبو حنيفة تصح مطلقاً

(فصل) فان كان الموهوب له طفلاً او مجنوناً لم يصح قبضه ولا قبوله لانه من غير اهل التصرف ويقبض له ابوه ان كان اميناً لانه اشفق عليه واقر بآليه ، فان لم يكن له اب قبض له وصي ابيه لان الاب اقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله ، وان كان الاب غير مأمون او كان مجنوناً او كان لاوصي له قبل الحاكم ، ولا يلي ماله غير هؤلاء اثلاثة وامين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الاب الامين ووصيه يقوم كل واحد منها مقام الصبي والمجنون في القبول والقبض ان احتيج اليه لانه قبول لما للصبي او المجنون فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض من غير هؤلاء قال احمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة او تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وابوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضاً ولا يكون الا للاب ، وقال عثمان رضي الله عنه احق من يحوز للصبي ابوه وهذا مذهب الشافعي لا اعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتب او نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له ، اما غيره فلا نيابة له ، قال شيخنا ويحتمل ان يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له اب ولا وصي ويكون

وقال الشافعي لا نصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال أبرأك، من درهم إلى الفلان الجاهل إنما منعت لاجل الغرر فإذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة.

ولنا أن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما إليه في مواريث درست «اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تجالا» رواه أبو داود ولأنه أساط فصيح في الجهل كالعتاق والطلاق وكما لو قال من درهم إلى الف ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة القمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كلنم من العتق، وأما إن كان من عليه الحق بعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من أنه إذا علمه لم يسمح بأبرائه منه فينبغي أن لا نصح البراءة فيه لأن فيه تفريراً بالمشتري وقد أمكن التحرز منه، وقال أصحابنا لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لاشيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (أحدهما) صححتها لأنها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا نصح لانه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك أبراء في الحقيقة. وأصل الوجهين مالو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان لموروثه قدمات وانتقل ملكه إليه فهل يصح فيه وجهان ولا شافعي قولان في البيع، وفي صحة الأبراء وجهان

(مسئله) قال (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بامرهم)

وجملة ذلك أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله لانه ليس من أهل التصرف ووليّه يقوم

فقيراً لا غنى به عن الصدقات فإن لم يصح قبض غيرهم له انسداد باب وصولها إليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من أقرابه وغيرهم (فصل) فإن كان الصبي مميزاً فخكه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه ونسأؤه باذن الولي فهنا أولى، ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا لانه مصلحة لا ضرر فيه فصح من غير إذن وابه كوصيته وكسبه المباحات، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتقريبه فيه فيتمين حفظه عن ذلك بتوقفه على إذن وليه كقبضه أو دينته بخلاف القبول فانه يحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطباؤه.

(فصل) فإن وهب الاب لولده الصغير شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج إليه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز، فإن كان الموهوب مما يفترق إلى قبض اكتفى

مقامه في ذلك فان كان له أب أمين فهو وليه لانه أشدق عليه وأقرب اليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لان الاب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله ، وان كان الاب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ما غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الاب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض ان احتيج إليه لان ذلك قبول لما يصبي فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء قال أحد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة او تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وابوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضا ولا يكون الا للاب وقال عثمان رضي الله عنه احق من يجوز على الصبي ابوه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المنهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلان يابا له ، ويحتمل ان يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لان الجاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لاحاكم فيه وليس له اب ولا وصي ويكون فقيرا لا غني به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسداد باب وصرفها اليه فيضيع ويملك ومراعاة حفظه عن الهلاك اولى من مراعاة الولاية . فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وان كان الصبي ممبزا فخيمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لانزول عنه قبل البلوغ الا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي

بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يعني عن القبول كما ذكرنا ولا يكفي قوله قد قبلته لان القبول لا يعني عن القبض ، وإن كان مما لا يشترط اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج الى ذكر قبض ولا قبول ، قال ابن المنذر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب اولده الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض وان الاشهاد فيها يعني عن القبض وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال من نحل ولدأ له صغيراً لم يبيع أن يجوز نحلة فاعان ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وليها أبوه ، وقال القاضي لا بد في هبة الولد من أن يقول قبلته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندم لا تصح الا بالايجاب والقبول وقد ذكرنا من قبل ان قرائن الاحوال ودلالاتها تعني عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحمك لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال أمر النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته ، وليس هذا مذهبا لاحد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قال له فان سها قال اذا كان مفرزا رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته له وان يرجو أن يكتفي مع التمييز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا يكتفى بأحد لفظين اما أن يقول قد قبلته أو قد قبضت لان القبول يعني عن القبض وظاهر كلام احمد ما ذكرناه ولا نرق بين الأمان وغيرها فيها

فهنا اولى ولا يحتاج الى اذن اولي ههنا لانه محض مصلحة ولا ضرر فيه نصح من غير اذن وليه كوصيته وكسب المباحات ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على اذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستوليا على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتمين حفظه عن ذلك بوقفه على اذن وليه كقبضه لوديعته واما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير اذن كاجتهاد الشافعي واصطياذه (نصل) فان وهب الاب لابنه شيئا قام مقامه في القبض والقبول ان احتجج اليه قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطاهر داراً بهيئتها أو عبداً بهيئته وقبضه له من نفسه واشهد عليه ان الهبة تامة هذا قول مالك والشافعي واصحاب الرأي وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ، ثم ان كان الموهب مما يقتدر إلى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابي وقبضته له لانه يعني عن القبول كما ذكرنا ولا يعني قوله قد قبضته لان القبول لا يعني عن القبض ، وان كان مما لا يتقتر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابي ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول قال ابن عبد البر اجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض وان الاشهاد فيها يعني عن القبض وان وايها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب ان عثمان قال : من نحل ولداً له صغيراً لم يباغ أن يجوز نحوه فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وايها أبوه ، وقال القاضي لا بد في هبة الولد من أن يقول قد قبضته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب رقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرآن الاجوال ودلالاتها تنفي عن

ذكرنا وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بينه كالأمان لم يجز الا ان يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك او يتلف بغير سببه فلا يمكن ان يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً

ولنا ان ذلك مما يصح هبته فاذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له صح كالعروض

(فصل) فان كان الواهب للصبي غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لا بد أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه ، قال شيخنا والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز ان يتولى طرفيه كالأب . وقارق البيع فانه يجوز ان يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومراجعة فيتمهم في عقده لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهم فيها وهو ولي فجاز ان يتولى طرفي العقد كالأب ، ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكل غيره ولاتنا قد ذكرنا انه يستغني بالايجاب والاشهاد عن القبض والقبول فلا حاجة الى التوكيل فيها مع غناه عنها

لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته وليس هذا مذهبا لاحمد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب إلى أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قبل له فان سها؟ فقال اذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتبني بقوله قد قبضته له وأنه يرجو أن يكتبني مع التمييز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء، وقال بعض أصحابنا يكتبني باحد افظين إيماناً يقول قد قبلته أو قد قبضته لان القبول يعني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه، ولا فرق بين الأيمان وغيرها فيما ذكرنا به يقول ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالإيمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً ولنا أن ذلك مما لا نصح هبته فاذا وهب لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض

(فصل) وان كان الواهب للصب غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لا بد من أن يوكل من يقبل للصب ويقبض له ليكون الايجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض اكونه يجوز أن يبيع لنفسه، والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفه كالأب، وفارق البيع فانه لا يجوز

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لانه محجور عليه لحظ نفسه فلا يصح تبرعه كالفقيه، فأما العبد فلا يجوز ان يهب الا بأذن سيده لانه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له ازالة ملك سيده عنه بغير اذنه كالأجنبي وقد ذكرنا في جواز الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه رواية ان ذلك جائز وذكرنا دليله في الحجر وللعبد ان يقبل الهدية والهبة بغير اذن سيده نص عليه احمد لانه تحصيل للمال للسيد فلم يستبر اذنه فيه كالالتقاط والاصطياد ونحوه :

(فصل) والقبض في الهبة كالقبض في البيع وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه في كتاب البيع وهذا مقيس عليه

(مسئلة) (وتصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي وسواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن وقال اصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتامه وتصح هبة مالا يمكن قسمته لعدم ذلك فيه فان وهب واحداً اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتبيين قد وهب له جزء مشاع

أن يوكل من يشترى له ولان البيع عقد معاوضة ومراوحة فيتهم في عقده انفسه ، والهبة محض مصاحبة
 لانهمة فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض
 لنفسه ان مال الصبي وهو ههنا يعطى ولا يأخذ فلا وجه لزمه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ، ولاننا
 قد ذكرنا أنه يستغنى بالانجاب والاشهاد الى القبض والتبول فلاحاجة إلى التوكيل فيما مع غناه عنها
 (فصل) فأما الهبة من الصبي اغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لانه محجور عليه
 لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالغنية ، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا باذن سيده لانه مال لسيده وماله
 مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبي ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده
 نص عليه أحمد لانه تحصيل المال لسيده فلم يعتبر إذنه فيه كالاتقاط وما وهبه لسيده لانه من
 اكتسابه فأشبهه اصطفاؤه

(مسألة) قال (واذا فاضل بين ولده في العطفة أمر برده كما أمر النبي ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجب على الانسان التسوية بين اولاده في العطفة إذالم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل
 فإن خص بعضهم بعطفته أو فاضل بينهم فيها أم ووجبت عليه التسوية باحد أمرين اما ردا ما فضل به البعض
 وإما إتمام نصيب الآخر قال طارس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك ، وروى معناه عن
 مجاهد وعروة وكان الحسن بكره وبجيزه في النضاه ، وقال مالك والايث والثوري والشافعي وأصحاب
 الرأي ذلك جائز ، وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبا بكر رضي

ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه
 منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما كان لي ولبنني عبد المطالب فهو لكم » رواه البخاري وهو
 هبة مشاع وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم وقد جاء
 رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من ائتم لأصلح بها برذعة لي فقال النبي صلى الله عليه وسلم
 « ما كان لي ولبنني عبد المطالب فهو لك » وروى عمير بن سلمة الضمري قال خرجنا مع رسول الله صلى
 الله عليه وسلم حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقورا فأردنا أخذه فقال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم « دعوه فانه بوشك أن يجيء صاحبه » فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله
 شأنكم بالحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقسم بين الناس رواه الامام أحمد والنسائي
 ولانه يجوز يمه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، وقولهم أن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح لانه
 لا يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لائنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه وإن قبضه
 أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون صاحبه

(مسألة) (وتصح هبة ما يجوز بيعه لانه تملك في الحياة فصح كالبيع وتصح هبة الكلب وما
 يباح الاتفاح به من العجاسات لانه تبرع فجاز في ذلك كالوصية ، ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة

الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده ، واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية لازم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم

ولنا ما روى النعمان بن بشير قال : تصدق علي أبي بعض ماله فقالت أمي عمرة بنت ربيعة لا أرضى حتى أشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته فقال «أكل ولدك أعطيت مثله؟» قال لا قال «فانقروا الله وأعدلوا بين أولادكم» قال فرجم أبي فرد تلك الصدقة ، وفي لفظ قال «فاردده» وفي لفظ قال «فأرجمه» وفي لفظ «لا تشهدني على جور» وفي لفظ «فاشهد على هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لأنه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنه كتم وبيع المرأة على عمتها أو خالتها . وقول أبي بكر لا يمارض قول النبي

لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب غير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه منه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأنه عقد يفتقر إلى القبض أشبه البيع فإن وهب المغصوب لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه منه صح لا يمكن قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض إلا باذن الواهب فإن وكل المالك الغاصب في قبضه صح وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له قبيل في زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملسكه المتهب ويرى الغاصب من ضمانه وإن قلنا القبض ليس شرطاً في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك يحتمل أن لا يعتبر في صحة هبته القدرة على التسليم وهو قول أبي نؤير لأنه تملك بلا عوض أشبه الوصية ويحتمل أن لا تصح هبته لأنه لا يصبح بيعة أشبه الحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء أو السمك في الماء إذا كان مملوباً

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح هبة المجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو نؤير لأنه مجهول معجوز عن تسليمه فلم تصح هبته كما لا يصح بيعه ، وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة وإن وهب دهن سمسمة قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ، ولا تصح هبة المعدم كالذي نحمل أمته أو شجرته لأن الهبة عقد تملك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن هبة المجهول لا تصح نص عليه أحمد في رواية أبي داود وحرب وبه قال الشافعي ، قال شيخنا ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة لأنه غرر في حقه وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لأنه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالوصية ، وقال مالك : تصح هبة المجهول لأنه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية

ﷺ ولا يحتج به معه . ويحتمل ان أبا بكر رضي الله عنه خصها بطيبته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضائلها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتمين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان حملة على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المنكروهات ، وقول النبي ﷺ « فأشهد على هذا غيري » ليس بأمر لان أدنى أحوال الامر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بأمره مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد ولو أمر النبي ﷺ بأشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرد، وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه والله أعلم

ولنا أنه عقد تملك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف التذرع والوصية فاما ما لا يقدر على تسليمه فنصح هبته في أحد الاحتمالين اذا قلنا إن القبض ليس بشرط في صحة الهبة وقد ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز تعليقها على شرط ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها) لا يصح تعليق الهبة على شرط لأنها تملك لعين في الحياة فلم يجوز تعليقها على شرط كالبيع ، فان عاقبها على شرط كقول النبي ﷺ « لا سلمه » ان رجعت هديتنا الى التجاني فهي لك « كان وعداً لا هبة ومتى شرط شرطاً ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها أو بشرط أن يبيعه أو يهبه أو أن يهب فلاناً شيئاً لم يصح الشرط رواية واحدة ، وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع . (مسألة) (ولا نوقيتها كقوله وهبتك هذا سنة)

اذا وقت الهبة كقوله وهبتك هذا سنة ثم يعود الى لم يصح لانه عقد تملك لعين فلم تصح . وثناً كالبيع (فصل) وان وهب امة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول احمد فيمن اعتق امة واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالأمة واستثنى ما في بطنها أشبه العتق ، وبه يقول في العتق النخعي واسحاق وأبو ثور ، ويتخرج أن لا يصح كما لو باع امة واستثنى ما في بطنها ، وقد ذكرناه في البيع ، وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويبطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملكه الموهوب له كالنفس والكلوصى به .

﴿ مسألة ﴾ (الا في العمري والرقبي وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتلك عمرك أو حياتك فانه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

العمري والرقبي نوعان من أنواع الهبة يفتقران الى ما يفتقر اليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره ، وصورة العمري أن يقول أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرك أو معشت أو مدة حياتك أو ما حيت أو نحو هذا ، سميت عمري لتقيدها بالعمر ، والرقبي

(فصل) فان خص بعضهم لمغني يقتضي تخصيصه، مثل اختصاصه بمحاجة أو زمانة أو هي أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو بنفته، فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان لمحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الاثرة، والعطية في معناه وبمحمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لسكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته، والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر، ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يخص بها كما لو اختص القرابة. وحديث بشير قضية في عين لا هموم لها، وترك النبي ﷺ الاستفصال.

أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك جنانك على أنك ان مت قبلي عادت الي وان مت قبلك فهي لك ولعقبك فكانه يقول هي لآخرنا موتاً، ولذلك سميت رقبى لان كل واحد منها يرقب موت صاحبه، وهما جائزان في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح لقول النبي ﷺ « لا تعمرُوا ولا ترقبوا »

ولنا ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ « العمري جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها » رواه أبو داود والترمذي، وقال حديث حسن، فاما النهي فاما ورد على وجه الاعلام لم انكم ان عمرتم أو أرقبتم بعد للمعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء، وسياق الحديث يدل عليه فانه قال « فمن أ عمر عمرى فهي لذي أمرها حياً وميتاً وعقبه » ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صححتها فان النهي أ ما يمنع صحة ما يفيد النهي عنه فائدة، أما اذا كان صحة النهي ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالاتفاق في زمن الحيض، وصحة العمري ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عوض. اذا ثبت ذلك فان العمري تنقل الملك الى المعمر، وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والنوري والشافعي وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن علي، وقال مالك والليث: العمري تملك المنافع لا تملك بها رقية المعمر بحال ويكون للعمري السكنى فيه فان مات عادت الى المعمر وان قال له ولعقبه كان سكنها لم فاذا انقضوا عادت الى المعمر، واحتج بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها فقال القاسم ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا، وقال ابراهيم الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمري والرقبى والاقفار والمنحة والدارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التملك لا يتأقت كالمواضع الى مدة فاذا كان لا يتأقت حمل قوله على تملك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ما روى جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها

يجوز أن يكون له له بالخال . فان قيل لو علم بالخال لما ذل « لك ولد غيره ؟ » قلنا يحتمل أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه السلام الذي سأله عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب إذا يديس ؟ » قال نعم قال « فلا إذا » وقد علم ان الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا ههنا (فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التوبة وكرامة التفضيل . قال ابراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في النبل . إذ اثبت هذا قاله التوبة المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الاثنتين وبهذا قال عطاء وشريح راسحاق ومحمد بن الحسن . قال

قانه من أعر عمرى فهي للذي أعرها حياً وميتاً ولعقبه » رواء المسلم وفي لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه ، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث وقد روى مالك حديث العمرى في موطنه وهو صحيح رواء جابر وابن عمر وابن عباس وماوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة ، وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة سيد المرسلين ؟ ولا يصح دعوى اجماع اهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعراب انها عند العرب تملك المنافع لا يضر اذا نقلها الشرع إلى تملك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ونقل الظهار والابلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة ، قولهم ان التملك لا يتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تملكاً مطلقاً فان قال في العمرى انها للعمر وعقبه كان توكيداً لحكمها وتكون للعمر ولورثته وهو قول جميع القائلين بها

﴿ مسألة ﴾ (وان شرط رجوعها الى الممير عند موته أو قال هي لا آخرنا ، وتأصح الشرط وعنه لا يصح وتكون للعمر ولورثته من بعده)

أما إذا شرط رجوعها الى الممير عند موته أو قال هي لا آخرنا موتاً أو اذا مات عادت الى إن كنت حياً أو الى ورثتي ففيه روايتان

(احدهما) صحة العقد والشرط . متى مات الممير رجعت الى الممير ، وبه قال القاسم بن محمد ويؤيد بن قسيب والزهرى وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولى الشافعي لما روى جابر قال لما قال لعمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك فلما اذا قال هي لك ما عشت فلها ترجم الى صاحبها متفق عليه ، وروى مالك في موطنه عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ابارجل اعر عمرى له ولعقبه فلها الذي أعطيتها لا ترجع الى من أعطتها » لانه أعطى عطاء ، وقتت فيه الموارث ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم وقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم .

شرح لرجل قسم ماله بين ولده : ارددم الى سهام الله تعالى وغرائضه : وقال عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقال أبو حنيفة : والله والشافعي وابن المبارك : تعطى الاثني مثل ما يعطى الذكر لان النبي ﷺ قال ليشير بن سعد « سو بينهم » وعمل ذلك بقوله « أسرك أن يستموا في برك ؟ » قال نعم قال « فسو بينهم » والبيت كلابن في استحقاق برها وكذلك في عطيتها . وعن ابن عباس قال قال رسول الله « سورا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً لأثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه . ولانها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والاثني كالنفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الاثنيين وأولى ما اقتدي بقسمة الله ، ولان العطية في الحياة أحد حالي العطية فجعل للذكر منها مثل حظ الاثنيين كحالة الموت يعني الميراث بحقته ان العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما أن جعل الزكاة قبل وجوبها

(والثانية) أنها تكون للمعمر أيضاً ولورثته ويطلق الشرط وهو قول الشافعي في الجديد وأبي حنيفة ، قال شيخنا وهو ظاهر المذهب نص عليه احمد في رواية أبي طالب للاحاديث المطلقة التي ذكرناها ولعل رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » ، قال مجاهد والرقبى هو أن يقول هي الآخزمني ومنك موتاً قال مجاهد سميت بذلك لان كل واحد منها يرقب يموت صاحبه ، وروى الامام احمد بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا عمرى ولا رقبى ، فمن أرقب شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في ابطال الشرط لان الرقبى يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله فاما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه وانما نقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم قال « امسوا عليكم أموالكم ولا تقسدها ، فانه من عمرى عمرى فهي للذي أعمارها حياً وميتاً ولعقبه » ولاننا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقته والهبة لا يجوز فيها التأقوت وانما لم يفدها الشرط لانه ليس بشرط على المعمر وانما شرط ذلك على وورثته وهى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه ولنا قوله في الحديث الآخر لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى فيمن أعمار عمرى له ولعقبه فهي له بتلة لا يجوز المعطي فيها شرط ولا متبوبة قال أبو سلمة لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث

(نصل) والرقبى كالعمرى قال احمد هي أن يقول هي لك حياتك فإذا مت فهي لفلان أو هي راجعة الي وهي كالعمرى فيما إذا شرط عودها إلى المعمر قال علي رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء وقال طاوس من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث وقال الزهري الرقبى وصية يعني ان معناها اذا مت فهذا لك وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة لما روى أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى لان

يؤدبها على صفة أداؤها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولان الذكر أحوج من الانثى من قبل
انها إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل
لزيادة حاجته وقد قسم الله تعالى الميراث فنفضل الذكر مقرونا بهذا المعنى فتعلل به ويمتدئ ذلك الى
العطية في الحياة . وحدث بشير قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وإنما ثبت حكمها فيها ماثلها ولا
نعلم حال اولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا ؟ ولعل النبي ﷺ قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم
تحمل النسوبة على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل أنه أراد النسوبة في أصل العطاء لاني صفة، فإن
القسمة لا تقضي النسوبة من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا
يقسمون إلا على كتاب الله تعالى وهذا خير عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل

معناها أنها الآخر منا وهذا تملك معلق بخطر ولا يجوز تعليق التملك بالخطر
ولنا ما ذكرنا من الاحاديث وحدثهم لا نعرفه ولا نسلم ان معناها ما ذكروه بل معناها انها لك
حياتك فان مات رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء لانه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله
وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصل) وتصح العمرى في الحيوان والياب لانها نوع هبة فصحت في ذلك كماثر الهبات وقد
روي عن احمد في الرجل يعمر الجارية أنه قال لأرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحد في وطئ
الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لكون الوطئ استباحة فرج وقد اختلف في العمرى
فجلبها بعضهم تملك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها جاز

(فصل) وقد ذكرنا أنه لو وقت الهبة في غير العمرى والرقبي كقول (وهبتك هذا سنة) أو الى
ان يقدم الحاج أو الى ان يبايع ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لانها تملك للرقبة فلم تصح
موقته كالبيع وتفارق العمرى والرقبي لان الانسان أعيا يملك الشيء عمره فاذا ملكه عمره فقد وقته بما
هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق

(فصل) فاما ان قال سكنها لك عمرك فله اخذها في أي وقت أحب وكذلك ان قال اسكنها أو
أسكنتها عمرك أو نحو ذلك فليس هذا عقداً لازماً لانه في التحقيق هبة المنافع والمنافع انما تستوفي
بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالاسكنى فعلى هذا للمسكن الرجوع
متى شاء وتبطل بموت من مات منها وبه قال اكثر اهل العلم منهم الشعبي والتخمي والثوري والشافعي
واسحاق واصحاب الرأي وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمرى يثبت فيها مثل حكمها وحكي عن
الشعبي أنه قال اذا قال هي لك اسكن حتى يموت فهي له حياته وموته، وان قال داري هذه اسكنها حتى
تموت فاتها ترجع الى صاحبها لانه إذا قال لك فقد جعل له رقبته فتكون عمرى ، واذا قال اسكن
داري هذه فاما جعل له نفها دون رقبته فتكون عارية

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر اقرابه ولا اعطائهم على قدر موازينهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وأعمام وبنى هم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم، وقال ابو الخطاب المشروع في عطية الاولاد وسائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم فإن خالف وفعل فعليه أن يرجع ويصبر بهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد فثبت بينهم مثل حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولأن الاسل إباحة تصرف الانسان في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد بالتعريف وليس غيرهم في مضام لانهم استروا في وجوب بز والدهم فاستروا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال «أيسرك أن يستروا في برك؟» قال نعم قل «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولأن لو ولد الرجوع بها أعطى والده فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولأن الاولاد

ولنا ان هذا إباحة المانع فلم يقع لازماً كالعلمية وفارق العمرى فانها هبة الرقبة فأما قوله هذه تلك اسكنها حتى تموت فانه يحتمل كسكنها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على انه أراد السكنى فأنشبه ماله قال هذه لك سكنها واذا احتمل أنه يريد به الرقبة واحتمل ان يريد السكنى فلا تزيل ملكه بالاحتمال. (فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيماً فاسداً ثم وهب تلك العين أو باعها بمقد صحيح مع علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه، طالماً بأنه ملكه، وان اعتقد صحة العقد الاول في الثاني وجهان (احدهما) صحته لانه تصرف صادق في ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم بفساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفاً يعتقد فساده ففسد كما لو صلى يعتقد انه محدث فبان متطهر أو هكذا لو تصرف في عين يعتقد انها لايه فبان أنه قد مات وملكها الوارث لو نصب عيناً فباعها يعتقد انها منصوبة فبان انها ملكه فعلى الوجهين . قال القاضي: اصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يعتقد انها اجنبية فبان امرأته أو باشر بالعتق من يعتقد انها حرة فبان امته ففي وقوع الطلاق والحريه ورايتن ولا شافعية في هذه المسئلة وجهان كما حكينا والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (والمشروع في عطية الاولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية بينهم وكرهية التفضيل قال ابراهيم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل، اذا ثبت هذا فالسوية المستحبة ان يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عطاء وشریح واسحاق ومحمد بن الحسن قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده : أرددم الى سهام الله وفرائضه وقال عطاء ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك يعطي الانثى مثل ما يعطي الذكر لان النبي ﷺ قال لبشيرين سعد «سو بينهم» وعلل ذلك بقوله «أيسرك ان يستروا في برك» فقال نعم قل «فسو بينهم» والبنت كالابن في استحقاق برها فكذلك في عطيتها وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

لشدة محبة الوالد لهم ومصرف ماله اليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشدد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساوهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولا نص في غيرهم ولأن النبي ﷺ قد علم لبشيرة زوجة ولم يأمره باعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين اولاده ولم يسأله هل لك وارث غير وادك؟

(فصل) والام في المنع من المناضلة بين الاولاد كلاب تقول النبي ﷺ «انقوا الله واعدلوا بين اولادكم» ولانها أحد الوالدين فمنعت التفضيل كلاب، ولأن ما يحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله في تخصيص الام بعض ولدها ثبت لها مثل حكمه في ذلك

(فصل) وقول الخرقى: أمر برده يدل على أن الاب الرجوع فيما وهب لولده وهو ظاهر مذهب أحد سواء، قصد برجوعه التسوية بين الاولاد أو لم يرد وهذا مذهب مالك والارزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري

«سواء بين اولادكم في عطية ولو كنت مؤثراً أحداً لا تثرث النساء على الرجال؟ رواه سعيد في سننه ولانها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والانثى كالتفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وأولى ما اقتدى به قسمة الله تعالى ولان العطية في الحياة إحدى حالي العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الانثيين كحالة الموت يعني الميراث بحقيقته أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسيبه كما ان معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة ادائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولان الذكر أحوج من الانثى من قبل انهما اذا تزوجا جميعاً فالصداق والتفقة ونفقة الاولاد على الذكر، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله الميراث فضل الذكر مقروناً بهذا المعنى فيعمل به ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة وحديث بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها إنما يثبت حكمها في مثلها ولانهم حال اولاد بشير هل كان فيهم انثى أولاً؟ واصل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل انه أراد التسوية في اصل العطاء لا في صفته فان التسوية لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جدهم على ان الصحيح في خبر ابن عباس أنه مرسل

﴿مسئلة﴾ (فان خص بعضهم ار فضله فمليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستوا)

قد ذكرنا ان المشروع أن يسوي بين اولاده في العطية على قدر ميراثهم فان خص بعضهم بعطية أو قاضل بينهم اثم اذا لم يخص بمعنى يبيح التفضيل ووجب عليه التسوية اما برده ما فضل به البعض أو اعطاه الآخر حتى يتم نصيبه قال طاوس لا يجوز ذلك ولا يرغب محترق، وبه قال ابن المبارك وروى معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويخبره في القضاء وقال مالك والايث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي يجوز ذلك وروي معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبابكر

والعبري لقول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» متفق عليه، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من وهب هبة برى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها رواء مالك في الموطأ ولأنها هبة يحصل بها الاجر من الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كصدقة التطوع

ولنا قول النبي ﷺ لبشير بن سعد «فأردده» وروي «فأرجعه» رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده ألا تراه قال في الحديث فرجع أبي فردتلك الصدقة وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق علي أبي بصدقة، وقول بشير إني نحت ابني غلاماً يدل على أنه كان قد أعطاه، وقول النبي ﷺ «فأردده» وقوله «فأرجعه» وروى

رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جداد عشرين وسقاً دون سائر ولده واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد علي هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوي بينهم

ولنا ما روى النعمان بن بشير قال تصدق علي أبي يفض ماله فبالت أبي عمرة بثت رواحة لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهده تلي صدقتي فقال «أكل ولدك أعطيت مثله» قال لا قال «فأتقوا الله وأعدوا بين أولادكم» قال فرجع أبي فردتلك الصدقة وفي لفظ قال «فأردده» وفي لفظ «فأرجعه» وفي لفظ «لأنشهدي علي جوراً» وفي لفظ «فلا تشهدني إذا» وفي لفظ «فأشهد علي هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» متفق عليه وفيه دليل على التحريم لانه إسماء جوراً وأمره برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب ولان تفضيل بعضهم بورت بينهم الهداية والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كترويح المرأة على عمتها وخالتها وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا يخرج به معه ويحتمل أن أبا بكر رضي الله عنه خصها لحاجتها وعجزها عن الكسب والسبب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن يدخل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك ويتمين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان حمله على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر رضي الله عنه اجتناب المسكروهاة وقول النبي صلى الله عليه وسلم «فأشهد علي هذا غيري» ليس بأمر لان أدنى أحوال الأمر الاستحباب والتدب ولا خلاف في كراهة هذا وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً وحمل الحديث على هذا حمل الحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على التناقض ولو أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأشهاد غيره لامتنل بشير أمره ولم يردده وإنما هو تهديد له فيفيد ما أفاده التهي عن تمامه

طاوس عن ابن عمر وابن عباس برفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال « ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ماروواه ويفسرهم وقياسهم منقوض بهبة الاجنبي فان فيها أجراً وثواباً فان النبي ﷺ نذب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كاستئناس ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوله تصدق على أبي بصدقة

(فصل) وظاهر كلام الحرقي أن الام كلاب في الرجوع في الهبة لان قوله واذا فاضل بين اولاده يتناول كل والد ثم قال في سياقه: أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولانها لما دخلت في قول النبي «سوا بين اولادكم» ينبغي أن يتمكن من النسوية والرجوع في الهبة طابق في النسوية وربما تعين طريقاً فيها اذا لم يمكن اعطاء الآخر مثل عطية الاول

(فصل) فأما ان خص بعضهم لمعنى يقتضيه تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عمي أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لنفسه أو بدعته ولكونه يعصي الله تعالى بما يأخذه فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك فانه قال في تخصيص بعضهم بالوقف لا بأس اذا كان لحاجة واكرهه اذا كان على سبيل الاثرة والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته قل شيخنا والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ولان بعضهم اخص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يخصص بها كما لو اخص بالقرابة وحديث بشير قضية في عين لاعوم لها ورك النبي ﷺ الاستفصال بجزء أن يكون لعله بالحال فان قيل لو علم الحال لما قال «أنت ولد غيره؟» قلنا يجوز أن يكون السؤال مهنا لبيان العلة كما قال عليه الصلاة والسلام الذي سأله عن يبع الرطب بالتمر «أينقص الرطب اذا يبس قال نعم» قال «فلا اذا» وقد علم أن الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع والله أعلم

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين اولادها كلاب لقول النبي ﷺ «اتقوا الله واعدلوا بين اولادكم» ولانها أحد الوالدين أشبهت الاب ولازم ما يحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والتباغض يوجد مثله في تخصيص الام فيثبت لها مثل حكمه في ذلك

(مسئلة) (وان مات قبل ذلك ثبت للمعطي وعنه لا يثبت وللباتين الرجوع اختاره أبو عبد الله بن بطه) اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني واختاره الخلال وصاحبه أبو بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وهو الذي ذكره الحرقي، وفيه رواية أخرى أن لباقي الورثة أن يرتجوا ما وجهه اختاره أبو عبد الله بن بطه وأبو حفص العكبريان وهو قول عروة بن الزبير واسحاق قال أحمد: عروة قد روى الاحاديث الثلاثة حديث

ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث بشير بن سعيد فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله قوله «فأردده» وقوله «فأرجمه» ولأنها للمساوات الأب في محرم فضيل بعض ولدها فينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصا لها من الأثم وإزالة لانفضيل المحرم كالأب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع قال الأثرم قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لان للأب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ، وذكر حديث عائشة: أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه» أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فإنه خص الوالد وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الام والفرق بينهما ان للأب ولاية على ولد. وبحوز جميع المال في الميراث والام بخلافه، وقال مالك للام الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حيا فان كان ميتا فلا رجوع لها لأنها هبة إيتيم وهبة اليقيم لازمة كهدية التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع

عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب الى حديث النبي ﷺ «يرد في حياة الرجل وبعد موته» وهو قول اسحاق إلا أنه قال اذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن يذم أحد بما أعطى دون اخوته وأخواته لان النبي ﷺ سمي ذلك جوراً بقوله لبشير «لأنشدهني على جور» والجور لا يحل للماعل فله ولا للمعطي تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده ولان أبا بكر وعمر أصرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد لم يكن علم، ولا أعطاه شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد فروى سعيد باسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فثنى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا إن سعد قسم ماله ولم يتر ما يكون وإنما رى أن ترد هذه القسمة فقال لم أكن لاغير شيئاً بمنعه سعد وانكن نصيبين له وهذا معنى الخبر، ووجه الرواية الأولى قول أبي بكر له أنشأه رضي الله عنهما لما نحلها نحلنا وددت أنك كنت حزينه فيدل على أنها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع وقال عمر لا صلة إلا نحلته بحوزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد ولأنه حق الأب يتعاقب مال الولد فسقط بموته كالأخذ من ماله

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا اعطائهم على قدر ميراثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وني هم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم وقال أبو الخطاب المشروع في عطية سائر الاقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم كالأولاد فان خالف فعليه أن يرجع أو يعهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد ثبت فيهم حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولان الاصل إباحة الانسان التصرف في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد للخبر وليس غيرهم في معنهم لانهم استنوا في بر والدم فاستنوا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال لبشير «أيسرك

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة وهو قول الشافعي وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر من وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع

وانا حديث النعمان بن بشير فإنه قال تصدق علي أبي بصدقة وأنا فرجع أبي فرد تلك الصدقة وأبضا عموم قول النبي ﷺ «الا للوالد بما يطى والده» وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة (أحدها) أن تكون باقية في ملك الابن فإن خرجت عن ملكه يبيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال ملك غير الوالد وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لانهما

أن يستويا في برك قال نعم قال «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولأن الموالد الرجوع فيما أعطى والده فيمكنه أن يسوي بينهم في الرجوع بما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم وصرفه ماله إليهم عادة يتنافسون في ذلك يشتد عليهم تنضل بعضهم ولا يساوونهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولأن النبي ﷺ قد علم أن ابشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟

(فصل) فإن أعطى أحدا بنيه في صحته والآخر في مرضه فقد توقف أحد فيه فإنه مثل عن زوج ابنة فاعطى عنه الصداق ثم مرض الاب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما اعطى الآخر في صحته؟ فقال أو كان أعطاه في صحته فيحتمل وجهين (أحدهما) لا يصح لأن عطيته في مرضه كوصية له ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه (والثاني) يصح وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لأن التسوية بينهم واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بطرية الآخر فنكون واجبة فصح كقضاء دينه (فصل) قال أحمد أحب إلي أن لا يقسم ماله ويبدعه إلى فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فإن أعطى والده ماله ثم ولد له ولد فاعجب إلى أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدنعه إلى هذا الوالد الحادث ليساوي أخوته فإن أعطى والده ثم مات ثم ولد له ولد استحب للعطي أن يساوي الموارد الحادث بعد أبيه

(١) (مسئلة) (فان سوى بينهم في الوفاء أو وقف تلك في مرضه على بعضهم جاز نص عليه

وقياس المذهب أن لا يجوز)

إذا سوى بين أولاده في الوفاء الذكر والاني جاز ذكره القاضي وقال هو المستحب لأن القصد القرية على وجه الدوام وقد استروا في اقرباة وقل شيخنا المستحب أن يقسم الوفاء على أولاده

(١) قال الشيخ رحمه الله هذه المسئلة المذكورة في الوفاء فلا حاجة إلى اعادةها

عادت ملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوباً له، وإن عادت إليه بفتح البيع لعيب أو اذلة أو نكس المشتري ففيه وجهان (أحدهما) ملك الرجوع لأن السبب الزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول فأشبهه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط (والثاني) لا يملك الرجوع لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه فأشبهه ما لو عاد إليه بهبة، فأما إن عاد إليه لفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله رجوع لأن الملك لم يستقر عليه.

(نصل) (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الوالد بحيث يملك التصرف في رقبتهما فإن استولد الأمة لم يملك الأب الرجوع فيها لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها، وإن رهن الدين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن ذلك إبطاء لخلق غير الوالد فإزال المانع من التصرف فله رجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقا الملك ففتح الرجوع فإذا زال

كفسة الميراث المذكور مثل حظ الاثنيين كما قسم الله تعالى بينهم الميراث لأنه إيصال المال إليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالوصية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن الذكر نجب عليه نفقة زوجته وأولاده والمرأة ينق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة ولدها إذا كان لهم أب وقد فضل الله سبحانه الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعديله به فينبغي أن يمدى إلى الوقف وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغى بالميراث فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلهما عليه أو فضل بعض البنين على بعض في الوقف أو بعض البنات أو خص بعضهم بالوقف فقد روي عن أحمد في رواية محمد بن الحكم: إن كان على طريق الأثرة فأكرهه وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة فلا بأس به وذلك لأن الزبير خص المردودة، بناتهن دون المستغنية، بنهن بصدقته

(١) (فصل) وأما إذا وقف ثلثه في مرضه على بعض ورثته فقد اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي عنه عدم المواز فإن قل وقف على إجازة الورثة فإنه قال في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن وصى لأولاد بنته بارض نوقف عليهم فقال إن لم يرثوه فجاز فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم في المرض اختاره أبو حفص المكبري وابن عقيل وإليه ذهب الشافعي (والثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال في رواية جماعة منهم الميعوني يجوز المرء أن يوقف في مرضه على ورثته فقيل له أليس تذهب إلى أنه لا وصية لو ارث؟ نقال نعم والوقف غير الوصية ولأنه لا يباع ولا يورث ولا بصير ملكاً للورث، بل ينتفعون بفوائدها وقال في رواية أحمد بن الحسن أنه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جاز قال الخبري وأجاز هذا أكثر من واحتج أحمد بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال: هذا ما وصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين أن حدث به حدث

زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة صواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المدة أجز والمزوج
وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع ، وإن قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل قبض فيما يفتقر إليه والوطى ، والنزويج والاجارة والكتابة والتدبير إن قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجهها مضاربة أو في عقد شر كنفك ذلك لا يمنع الرجوع لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبته وكذلك العتق المعلق على صفة ، وإذا رجع وكان التصرف لازماً دلاً جارة والنزويج والكتابة فهو باق بحله لأن الابن لا يملك إبطاله فكذلك من انتقل إليه ، وإن كان جائزاً كالوصية والهبة قبل قبض بطل لأن الابن يملك إبطاله
وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمهما في حق الابن ، ومتى عاد إلى الابن عاد حكمهما

أن نفاضة العبد الذي فيه والسهم الذي يجبر ورقبه الذي فيه والمائة وحق الذي أطعمني محمد صلى الله عليه وسلم نايه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو انراي من أهله لا يباع ولا يشتري بنفقة حيث يرى من السائل والمحروم وذري القربى ، ولا حرج على من وياه إن أكل أو اشترى رقيقاً رواه أبو داود بنحو من هذا فالهبة فيه أنه جعل حفصة تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقاً ، قال الميموني قلت لأحمد إنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم عمر باليقاف وليس في الحديث الوارث ، قال فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم أمره وهوذا قد وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعاً ولأن الوقف ليس في معنى المال لأنه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

وأما أنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فنع من كالمليات ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز له بالمنفعة كالأجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم وأما جعل الولاية إلى حفصة فليس ذلك وقفاً عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع وأونه انتفاعاً بالهبة لا ينتضي جواز التخصيص بدليل مالو وصى لوارثه بمنفعة عبد لم يجز ، وبمقتضى أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على أنه وقف على جميع الورثة ليكرن على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرناه والله أعلم

(فصل) فإن وقف داره وهي تخرج من ثلثه بين ابنه وبنته نصين في مرض موته صحح على رواية الجماعة ولزم لأنه لما كان يجوز تخصيص بنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى وعلى الرواية التي نصرناها إن أجازها الابن جاز وإن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس ويرجم إلى الابن ملكاً فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكاً طاقماً والثلث جميعه لبنت وقفاً ، وبمقتضى أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على بنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً نصفها للابن وربعا لبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً ، ونصح المسئلة من اثني عشر للابن ستة أشهر وقفاً وسهمان ملكاً

فأما البيع الذي للابن فيه خيار اما لشرط أو عيب في أمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته ، وان وهب الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لان رجوعه ابطال الملك غير ابنة فان رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الاب الرجوع في هبته حينئذ لانه فسخ هبته برجوعه فداد اليه الملك بالسبب الاول ويحتمل أن لا يملك الاب الرجوع لانه رجع الي ابنة بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبهه ما لو وهب ابن الابن لأبيه

(فصل الثالث) أن لا يتعلق بها رغبة لغير الواد فان تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديونا أو رغبوا في مناكلته فزوجوه ان كان ذكراً أو تزوجت الانثى

ولبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا ، ولو وقفها على ابنة وزوجت نصفين وهي تخرج من ثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها ، وللابن ابطال الوقف في ثلاثة أثمانها وترجع اليه ملكا على الوجه الاول ، وعلى الوجه الثاني يصح الوقف على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه بقي نصيبه ملكا ، ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاخر ب سبعة في ثمانية نكن ستة وخمسين للابن ثمانية وعشرون وقفا وإحدى وعشرون ملكا والمرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا وهكذا ذكر أصحاب الشافعي ، فأما إن كانت الدار جميع ملكة فوقفها كلها فملى ما اخرناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الورث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على ما رواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وما زاد فلها ابطال الوقف فيه وللابن ابطال التسوية فان اختار ابطال التسوية دون ابطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) أنه يبطل الوقف في النسم ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا وانسع ملكا ولبنت الثلث وقفا ونصف النسم ملكا لثلاث تزداد البيت على الابن في الوقف ، وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر الابن تسعة وقفا وسهمان ملكا ولبنت ستة وقفا وسهم ملكا ، وقال أبو الخطاب له ابطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون لبنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث ونصح من اثني عشر

(مسألة) (ولا يجوز لو اهب أن يرجع في الهبة)

لا يختلف المذهب ان غير الاب والام لا يجوز له الرجوع في الهبة والمهبة وبه قال الشافعي ، وقال النخعي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي: من وهب ابني ذي رحم فله الرجوع ما لم يثبت عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « الرجل أعتق هبته ما لم يثبت منها » رواه ابن ماجه لقول عمر رضي الله عنه : من وهب هبة بري انه أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها رواء مالك في الموطأ ولانه لم يحصل عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

لذلك فمن أحمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع . قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب لابنة مالا: فله الرجوع إلا أن يكون غر به قوماً فإن غر به فليس له أن يرجع فيها وهذا مذهب مالك لأنه متعلق به حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه . قد قال عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك (والثانية) له الرجوع لعدم الخبر ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه .

(فصل) [الرابع] أن لا تزيد زيادة متصلة كالمسمن والكبير وأنه لم صنعة فإن زادت فمن أحمد فيها روايتان (إحداهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لأن الزيادة للموهوب له لكونها به مائة ولم تنقل إليه من جهة أبيه . فلم بذلك الرجوع فيها كالمفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع

ولنا قول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» وفي لفظ «كالكلب يعود في قبته» وفي رواية «ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبته» متفق عليه، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد من ولده» ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته لذي الرحم المحرم وأحدنا أصح من حديثهم وأولى، وقول عمر قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه، وأما العارية فهي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فإن قبضها باستيفائها فنظير مستثنى ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يرجع فيها بقياسهم متعرض به - الاجنبي فإن فيها ثواباً وقد جوزوا فيها الرجوع لخص الاتفاق على أن ما وهب الإنسان لذوي رحمه المحرم غير الوالدين لا يرجع فيها وكذلك ما وهب الزوج امرأته والخلاف فيما عدا هذا فنصدنا لا يرجع إلا الوالد وعندم لا يرجع إلا الاجنبي

(فصل) فأما الأب فيه الرجوع فيما وهب لولده في ظاهر المذهب سواء قصد برجرعه التسمية بين أولاده أولاً وبه قال مالك والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع وبها قال أصحاب الرأي والذري والعمري لقول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» متفق عليه، ولما ذكرنا من حديث عمر

ولنا قول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» وروى «فارجعه» رواه كذلك عن مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته وأنزل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد ذلك فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: فرجع أبي فرد تلك الصدقة؟ فإن قيل يحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً قلنا هذا بخلاف ظاهر الحديث لقوله تصدق أبي علي بصدقة، وقول بشير اني نحلته ابني غلاماً بدل على أنه كان قد أعطاه وقول النبي ﷺ «فارجعه» وروى طائوس عن ابن عمر وابن عباس برفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال

الرجوع في الاصل لثلا يقتضي إلى سوء المشاركة وضرر التقيص ولانه انترجاع المال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالاطلاق أو رجوع البائع في المييم لفس المشتري ويفارق الرد بالعيب من جهة ان الرد من المشتري وقد رضي بذلك الزيادة وان فرض الكلام فيها إذا باع عرضاً بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري الآخره عيباً قلنا بائع العيب ساطه مشتريه على الفسخ بيعه العيب فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ لزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته ، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوها أو في المعاني كعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لانتم الرجوع ولنا انها زيادة لما مقابل من الثمن فنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة وان زاد بغيره من عرض

« ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حين وهذا بمنحس عموم ما روه وقيامهم من عرض هبة الأجنبي فان فيها أجراً وثواباً فان النبي ﷺ نذب اليها وعدم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كسنتنا ، وقد دل حديث العمان بن بشير على جواز الرجوع في الصدقة قوله تصدق علي أبي بصدقة

(فصل) فأما الام فظاهر كلام أحمد انه ليس لها الرجوع ، قل الاثم : قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطت ولدها كالرجل ؟ قال ليس هي عندي كالرجل لان اللاب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ وذكر حديث عائشة « أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » أي كأنه الرجل ، ولا يصح قياس لام على الاب لان الاب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث بخلاف الام ، ويحتمل ان لها الرجوع وهو ظاهر كلام الحنفي فانه قال : واذا فاضل بين أولاده أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولانها دخلت في قول النبي ﷺ « سوا بين أولادكم » فينبغي أن يتمكن من الرجوع في الهبة ولانه طريق الى التوبة وربما لا يكون لها طريق غيره اذا لم يكن أعطت الآخر كما أعطت لاولاد لانها منارت الاب في تحريم تفضيل بعض ولدها بنبغي أن تساربه في التمكن من الرجوع فيما فضلته به تخلصاً لها من الاثم وإزالة التفضيل المحرم كلاب وهذا الصحيح ان شاء الله تعالى ، وقال مالك للام الرجوع فيما وهبت ولدها ما كان أبوه حياً فان كان ميتاً فلا رجوع لها لانها هبة لبيته وهبة التيمم لازمة كصدقة التطوع ، ومن مدعيه انه لا يرجع في صدقة التطوع

(فصل) وحكم الصدقة حكم الهبة فيما ذكرنا وهو مذهب الشافعي ، ونزق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يميزوا الرجوع في الصدقة بحمل وانجزا بمحدث عمر : من وهب هبة أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع

أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وإن كانت زيادة العين أو التعلل لا يزيد في قيمته شيئاً أو ينقص منها لم يمنع الرجوع لأن ذلك ليس بزيادة في المألية وأما الزيادة المنفصلة كولد البيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نمله والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع هنا . وذكر القاضي وجهاً آخر أنها للاب وهو بعيد فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم إلا أن قول ابن الزيادة المنفصلة للاب فلا يمنع الرجوع لأنه يرجع فيها جميعاً أو يرجع في الأم ويتملك الولد من مال والده

(فصل) وإن قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع لأن العين لم تزد ولا القيمة وإن زادت قيمتها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أو لا؟ ينى على الروايتين في السمعة وبمقتضى أن

ولنا حديث النعمان فإنه قال : تصدق أبي علي بصدقة فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وأيضاً قول النبي ﷺ «إلا الوالد فيما يعطي ولده» وهذا يقدم على قول عمر بن الخطاب في الوالد ، وحديث عمر فيجب تقديم الخاص عليه

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة ، أحدها) أن يبقى ملك الابن فيها فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه ابطال لملك غير الوالد فأشبهه غير الموهوب للولد (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بملك التصرف في رقبته فإن استؤد الامة لم يملك الرجوع لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها وكذلك إن أفلس وحجر عليه أو رهن العين لأنه يفضي إلى ابطال حق غير الولد فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فإذا زال زال المنع والصحيح في التدبير أنه لا يمنع الرجوع فإن قلنا يمنع البيع منع الرجوع كالأستيلاد، وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما ينتقل إليه والوطي . والتزويج والاجارة والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عتد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبته وكذلك تعليق العتق بصفة ، وإذا رجع وكان التصرف لازماً كالاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لأن الابن لا يملك ابطاله وأما التدبير والمملوق عتقه بصفة فلا يبقى حكمها في حق الابن متى عاد إلى الابن عاد حكمها والبيع الذي للابن فيه خيار اما بالشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عرض المبيع ولم يثبت ذلك من جهته

(فصل) فإن تعاقب بها رغبة لغير الولد مثل أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته ويبدأينونه أو في مناعتها فيزوجوه أو يهب بنته فتتزوج لذلك فعن أحمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب ابنته مالا فله الرجوع إلا أن يكون غريباً قومياً فإن غربه

تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فإنه يمتثل أن يكون للاب فلا يتم الرجوع لأنه نماء العين فيكون تابها لها ، وان وهبه حاملا فولدت في بد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لاحكم له ، وإن وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز إذا لم تزد قيمتها ، وان زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة ، وإن وهبته حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها . وان قلنا ان الحمل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وان لم تزد قيمتها جاز الرجوع فيها ، وان وهبه فحملت فهي قبل التأخير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(فصل) وان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنها تلفت على ملكه وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله ، وان جنى العبد جنابة تعلق

فليس له الرجوع ، وهذا مذهب مالك لأنه تعلق بها حق غير الابن ففي الرجوع ابطال حقه وقد قال عليه الصلاة والسلام ولا ضرر ولا ضرار وفي الرجوع ضرر ولان في هذا تحيلا على الحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز ذلك (والثانية) له الرجوع لعدم الخبر ولان حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه وان دابنه الناس فانفس ولم يحجر عليه فعلى الروايتين

(مسئلة) (وان نقصت العين أرزادت زيادة مفصلة لم تمنع الرجوع والزيادة للابن ويحتمل أنها للاب وهل تمنع المتصلة الرجوع ؟ على روايتين)

أما الزيادة المنفصلة كالولد وثمر الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير خلاف فعله والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تمنع في الفسوخ فلا تنضم ههنا ، ويحتمل أنها للاب ذكره القاضي كالرد بالعيب ، فان كانت لزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وهو محرم الا أن نقول ان الزيادة المنفصلة للاب فلا تمنع الرجوع لأنه يرجع فيها جميعا أو يرجع في الام وبذلك الولد من مال ولده

(فصل) فان تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنه تلف على ملكه سواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله وان جنى العبد جنابة تعلق أرشها برقبته فهو كقتضائه بذهاب بعض أجزائه والاب الرجوع فيه فان رجع فيه ضمن أرش الجنابة وان جنى على العبد فرجع الاب فيه فارش الجنابة عليه للابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فان قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكذلك لم يملك ذلك فكيف يملك الرجوع في العبد الجاني اذا أدى أرش الجنابة ؟ قلنا الرهن بمنع التصرف في العين بخلاف الجنابة ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) فاما الزيادة المتصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة اذا زادت بها القيمة فعن أحمد فيها روايتان

أرشها برقبته فهو كنفصانه بذهاب بعض أجزائه والاب الرجوع فيه فان رجع فيه ضمن ارش الجنابة وإن جنى على العبد فرجع الاب فيرجع الاب فيه فارش الجنابة عليه الابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فان قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكأنه لم يملك ذلك فكيف ملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش جنابته ؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجنابة ولان فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وهبنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها أو ارتفعتها أو ارتدتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستمر ولنا أنه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فاما ان أخذ مارهبة لولده

(احدهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لانها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لان الزيادة الموهوب له لكونها ناء ملكه ولم تنقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمفصلة واذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الاصل لئلا يفضي الى سوء المشاركة وضرر التقبص ولانه فسخ استرجاع المال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق ورجوع البائث في المييم لغاس المشتري وفارق الرد بالعيب من جهة ان الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة وان فرض الكلام فيما اذا باع عرضا بعرض فراد أحدهما ورجد المشتري بالآخر عيبا قلنا بائع المغيب ساط المشتري على الفسخ ببيعه المغيب فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما اذا فسخ لزوج النكاح اعيب المرأة قبل الدخول سقط صداقها كما لو فسخته وعلى هذا لافرق بين الزيادة في العين كاسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم صناعة أو كتابة أو قران أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو حنيفة الزيادة بتعلم القرآن وقضاء دين عنه لا تمنع الرجوع

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فنعت الرجوع كاسمن وتعلم صناعة وان زاد يبرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وان كانت زيادة العين أو الثلم لا تزيد في قيمته شيئا أو تنقص منها لم تمنع الرجوع لانه ليس بزيادة في المالية

(فصل) فان قصر العين أو فصلها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع اولاً ؟ مبني على الروايتين في السمن قال شيخنا ويحتمل ان تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لانها حاصلة بفعل الابن تجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فانه يحتمل أن يكون اللاب فلا يمنع الرجوع لانه ناء العين فيكون نابعا لها وان وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة اذا قلنا الحمل لاحكم له وان وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز اذا لم تزد قيمتها

فان نوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته ، وان لم يعلم هل نوى الرجوع أولا وكان ذلك بعد موت الاب فان لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا لان الاخذ بمحمل الرجوع وغيره فلا نزيل حكما بقينيا بامر مشكوك فيه ، وان افترنت به قرائن دالة على الرجوع ففيه وجهان (أحدهما) يكون رجوعا اختاره ابن عقيل لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ أولى ولان لفظ الرجوع انما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كلما دل عليه والآخر لا يكون رجوعا وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقينا فلا يزول الا بالصرح ، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد فنوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا الا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فهنا أولى ، وان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع

وان زادت قيمتها فهي زيادة متصلة ، وان وهب حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها وان قلنا ان الحمل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وان لم تزد جاز الرجوع فيها وان وهبه فخلا فحملت فهي قبل التأخير زيادة متصلة وبهذه زيادة منفصلة

(مسئلة) (وان باعه المنتهب ثم رجع اليه بفسخ أو اقالة فهل له الرجوع ؟ على وجهين)

اذا خرجت العين من ملك الابن يبيع أو هبة ثم عادت اليه بسبب كبيع أو هبة أو وصية أو ارث أو نحوه لم يملك الاب الرجوع فيها لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل ابيه فلا يملك فسخه وازالته كالذي لم يكن موهوبا وان عادت اليه بفسخ العيب أو اقالة أو فاس المشتري ففيها وجهان (أحدهما) يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فاشبه ما لو فسخ البيع بالخيار (والثاني) لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه اشبه ما لو عاد اليه بالهبة فاما ان عاد اليه بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه .

(مسئلة) (وان وهبه المنتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع الا ان يرجع هو)

لان رجوعه ابطال لملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل ان يملك الاب الرجوع في هبته لانه فسخ هبته برجوعه فعاد اليه الملك بالسبب الاول وبمحمل ان لا يملك الاب الرجوع لانه رجع الى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فاشبه ما لو وهبه ابن الابن لابنه .

(مسئلة) (وان كاتبه او رهنه لم يملك أبوه الرجوع الا ان ينفك الرهن وينفسخ)

اما اذا رهنه الابن فليس للاب الرجوع قبل انفكك الرهن لان في ذلك ابطال حق غير الولد فان انفك الرهن فله الرجوع لزوال المانع ولأنه عاد الى صحة تصرف الابن فيه اشبه غير المرهون وحكم الكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة غيره فاما من اجاز بيع المكاتب فعكسه عنده كالعين المستأجرة والمزوج على ما ذكرناه

وجها واحداً لانه اثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد نية كسائر العقود ، وان ثلثي الرجوع بشرط فقال اذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط كما لا يقف العقد عليه

﴿مسئلة﴾ (فان مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له اذا كان ذلك في صحته)

يعني اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بطيئة ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب اه ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المصوح عن أحمد في: رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وفيه رواية أخرى عن أحمد أن لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه اختارهما ابن بطه وأبو حفص العكبريان وهو

(فصل) والرجوع في الهبة ان يقول قد رجعت فيها او ارتجعتها أو رددتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يفترق الى حكم حاكم ، وبه قال الشافعي وقال ابرحنيغفلا يصح الرجوع الا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستقر

ولنا انه خيار في فسخ عقد فلم يفترق الى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فان أخذ ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته لان ذلك لا يعلم إلا منه ، فان مات الأب ولم يعلم هل نوى الرجوع أو لا ؟ ولم توجد قرينة تدل على الرجوع لم نحكم بأنه رجوع لان الأخذ بمقتضى الرجوع وغيره ، فلا نزيل حكما يقينا بأمر مشكوك فيه فان اقتربت به قرائن دالة على الرجوع كان رجوعا في أحد الوجهين اختاره ابن عقيل لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ ولان لفظ الرجوع إنما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كل ما دل عليه ، والآخر لا يكون رجوعاً ، وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقيناً فلا يزول إلا بالصريح ، قال شيخنا ويمكن أن ينبغي هذا على نفس العقد فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا إلا بلانظ يقتضي زواله ، ومن اكنفي في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضى به فهنا أولى ، فان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً لانه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد نية كسائر العقود ، وإن علق الرجوع بشرط فقال إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط لا يقف العقد عليه

﴿مسئلة﴾ (وعن احمد في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده اليها رضيت أو

كرهت لانها لا تهبه له إلا تخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها)

اختلفت الرواية عن احمد في هبة المرأة زوجها ، فعنه لا رجوع لها ، وهذا ظاهر كلام الحرقى واختيار أبي بكر ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور

قول عروة بن الزبير وإسحاق ، وقال أحمد عروة قد روي الاحاديث الثلاثة حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وزكوا وذهب إلى حديث النبي ﷺ « برد في حياة الرجل وبعد موته » وهذا قول إسحاق إلا انه قال إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسم أن ينتفع أحد بما أعطي دون إخوته وأخوانه لأن النبي ﷺ سمي ذلك جوراً بقوله « لا تشهدني على جور » والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطي تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده ، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن برد قسمة ابيه حين ولد له ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد باسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها ثم ولد بعد ذلك ولد فمضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا ان سعد قسم ماله ولم يدر ما يكون ، وأنا نرى أن ترد هذه القسمة فقال قيس لم أكن لأغير شيئاً صنعه سعدا ولكن نصيبى له وهذا معنى

وأصحاب الرأي وعطاء وقتاده نقول الله تعالى (إلا أن يعفون) وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً) الآية ، وعموم الاحاديث وعنه رواية ثانية لها الرجوع . قال الاثرم سمعت احمد يسئل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأبته يجهل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث « إنما يرجع في الموهاب النساء وشرار الناس » وذكر حديث عمر : إن النساء يعطين أزواجهن رغبة وزهبة فإما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعترضه فهي أحق ، رواه الاثرم ، وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة .

وعنه رواية ثالثة نقلها عنه أبو طالب : اذا وهبت له مهرها فان كان سألها ذلك رده البهاضية أو كرهت لانها لا تهب إلا مخافة غضبه أو اضرار بأن يتزوج عليها ، وإن لم يكن سألها وترغب به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضب عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً فيكون فيها ثلاث روايات (إحداهما) ليس لها الرجوع كالأجنبي (والثانية) لها الرجوع مطلقاً لحديث عمر (والثالثة) التفصيل الذي ذكرناه .

﴿ فصل ﴾ (قال رضي الله عنه) وللاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتملكه مع حاجته وعدمها في صغره وكبره ما لم تتعلق حاجة الابن به (

إنما يجوز ذلك بشرطين (أحدهما) أن لا يجهف بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعاقبت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولد فيعطيه الآخر نص عليه احمد في رواية اسماعيل بن سعيد لانه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن بمنع من تخصيصه بما أخذه من مال ولده الآخر أولى وقد روي أن مسروقاً زوج ابنته بصدق ، عشرة آلاف فأخذها فأفقها في

الخبر، ووجه القول الأول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما نحلها نحلًا وددت لو أنك كنت حزتيه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع وكذلك قول عمر لأمية الانجحة يحمزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد، وقوله إذا كان ذلك في صحته يدل على أن عطية في مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ لأن العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث إذا كانت لأجنبي أجماعًا فكذلك لا تنفذ في حق الوارث. قال ابن المنذر أجمع كل من أحظ عنه من أهل العلم أن حكم المليات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا هذا مذهب المدينة والشافعي والسكري، فإن أعطى أحد بنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحد فيه فإنه سئل عن زوج ابنة فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته فقال لو كان أعطاه في صحته، فيحتمل وجهين (أحدهما) لا يصح لأن عطيته في مرضه كوصيته

ضليل الله وقال لزوج جبهز امرأتك وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته لقول النبي ﷺ « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من ولده ووالده والناس أجمعين » رواه سعيد في سننه، وروى أن النبي ﷺ قال « لا يجمل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » رواه الدارقطني ولأن مالك لابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته ولنا قول النبي ﷺ « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن أبي اجتاح مالي فقال « أنت ومالك لأبيك » رواه الطبراني في معجمه مطرلاً، ورواه ابن ماجه وروى أبو داود نحوه ورواه غيره وزاد « وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن لي مالا وعيالا ولأبي مالا وعيالا وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » رواه سعيد في سننه ولأن الله تعالى جعل الولد موهوباً لأبيه فقال (ووهبنا له إسحاق ويعقوب) وقال (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا هب لي من لدنك ولياً) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي رهب لي على السكبر اسماعيل وإسحاق) وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبده قال سفيان بن عيينة في قوله تعالى (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله من بيوتكم فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولأن الرجل يبي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه بكل نفسه، وأما أحاديثهم فأحاديثنا فنخصها ونفسرها فإن النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لأبيك » ولاتناني بينها وقوله عليه السلام « أحق به من والده وولده » الحديث مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حق

ولو وصى له لم يصح فكذلك اذا أعطاه (والثاني) يصح لان الذبوية بينهم اراجة ولا طريق لها في هذا الموضوع الا بمطية الآخر فتكون واجبة فتصح بقضاء دينه

(فصل) قال أحمد أحب أن لا يقسم ماله ويدعه على قرائض الله تعالى لعله أن يولد له فان أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلي أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه الى هذا الولد الحادث ليساوي اخوته ، فان كان هذا الولد الحادث بعد الميراث لم يكن له الرجوع على اخوته لان العطية لزمّت بموت أبيه الاعلى الرواية الاخرى التي ذهب اليها أبو عبد الله بن بطة ، ولا خلاف في أنه يستحب لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته ولذلك أمر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما قيس بن سعد برد قسمة أبيه ليساروا المولود الحادث بعد موت أبيه .

أبيه لا على نفي الحق بالسكينة والولد أحق من الوالد فيما تعلقت به حاجته .

(مسألة) (فان تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو إبراء من دين لم يصح نهره فيه)

نص عليه أحمد قال لا يجوز عتق الاب لعبد ابنه مالم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح إبراؤه من دينه ولا هبته لملكه ولا بيعه له لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح نهره فيه ، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد قال اذا وهب الابن من ماله شيئاً فليس لآبيه الاعتراض عليه الا أن يكون للولد عقار يكتفيه ويكتفي أباه ولا مال له غيره ولا مال لآبيه فان أحمد قال ان اعترض عليه الوالد رأيت أن يرده الحاكم على الاب ولا يبقى فقيراً لا حيلة له ، ويحل له وطء جواربه ولو كان المالك مشتركاً لم يحل له الوطاء كما لا يحل وطء الجارية المشتركة وإنما للاب انزاعه منه كما عين التي وهبها إياه قبل انزاعها لا يصح تصرفه لانه تصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وان كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لانه لا يملك التصرف به لاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله قال أحمد بين الرجل وبين ولده رباً لما ذكرنا من أن ملك الابن على ماله تام

(مسألة) (وان وطئ جارية ابنه فأحبها صارت أم ولد له وولده حر لا تلزمه قيمته ولا حد

عليه ولا مهر وفي التهنيز ووجهان)

قال أحمد لا يطاق جارية الابن إلا أن يقبضها يعني يملكها لانه إذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين فان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرأ لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها ، فان كان الابن قد وطئها لم يحل له بحال فان وطئها قبل تملكها ولم يكن الابن وطئها كان محرماً من وجهين (أحدهما) أنه وطئها قبل تملكها (والثاني) أنه وطئها قبل استبرائها وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهو أنها صارت بمنزلة حليمة ابنه فان فصل فلا حد عليه لشبهة الملك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لايك »

(فصل) والاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء، ويتملكه مع حاجة الاب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين (أحدهما) أن لا يجحف بالابن ولا بضر به ولا يأخذ شيئاً نهى عنه به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال والده فيعطيه الآخر نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى

وقد روي أن مسروقاً زوج ابنته بصدقة عشرة آلاف فأخذها وأنتها في سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته لان النبي ﷺ قال « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين » رواه

وإن وادت منه صارت أم ولد له ووالده حر لأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة وادها ولا مهر ويجب تعزيره في أحد الوجهين لأنه وطئ وطأ محرماً أشبه وطء الجارية المشتركة. والثاني لا يعزر لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله، والاول أولى لان التعزير ههنا حق لله تعالى بخلاف الجناية على والده لأنها حق للوالد (فصل) وليس لغير الاب الاخذ من مال غيره بغير اذنه. الاحاديث التي ذكرناها لان الخبر ورد في الاب بدليل قوله عليه السلام « أنت ومالك لايك » ولا يصح قياس غيره عليه لان الاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد، ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لانها ولاية لها والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنته وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويوجب به في الميراث وفي ولاية النكاح، وغيرهما من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التثنية لأنه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتها للاب في بعض المعاني فغيرها ممن لا يشارك في ذلك أولى ويحتمل أن يجوز للام لدخول ولدها في قول الله تعالى (وأولادكم)

(مسئلة) (وليس الابن مطالبة أبيه بدين ولا قيمة متلف ولا ارش جنابة ولا غير ذلك)

وبه قال الزبير بن بكار ومقتضى قول سفيان بن عيينة وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة به كغيره

ولنا أن رجلاً جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال « أنت ومالك لايك » رواه الخلال باسناذه وروى الزبير بن بكار في الموقوفات أن رجلاً استقرض من أبيه مالا فحسبه فأطال حسبه فاستعدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضاً فقال علي رضي الله عنه

سعيد في سننه وهذا نص . وروي أن النبي ﷺ قال « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه »
رواه الدارقطني ولان ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انزاعه منه كالذي اتلفت به حاجته
ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ « ان أطيب ما أكلتم من كسبكم
وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد الترمذي وقال حديث حسن . وروى عمرو بن شبيب عن
أبيه عن جده قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال ان أبي اجتاح مالي ، فقال « أنت ومالك لايك »
رواه الطبراني في معجمه مطولا ورواه غيره وزاد « ان أولادكم من أطيب كسبكم فكاوا من أموالهم »
وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال : جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال ان لي مالا
وعيالا ولابي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لايك » أخرجه
سعيد في سننه . ولان الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له اسماء ما يعقوب) وقال

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم المال للشيخ جزاء بالتم
يأكله برغم أنف من رغم من قال قولاً غير ذافقد ظم
وجار في الحكم وبئس ما جرم

قال الزبير الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه به كحقوق الابدان
وفارق الاب غيره بما يثبت له من الحق على ولده فان مات الابن فانتقل الدين الى ورثته لم يملسوا
مطالبة الاب لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، فان مات الاب فقيل يرجع الابن في تركته
بدينه لان دينه عليه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة وعن أحمد اذا مات الاب بطل دين
الابن وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه ليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من
المهر من شيء بسينه أخذته وتناول أصحابنا كلام أحمد على أنه أخذه على سبيل التملك لان أخذه له
وانفاقه دليل على قصد التملك فيثبت الملك له بذلك الاخذ والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (والهدية والصدقة نوعان من الهبة)

والعطية تشمل الكل وكذلك النحلة ومعانيها كلها متقاربة إلا أنه في الغالب من أعطى شيئاً ينوي به
التقرب الى الله تعالى للمحتاجين سمي صدقة وان دفع الى غير محتاج للتقرب والحبة فهي هبة ، ومن
بعث على هذا الى إنسان مع غيره سمي هدية وكل ذلك مستحب مندوب اليه وأحكام ذلك
أحكام الهبة ويشترط لها ما يشترط من الشروط على ما سبق .

(فصل) في تطية المريض قال الشيخ رحمه الله (أما المريض غير مرض الموت أو مرضاً غير

مخوف كالرمد ووجع الضرس والصداع ونحوه فعطايه كمطايها الصحيح سواء تصح من جميع ماله)
وجملة ذلك أن عطايها المريض إذا برأ من مرضه أو كان مرضاً غير مخوف كالذي ذكره وكذلك
ما في معناه كالجرب والحصى اليسيرة ساعة أو نحوها والاسهال اليسير من غير دم فعطايها مثل عطايها
الصحيح لانه لا يخاف منه في العادة .

(ووهبنا له بحبي) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبد.
وقال سفيان بن عيينة في قوله (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القربان الا الأولاد لم يذكرهم لانهم دخلوا في قوله (بيوتكم) فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولان الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه، وأما أحاديثهم فأحاديثنا نخصها وتفسرها فان النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لأبيك » فلا تنافي بينهما، وقوله « أحق با من ولده وولده » مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لأعلى نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تملفت به حاجته

(مسئلة) (وإن كان مرض الموت الخوف كالبرسام وهو بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل عقل صاحبه، وذات الجنب وهو قرح ياطن الجنب ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها والرعاف الدائم فانه يصفى الدم فيذهب القوة والقوانج وهو أن ينقصد الطعام في بعض الاعضاء ولا يزل عنه فهذه مخوفة، وإن لم يكن معها هي مع الحمى أشد خوفا وان نار الدم واجتمع في عضو كان مخوفا لانه من الحرارة المفرطة، وان هاجت به الصفراء فهي مخوفة لانها تورث يبوسة وكذلك البلغم اذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفيها، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن، وأما الاسهال فان كان متحرراً لا يمكنه إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع في هلاكه، وان كان يجري تارة وينقطع أخرى فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير أو تقطيع كأن يخرج متقطعا فانه يكون مخوفا لان ذلك يضمف وان دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه ذلك أو لم يكن، وكذلك الفالج في ابتدائه والسل في انتهائه والحمى المطبقة، وما أشكل من ذلك رجح فيه إلى قول عدلين من الاطباء، لانهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل قول واحد لانه يتعلق به حق الوارث والمعطي، وقياس قول الحرقي أنه يقبل قول واحد عدل اذا لم يقدر على طبيين. فهذا الضرب وما أشبهه عطاياة صحيحه لان عمر رضي الله عنه أوصى حين جرح فسماه الطبيب ابنا نخرج من جرحه فقال له الطبيب اعهد الى الناس فعهد اليهم ووصى فانفق الصحابة على قبول عهده ووصيته وكذلك أبو بكر رضي الله عنه عهد الى عمر حين اشتد مرضه فنفذ عهده.

(فصل) فان كان المريض يتحقق تعجيل موته فان كان عمته قد اختل مثل من ذبح أو أيدت حشونه فلا حكم لكلامه ولا اعطيته وان كان نابت العقل كمن خرقت حشوته واشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وعطيته لما ذكرنا من حديث عمر وكذلك علي رضي الله عنها بعد ضرب ابن

(فصل) وليس لولد مطالبة أبيه بدين عليه وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان ابن عيينة ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره ولنا أن رجلا جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديننا عليه فقال « أنت ومالك لايك » رواه أبو محمد الخلال بإسناده . وروى الزبير بن بكار في كتاب الموفقيات بإسناده أن رجلا استقرض من ابنه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستمدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضا فقال علي رضي الله عنه

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم المال للشيخ جزاء بالنعم
يأكله برغم أنف من رغم من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبأس ماجرم

ملجم وصى وأمر ونهى ولم يختلف في صحة ذلك
﴿ مسألة ﴾ (فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لو ارت ولا لاجنبي بزيادة على الثلث الا بإجازة الورثة كالهبة والعق والكتابة والحجابة)

وجملة ذلك أن التبرعات المنتزعة كالعق والحجابة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجنابة الموجبة للمال والكتابة اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافا، وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول الجمهور وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال

ولنا ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة أمهده له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم واذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها في حق وورثته لا يتجاوز الثلث كالوصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت حكم الوصية في خمسة أشياء (أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث واجازة الورثة (الثاني) أنها لا تصح للوارث الا بإجازة الورثة (الثالث) أن فضيلتها نافعة عن فضيلة الصدقة في الصحة لان النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال « أن تصدق وأنت صحيح صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه (الرابع) أن العطايا تنزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة كتنزاحم الوصايا فيه (الخامس) أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده

قال الزبير : الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبه أبيه بها كحقوق الابدان وبفارق الاب غيره بما ثبت له من الحق على ولاءه . وان مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكو . مطالبه الاب به لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، وان مات الاب رجع الابن في تركته بدينه لان دينه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة . وقد روي عن أحمد انه قال إذا مات الاب بطل دين الابن . وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنتقمه فليس عليه شيء . ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته . وتأول بعض أصحابنا كلاله على أن له ما أخذه على سبيل التمليك ويحتمل أن يكون أخذه له وإنفاقه اياه دليلاً على قصد التملك فيثبت الملك بذلك الاخذ والله أعلم

(فصل) وان تصرف الاب في مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال لا يجوز عتق الاب اميد ابنته ما لم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح ابرأؤه من دينه ولا هبته لاله ولا بيعه له وذلك

(مسئلة) فأما الامراض الممتدة كالجدام وحصى الربع والسل في ابتدائه والفالج في دوامه فان صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة والا فلا)

قال القاضي اذا كان يذهب ويحبي فعطايه من جميع المال هذا تحقيق المذهب وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجدوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنه صار صاحب فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ، نور وذكر أبو بكر وجهاً آخر أن عطايا هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ منه فهو كالمهرم . ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كسثلتنا (مسئلة) ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب أو في لجأ البحر عندهي جانه أو وقع الطاعون يبلده أو قدم ليقص منه والحامل عند الخاض فهو كالمرضى)

وجملة ذلك أن الخوف يحصل في هذه المواضع الخمسة المذكورة فيقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل واحدة منهما مكافئة للآخرى أو مقهورة فأما القاهرة منها بعد ظهورها فليست خائفة وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منها متميزة سواء كان بينهما رمي السهام أو لم يكن فليست حالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو لا وبه مالك والثوري والاوزاعي ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (أحدها) كقول الجماعة (وانثاني) ليس بخوف لانه ليس بمرض ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك قال أحمد اذا حضر انتقال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله لكن يقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحدي يحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وسمى العطية وصية تجوز لكونها في حكم الوصية ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله (الثانية) اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله

لان ملك الابن تام على مال نفسه يصبح تصرفه فيه وبجمل له وطء جواربه ولو كان الملك مشتركاً لم
يجل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة وانما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها اياه فقبل
انتزاعها لا يصبح تصرفه لانه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وان كان الابن صغيراً لم يصبح أيضاً
لانه لا يملك التصرف به لاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله

(فصل) قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام . وقال :
لا بطلاً جارية الابن الا أن يتبعضها يعني يتملكها ، وذلك لانه اذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست
زوجة ولا ملك يمين وان تملكها لم يجز له وطؤها حتى يستبرأها لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه
كما لو اشتراها وان كان الابن قد وطئها لم تجز له بحال وان وطئها قبل تملكه كان محرماً من وجهين
(أحدهما) انه وطئها قبل ملكها (والثاني) انه وطئها قبل استبرائها ، وان كان الابن وطئها حرمت

للقصاص أو لغيره ، وللشافعي فيه قولان أحدهما مخوف والثاني ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن
والظاهر العفو عنه . ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكرها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح
كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام ، واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف
مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ، ولا عبرة بصحة البدن فان المرض
لم يكن مثبتاً لهذا الحكم اعينه بل لخوف افضائه الى التلف فيثبت الحكم همنا بطريق التنبيه لظهور
التلف (اثناثة) اذا ركب البحر فان كان ساكناً فليس بمخوف وان اضطرب وهبت الريح العاصف
فهو مخوف ، وقد وصفهم الله تعالى بشدة الخوف فقال تعالى (هو الذي يسيركم في البر والبحر) الآية
الى قوله (جاءها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم) (الرابع) الاسير
والمحبوس اذا كان من عاقبته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك
وابن أبي ليلى وأحمد ، قولي الشافعي وقال الحسن لما حبس الحجاج إياض بن معاوية ليس له من ماله
إلا الثلث وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق به قال الزهري والثوري واسحاق وحكاه
ابن المنذر عن أحمد وتأول القاضي ماروي وهو على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء وقال الشعبي ومالك
الغازي عطيته من الثلث وقال مسروق إذا وضع رجله في الغرز وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله
والمحبوس ينتظر القتل هو في ثلثه والصحيح ان شاء الله ما ذكرناه من التفصيل لان مجرد الحبس
والامر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز الحاقه به واذا كان
المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى (الخامسة) اذا وقع الطاعون ببلده
فمن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمريض وإنما يخاف المرض

(فصل) وكذلك الحامل عند الخاض لانه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلف أشبهت سائر
أصحاب الامراض الخوفة وما قبل ذلك فلا ألم بها فلا يكون مخزفاً ، وقال الحرقي وكذلك الحامل اذا
صار لها مئة أشهر يعني عطيتها من الثلث وبه قال مالك وقال اسحاق اذا ثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ولم

بوجه ثالث وهي انها صارت بمنزلة حليلة ابنة فان فعل فلا حد عليه اشبهة المالك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لأبيك » وان ولدت منه صارت أم ولده له وولده حر لانه من وطء اتقى عنه الحد لاشبهة وتصير أم ولد وليس للان مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وهل بعزر؟ بمحمل وجهين (أحدهما) بعزر لانه وطئ وطأ محرماً أشبه ما لو وطئ جارياً مشتركة بينه وبين غيره (والثاني) لا بعزر لانه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا بعزر بالنصر في ماله

(فصل) وليس لعبر الاب الأخذ من مال غيره بغير اذنه لان الخبر ورد في الاب بقوله « أنت ومالك لأبيك » ولا يصح قياس غير الأب عليه لان الاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لانها لا ولاية لها والجد أيضا لا يلي على مال ولد ابنة وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويوجب به في الميراث وفي ولاية النكاح وغيرها

بحد حداً وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة عطية الحامل من الثلث وقال أبو الخطاب عطيتها من المال كله ما لم يضربها الخاض فاذا ضربها الخاض فعطيتها من الثلث وبه قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والنعبري وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لانها لا تخاف إلا إذا ضربها الطلق فاشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش وقال الحسن والزهرري عطيتها كمطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ووجه قول الحرقي أن ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهو من أسباب التلف، والصحيح ان شاء الله تعالى ما ذكرناه من أنه إذا ضربها الطلق كان خوقاً بخلاف ما قبل ذلك لانه لا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح وقيل عن أحمد ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله لانه لا مرض بهم وقد ذكرنا الخلاف في ذلك

(فصل) فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مخوف وان مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه فان وضعت الولد وخرجت المشيمة فحصل ثم ورم أو ضرباً شديداً فهو مخوف وان لم يكن شيء من ذلك فقد روي عن أحمد في النفساء ان كانت ترمي الدم فعطيتها من الثلث فيحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم للزومه ذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها إذا كانت ترمي الدم كانت كالريض وحكمها بعد السقط مثل حكمها بعد الولد التام فان اسقطت مضغة أو علقة فلا حكم لها إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرض جنابته وجنابة عبده وما عاوض عليه بثمن المثل وما يتعاقب الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافاً وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل يجوز من رأس المال لانه صرف ماله في حاجة

من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لانه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتها للاب في بعض المآني فغيرهما مما لا يشارك الاب في ذلك أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته وإن لم يثب عليها)

يعني وان ام يموض عنها وأراد من عدا الاب لانه قد ذكر أن للاب الرجوع بقوله أمر برده فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته، وهذا قال الشافعي وأبو ثور . وقال النخعي والثوري واصحاق وأصحاب الرأي من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع ورروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واحتجوا بما روى أبو هريرة قال

نفسه فقدم بذلك على وارثه وكذلك لو اشترى أمة للاستمتاع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله مثلها جاز وصح شراؤه له لانه صرف ماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها (والثاني) لا يعلون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجباً عليه فصح كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثياباً مئمة صح ولو وصى بتكفينه بثياب مئمة لم يصح بحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذ لا أثر لتراخيه

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق لان الحق ثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل اقراره فيما يبطل به حق غيره

﴿مسئلة﴾ (وان لم يف الثلث بالتبرعات المنجزة بديء بالاول فالاول سواء كان الاول عتقاً أو غيره) وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد وان كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينها وبين العتق وانما كان كذلك لان المحاباة حق آدمي على وجه المفاوضة فقدمت اذا تقدمت كقضاء الدين واذا تساوى جنسها سوي بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر

قال رسول الله ﷺ « الرجل أحق بهبته مالم يئب منها » رواه ابن ماجه في سننه وبقول عمر ولأنه لم يحصل له عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية
 وانا قول النبي ﷺ « العائد في هبته كأعاند في قبته » وفي لفظ « كالكلب يعود في قبته »
 وفي رواية « انه ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبته » يتفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ « ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » وقد ذكرناه . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان نبي الله ﷺ قال « لا يرجع رهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي ولده » ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذبي الرحم المحرم . وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى . وقول عمر قد زوي عن ابنه وابن عباس خلافة وأما العارية فانما هي هبة المنافع ولم يحصل قبض فيها فان قبضها بإسرة فإثباتها فنظير مستثناة ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها

ولنا أنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى محابة عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبه ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فاذا كانت خارجة من الثلث لزم في حق الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي لانه يملك الرجوع في بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة في حقه وانما تلزم بالوت في حال واحدة فاستوى لاسوائهما في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في المحابة لا يصح فانها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث

﴿مسئلة﴾ (وان تساوت قسم بين الجميع بالحصص وعنه يقدم العتق) أما اذا وقعت دفعة واحدة بان وكل جماعة في هذه التبرعات فاقومها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقاً أفرعنا بينهم فكلنا العتق في بعضهم وان لم يكن فيها عتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنهم تساوا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وإنما خواف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين وسنذكر ذلك في موضعه، وان كان فيها عتق وغيره ففيه روايتان (احدهما) يقدم العتق لنا كده (والثانية) يسوى بين الكل لأنها حتموق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد لان استحقاقها حصل في حال واحدة

(فصل) إذا قال للريض اذا أعتقت سعداً فسميد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيدان خرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث الا أحدهما عتق سعد وحده ولم يفرع بينهما لوجهين (أحدهما) أن سعدا سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط امتق سعيد فلو رق بعضه فأت عتاق سعيد أيضاً لفوات شرطه وان بقي من الثلث ما يمتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال ان أعتقت سعداً فسميد وعمرو خران ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث الا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبض آخر عتق سعد وأفرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقها في حال

(فصل) فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الانسان لقوي رحمه المحرم غير ولد، لارجوع فيه ، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته بالخلاف فيما عدا هؤلاء، فنحننا لارجع الا لوالد وعندم لارجع الا الاجنبي، فأما هبة المرأة لزوجها فن أحمد فيه روايتان (أحدهما) لارجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشاذلي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة (والثانية) لما الرجوع . قال الاثرم سمعت أحمد يستل عن المرأة تهيب ثم ترجع فرأيت يجمل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث (إنما يرجع في الموهوب النساء وشرار الاقوام ، وذكرك حديث عمر : ان النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وإما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتمره فهي أحق به رواء الاثرم باسناده وهذا قول شرح والشعبي وحكام الزهرمي عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها ابو طالب اذا وهبت له مهرها فان كان لها ذلك رده اليها رضيت او كرهت

واحدة وليس عتق أحدهما شرطاً في عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشقيص في الآخر وان قال ان أعتقت سعداً فسد أفسيد حر أو فسد وعمر وحران في حال اعتاق سعداً فالحكم سواء لا يختلف لان عتق سعد شرط اعتقها فلو رق بعضه لفات شرط عتقها فوجب تقديمه فان كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ما ذكرناه (فصل) فان قال ان تزوجت فبدي حر فزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فزيادة محابة تعتبر من الثلث فان لم يخرج من الثلث الا المحابة أو العبد قدمت المحابة لانها وجبت قبل العتق لسكون تزويج شرطاً في العتق فقد سبقت العتق ويحتمل ان يتساويا لان تزويج سبب لثبوت المحابة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء، ثم هل يقدم العتق على المحابة؟ علم روايتين وهذا فيما اذا ثبتت المحابة بأن لآثر المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث أو لفارقتها اياها في حياته اما بموتها أو طلاقها أو نحوه، فاما ان ورثته تميّن ان المحابة لا تثبت لها الا باجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدماً وان قال أنت حر في حال تزويجي فزوج بأكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان تزويج جعل حالة لا يقع العتق كما في عتق سعد وسعيد وطلان المحابة لا يبطل تزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال المذكور يكون العتق سابقاً لان المحابة انما تثبت بهام تزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقاً على المحابة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته. وكونه غير وارث

(فصل) اذا أعتق المريض شقصاً من عبد ثم أعتق شقصاً من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد، الاول عتق وحده لانه يعتق حين تلفظه باعتاق بعضه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان أعتق الشقصين مما فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورق باقي العبدان وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما وان خرج الشقصان وباقي أحد العبدان ففيه وجهان (أحدهما) تكميل العتق من أحدهما (الجزء السادس)

لأنها لا تنب الا بخانة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها وان لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسااتة لها أو غضبه عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها ونسبها وانما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لسكن عن شيء منه نفسا فكلوه هيننا مريثا) وظاهر كلام الحرقى الرواية الاولى وهو اختيار أبي بكر لقرل الله تعالى (الا أن يعنون أو بهو الذي بيده عدة النكاح) وقرل تعالى (فان طبن لسكن عن شيء منه نفسا فكلوه هيننا مريثا) وعموم الاحاديث الذي قدمناها

(فصل) ولا يجوز المنتدق الرجوع في صدقته في قولهم جيبا لان عمر قال في حديثه . من وهب هبة على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها مع عمرم أحاديثا فانفق ديارهم ودليلنا لذلك اتفق قولهم وقولنا

بالقرعة بينهما كما لو أعتق العبد فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (واثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لانه أوقع عتقا مشقفاً فلم يكمله بخلاف ما لو أعتق العبد ولهذا اذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما بغير قرعة ولم نكمله من أحدهما ولو وصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقها من نثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقى أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه لان الموصي أوصى بتكميل العتق فخرى مجرى اعتاقها بخلاف التي قبلها

﴿ مسألة ﴾ (وأما معاوضة المريض بثمان المثل فتصح من رأس المال وان كانت مع وارث) لانه ليس بوصية لان الوصية تبرع وليس هذا تبرعا فاستوى فيه الوارث وغيره وبمحمل أن لا يصح لوارث لانه خصه بمن المثل أشبهه مالو حاباه

﴿ مسألة ﴾ (وان حابى وارثه فقال القاضي يبطل في قدر ما حاباه ويصح فيما عداه) مثل أن يبيع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن لانه تبرع له بنصف الثمن فبطل النصف فيما تبرع له به والمشتري الخيار لان الصفقة تبعضت في حقه

﴿ مسألة ﴾ (فان كان له شقيق فله أخذه فان أخذه فلا خيار للمشتري) لزوال الضرر عنه لانه لو فسخ البيع رجم بالثمن وقد حصل له الثمن من الشقيق

(فصل) فان باع اجنبياً وحاباه لم يمنع ذلك صحة العقد عند الجمهور وقال أهل الظاهر يبطل العقد .

ولنا عموم قوله تعالى (وأحل الله البيع ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فعلى هذا لو باع عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بشرة فقد حابى المشتري بثاني ماله وليس له الحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وان ردوا فاختار المشتري فسوخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت في حقه فان اختار امضاء البيع فقال شيخنا عندى أنه يأخذ نصف المبيع بنصف

(فصل) والهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت من الانسان مثله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في الهبة مثله أو دونه كقولنا: فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان (أحدهما) أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها. ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثواباً كحبة التل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس، فإن عرضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا غوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد، وإن خرجت منحة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له يبدلها فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح من عليه أحمد لأنه بذلك بعوض معلوم فهو كالبيع، وحكماً حكم البيع في ضمان الدرك رأيت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول أنه لا يصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها، ولنا أنه تمايك بمعرض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فإنه لو أطاق التمايك كان هبة

التمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني أنه يأخذ ثاني المبيع بالتمن كله وإلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالتمن وقال أهل العراق يقال له إن شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع وإن شئت فسخت ولا شيء لك وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث ولنا أن ما ذكرناه مقابلة بمض المبيع بقسطه من التمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعة فصح ذلك كما لو اشترى ساعتين بتمن فانفسخ البيع في احدهما لعيب أو غيره أو كالمو اشترى شقصاً وسيفاً فأخذ الشقيع الشقص أو كالمو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة: وأما الوجه الثاني الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بتمن فيأخذ بمضه بالتمن كله فلا يصح كما لو قال بتمنك هذا بمائة فقال قد قلت نصفه بها ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه بقدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه، وأما قول أهل العراق فإن فيه اجباراً للورثة على المعاوضة على غير الوجه الذي عاوض موروثهم، وأما قول مالك فلا يصح لأنه إذا فسخ البيع لم يستحق شيئاً لأن المحاباة إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل البيع بطلت كما لو وصى لرجل بيمينه أن يبيع عنه بمائة وأجر المثل خمسون فطلب المحسين الفاضلة بدون الحج. وإن اشترى عبداً يساوي عشرة بثلاثين فإنه يأخذ نصفها بنصفها وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز البيع في ثلثه بثاني التمن في قول شيخنا وعلى قول القاضي للمشتري خمسة أسداسه بكل التمن، وطريق هذا أن ينسب التمن وثلث المبيع إلى قيمته فيصح البيع في مقدار تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الأول يسقط التمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي فيصح البيع في

وإذا ذكر العوض صار بيما . قال ابو الخطاب وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا نثبت فيها أحكام البيع المختصة به ، فاما ان شرط ثوابا مجهولا لم يصح رفسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد بردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نية ملك الواهب وان كانت تالفة ود قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه لزم المقدم بذلك فانه قال في رواية محمد بن الحسن اذا قال الواهب هذا لك على أن تبيني فله أن يرجم اذا لم يشبهه لأنه شرط ، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد اذا وهب له على وجه الاثابة فلا يجوز الا أن يشبه عنها ، فلهي هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فان لم يفعل فللواهب الرجوع وبمقتضى أن يعطيه قدر قيمتها، والاول أصح لان هذا بيع فيعتبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطة فاذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطة مع التراضي بها وان لم يحصل التراضي لم تصح لعدم المقدم فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعطاة مع التراضي ، والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب

قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثاني الثمن فان خالف البائع عشرة أخرى فملى الوجه الاول يصح في ثمانية اتساعه بثمانية اتساع الثمن وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة اتساعه بجميع الثمن

﴿ مسألة ﴾ (وان باع المريض اجنبياً وحاباه وكان شفيعه وارثاً فله الاخذ بالشفعة)

لان الحماة لغيره يعني اذا باع شقياً نجب فيه الشفعة لان الحماة انما وقعت للاجنبي فأشبهه ما لو وصى لغيره وارثه وبمقتضى أن لا يملك الوارث الشفعة ههنا لانفضائه الى جمل سبيل الانسان الى اثبات حق وارثه في الحماة وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه في الشفعة

﴿ مسألة ﴾ (ويترى الثالث عند الموت لانه وقت لزوم الوصية واستحقاقها وتثبت له ولاية القبول والرد فلو أعتق عبداً لا يملك غيره ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبيناً أنه عتق كله لخروجه من الثالث عند الموت وان صار عليه دين يستترقه لم يتبق منه شيء لان الدين يقدم على الوصية لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية وبمقتضى أنه عتق ثلثه لان تصرف المريض في اثنتي كتنصرف الصحيح في الجميع

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء (أحدها) انه يبدأ بالاول فلاول منها والوصايا يسرى بين المتقدم والمتأخر منها) أما العطايا فقد ذكرنا حكمها والخلاف فيها ، وأما الوصايا فانها تبرع بعد الموت فتؤخذ دفعة واحدة ولذلك استمرى فيها المتقدم والمتأخر ، (الثاني) انه لا يجوز الرجوع في العطية بخلاف الوصية لان العطية تقع لازمة في حق المعطي تنتقل الى المعطي في الحياة اذا اتصل بها القبول والقبض وإن كثرت فلم يكن له الرجوع فيها كالهبة وانما منع المريض من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة لا لحقه فلم يملك اجازتها ولا ردها بخلاف الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية فهي كالهبة قبل القبول ،

هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها . وروى معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا وقد روى أبو هريرة أن اعرابيا وهب للنبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كلت تسعا قال رضيت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لقد هممت أن لا أتعب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي أو دومي » من المسند ، قال أحمد إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو

(الثالث) أنه يعتبر قبوله للعطية عند وجودها وينتقر إلى شروط الهبة المذكورة لأنها هبة منجزة فاعتبرها القبول عند وجودها كعطية الصحيح بخلاف الوصية فإنه لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت على ما يأتي (فصل) والعطية تقدم على الوصية وهو قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فإنه حكى عنهم تقديمه لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه . ولنا أن العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة أو قدمت على العتق كعطية الصحة

(الرابع) أن الملك يثبت في العطية من حينها ويكون مراعى فإذا خرج من الثلث عند الموت تبيننا أن الملك كان ثابتاً من حينه لأن العطية في المرض تملك في الحال لأنها إن كانت هبة فقتضاها تملكه الموهوب في الحال ولهذا يعتبر قبولها في المجلس كما لو كانت في الصحة ، وكذلك إن كانت محاباة أو اعتاقاً وأما كونها مراعاة فلا نأخذ إلا ما نعلم هل هذا مرض الموت أو لا ولا نعلم هل يستزيد مالا أو يتنف شيء من ماله أو لا فترققنا لنعلم عاقبة أمره فنعمل عليها فإذا انكشف الحال علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد ، ومثل ذلك ما لو أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فانا لا ندرى هل يسلم الثاني أم لا فننفذ الأمر حتى تنقضي العدة فإن أسلم الآخر في العدة تبيننا أن النكاح كان صحيحاً باقياً وإن انقضت العدة قبل إسلامه تبيننا أن النكاح انفسخ من حين اختلاف دينهما

(مسألة) (فلو أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لانسان ثم كسب في حياة سيده شيئاً ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان موهوباً والموهوب إن كان موهوباً ، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك)

إذا أعتق عبداً لا مال له سواء فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فلا يبد من كسبه بقدر ما عتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد ويزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه فيدخل الدور فيستخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لأن كسبه مثله ولورثة من العبد شيئان لأن لهم مثلي ما عتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار للعبد شيئان

غلاما استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان اصاحبه

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا قال داري لك عمري أو هي لك عمرك فهي له ولورثته من بعده)

العمري والرقبي نوعان من الهبة يفترقان إلى ما يفترقا إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والتبعض أو ما يقرم مقام ذلك عند من اعتبره، وضرورة العمري أن يقول الرجل أمرتك داري هذه أو هي لك عمري أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا، سميت عمري لتأييدها بالعمري، والرقبي أن

ولورثة شيثان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصين فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه ولورثة نصفهما، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيثان صار له ثلاثة أشياء، ولهم شيثان فيقسم العبد وكسبه أخماساً يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه ولورثة خمسة وخمسة كسبه وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله من كسبه ثلاثة أشياء، مع ما عتق منه ولورثة شيثان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولورثة ثلثهما، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله من كسبه نصف شيء، ولهم شيثان فالجميع ثلاثة أشياء، ونصف شيء، فإذا بسطها انصافاً صارت سبعة فله ثلاثة أسباعها فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي لورثة وذلك مثلاً ما عتق منه

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان موهوباً لإنسان فلا وهو ب له من العبد بقدر ما عتق منه وله من كسبه بقدر ذلك) فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيثان فقد عتق منه مائة وله من كسبه تسعة أشياء، ولهم مائتا شيء، فيعتق منه مائة جزء، وتُدعى أجزاء من الثلثة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من كسبه، فإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفاً في الدين ولم يعتق منه شيء، لأن الدين مقدم على الزرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفاً من العبد وكسبه ما يقضى به الدين وما بقي منهما يقسم على ما يجرى في العبد الكامل وكسبه، فعلى هذا لو كان على الميت دين بقيمة العبد صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقدم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين وكذلك بقية الكسب، فإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال بقدر الكسب قسمت العبد ومثل قيمته على الأشياء الأربعة لكل شيء، ثلاثة أرباع فيعتق من العبد الثلثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه (فصل) (وإن أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته أكلات الحربية في العبد الأول فيعتق منه شيء، وله من كسبه شيء، ولورثة شيثان ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة لكل شيء، خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي للورثة، وإن بدأ بعتق الأذن عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه

يقول أرتبك هذه الدار أو هي لك حيانك على أنك ان مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك واعتبك فكانه يقول هي لاخرنا موتنا وبذلك سميت رقي لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وكلاهما جائز في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تعمروا ولا ترقبوا »

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « العمري جائزة لاهلها والرقي جائزة لاهلها »
رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، فاما النهي فلما ورد على سبيل الاعلام لهم انكم إن أعمرتم أو أرقبتم بعد للعمير والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء . وسياق الحديث يدل عليه فانه قال « فمن

بينهما نصفين فيعتق ربه، وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلاما عتق
منهما، وإن أعتق العبدين دفعة واحدة أفرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فهو كما لو بدأ باعتاقه
(فصل) فان أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل
قيمه أفرعنا بينهم لخراج الدين، فان وقعت على غير المكتسب عتق كاه والمكتسب وماله للورثة
وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وبقي كسبه
والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته، ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على
المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أفرعنا بين باقيه وبين العبد الآخر في الحرية
فان وقعت على غيره عتق كاه وللورثة ما بقي، فان وقعت على المكتسب عتق باقيه وأخذنا بقي كسبه
ثم يفرع بين العبدين لاتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ويبقى ثلثاه والعبد الآخر للورثة
(فصل) رجل أعتق عبدين مائة مائة القيمة بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ثم مات أحدهما في
حياته أفرع بين الحي والميت، فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين ان الميت نصفه حر لأن مع
الورثة ثلثي نصفه، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواء قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي
لسيده بالولاء وتبين انه مات حراً، وكذلك إن خلف أربعين وبناتاً وإن خلف عشرة عتق منه شيء
وله من كسبه شيء وسيده شيان وقد حصل في يد سيده عشرة فعادل ستين فتبين ان نصفه حر
وباقيه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء، فان خلف العبد ابناً فله من
رقيقته شيء، ومن كسبه شيء لابنه بالميراث وسيده شيان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد
ثلثها وتبين انه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتاً فلها نصف شيء وللسيد شيان فصارت العشرة
على خمسة، للبنت خمسة وللسيد أربعة أخماسها فعادل ستين فتبين ان خمسي العبد مات حراً،
وإن خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شيان يكونان لابنه وللسيده شيان فصارت العشرة
بين السيد وبين ابنة نصفين وتبين انه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد كان ابن معتقة

أمر عمري فهي لمن أعرها حيا وميتا وعقبه ، ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فان النهي إنما يمنع صحة ما يفيد النهي عنه فائدة ، أما إذا كان صحة النهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالأطلاق في زمن الحيض وصحة العمري ضرر على العمر فان ملكه يزول بغير عرض . إذا ثبت هذا فان العمري تنقل الملك الى المعمر وبهذا قال جابر بن عبدالله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي

وقال مالك والابن العمري تملك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال وبكره . للمعمر السكنى فإذا مات عادت الى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكنها لهم فإذا انقرضوا عادت الى المعمر

ورثه السيد لاننا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلاً قيمته فعنق وجرراً ولا ابنه الى سيده فورثه ، وإن لم يكن الابن ابن معتقة لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئاً أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاه الابن اليه لأن الأب لم يعنق ، وإن عنق بعضه جر من ولاه ابنه بقدره ، فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فاذك تقول عنق من العبد شيء وبجر من ولاه ابنه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسة وها بعدلان شيئين وبقي العشرة أولى أمه فيقيم بين السيد وبين مولى الأم نصفين وتبين أنه قد عنق من العبد نصفه ويحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلاً ما عنق من العبد ، فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكنا بعنق الأب أو عنق بعضه ورث مال أبيه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً ، وفي هذه المسائل خلاف تركها ذكره مخافة التطويل

(مسألة) (وإن أعتق جارية لا مال له غيرها ثم وطئها ومهر مئتها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها) يعنق منها ثلاثة أسباعها وقد ذكرناه

(فصل) وان وهبها مريضاً آخر لا مال له غيرها ثم وهبها الثاني للاول وماتا جميعاً فنقول صححت هبة الاول في شيء وعاد اليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الثاني ثلثا شيء ولورثة الاول شيئين فاضربها في ثلثه لزوال الكسر يكن ثمانية أشياء تعدل الامة الموهوبة فلورثة الواهب الاول ثلاثة أرباعها ستة ولورثة الثاني ربعها شيئين وان شئت قلت المسئلة من ثلاثة لان الهبة صححت في ثلث المال وهبة الثاني صححت في ثلث الثلث فتكون من ثلاثة اضربها في أصل المسئلة تكن تسعة أسقط السهم الذي صححت فيه الهبة اثنان لاتنا لو رددناه على الاول لوجب رده على جميع السهام الباقية إذ يلزم من زيادة الباقي للواهب الاول زيادة الجزء الذي صححت فيه الهبة الاولى فيسقط كما يسقط الباقي في مسألة الرد إذ الهبة في إسقاطه ثم أتنا لو رددناه لرددناه على جميع السهام بالسوية فإذا أسقطنا ذكره عاد على جميع السهام كذلك ههنا إذا أسقطنا هذا السهم بقيت المسئلة من ثمانية كما ذكرنا

واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال : سمعت مَحْمُولًا يسأل القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال ابراهيم بن اسحاق الحربي عن ابن الاعرابي لم يخلف العرب في العمري والرقبي والافتار والابخال والمنحة والعربة والعاربة والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التملك لا يتأقت كالمو باعه الى مدة فاذا كان لا يتأقت حمل قوله على تملك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ما روى جابر قال : قال النبي ﷺ « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أمر

(فصول في هبة المريض)

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتاً فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع اليه بالمراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صاد معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك رجع الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثمانون وبقي لورثة الموهوب له عشرون وطريقها بالباب ان يأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة فيأخذ ثلثه اثنين ويلقى نصفه سها يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة بينهما على خمسة والسهم الذي أسقطه لا يذكر لانه يرجع على جميع السهام الباقية بالتسوية فيجب اطراحه كالسهم الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد ولو ترك ابنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سها يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له وتبقى ستة للواهب وهي مثلا ما جازت الهبة فيه وان خلف امرأة وبناتاً فمستلتها من ثمانية فضرها في ثلاثة تكن اربعة وعشرين يسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال ويأخذ ثلث الاربعة والعشرين وهي ثمانية يلغى منها الثلاثة يبقى خمسة في الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) وان وهب رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب اربعون الا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين أجبر وقائل يخرج الشيء خمس ذلك وعشرة وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للوارث ثلاثة أخماسه وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها وهو ستة ولو كان الواطئ أجنبياً فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له الا أن تعود الهبة فيما زاد على الثلث منها موقوف على حصول المهر من الواطئ فان لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكما حصل من شيء فقدت الهبة في الزيادة بقدر

عمري فهي الذي أمرها حيا وميتا ولعقبه « رواه مسلم . وفي انظر قضى رسول الله ﷺ بالعمري لمن وهبت له « متفق عليه . وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا رقي فن أرقب شيئا فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العمري للوارث وقد روى مالك حديث العمري في موطنه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعي اجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعرابي أنها عند العرب تملك المنافع لا يضر

ثلاثة فان وطئها الواهب فعلها من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليه عقر الذي جازت الهبة فيه ثلاثة فان أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسها (فصل) وان وهب مريض عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له اما أن تقديه واما أن تسلمه فان اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لا تنقص الهبة وذلك لان العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين ان الهبة جازت في نصفه فان اختار فداء ففيه روايتان احدهما يفديه باقل الامرين من قيمة نصيبه فيه اوراش جنايته والاخرى يفديه بقدر ذلك من أرش جنايته بالغة ما بلغت فان كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء ويدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين ان الشيء نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار دفعه فان الهبة تجوز في شيء ويدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسها ويرد اليهم ثلاثة اخماسه لا تنقص الهبة وخمسها من اجل جنايته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وان اختار فداءه فداه بخمسي الدية او اقل وقلنا يفديه بأرش جنايته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها أكثر من مثلي قيمته وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختر فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء يعدل ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلثا ارباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه فان ترك الواهب مائة دينار فاضمها الى قيمة العبد فان دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لا تنقص الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وذلك ما جازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يقدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة بصر ذلك سبعة أثمان العبد يفديه سبعة أثمان الدية (فصل) في إعتاق المريض : مريض أعتق عبداً لا مال سواه قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجنا

إذا قتلها الشرع الى تملك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ، ونقل الظهار والايلاء من الطلاق الى أحكام مخصوصة قولهم ان التملك لا يتأقت فانا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تملكاً مطلقاً

(فصل) إذا شرط في العبري أنها للمعبر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعبر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها وإذا أطلقها فهي للمعبر وورثته أيضاً لأنها تملك للرقبة فأشبهت الهبة فان شرط انك إذا مت فهي لي فمن اهدر وايتان (إحداهما) صحة العقد والشرط متى مات المعبر رجعت الى المعبر وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قيسط والزهرري ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن ابي ذئب ومالك وابي ثور وداود وهو أحد

نصف قيمته عليه لان عليه من ارش جنائته بقدر ما عتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه شيء . للسيد فصار مع السيد عبد إلا شيئاً وشيء يعدل شيئاً فأسقط بشيء بقي مامعه من العبيد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ، وإن كانت قيمة العبد مائتين عتق خمسه لانه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء . للسيد فصار للسيد نصف شيء . وبقية العبد تعدل شيئاً فتكون بقية العبد تعدل شيئاً ونصفاً وهو ثلاثة أخماسه والشئ الذي عتق خمسه ، وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مشلاه أو أكثر ، وإن كانت قيمته شيئاً قلنا عتق منه شيء وعليه شيء . وثلاثاً شيء . للسيد مع بقية العبد تعدل شيئاً فبقية العبد إذا نلت شيء . فاعتق منه ثلاثة أربابه وعلى هذا القياس إلا ان مازاد من العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما اذا مذهب عبداً وله دين في ذمة غريم له فكما اقتضى من القيمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فغنى الأدنى على الارفع جنابة نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في جنابة السيد ثم مات أفرعنا بين العبيدين فان وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه من أرض الجنابة مثل ذلك وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنابته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلاً ما عتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه نصف شيء . لان جنابته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء . وبقية العبد تعدل شيئاً فعلت ان بقية العبيد تعدل شيئاً ونصفاً فاذا أضفت الى ذلك الشئ الذي عتق صاراً جميعاً يعدلان شيئاً ونصفاً ، فالشئ الكامل خمسهما وذلك أربعة أخماس أحدهما ، وإن وقعت قرعة الحرية على المحني عليه عتق ثلثه وله ثلث أرض جنابته يتعلق برقبة الجاني وذلك نسح الدية لان الجنابة على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق ، والواجب من الارش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيد مال سواء فيعتق ثلثه ويرق ثلثه فان أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون والآخر قيمته ثلاثون فغنى الأدنى على الارفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أفرعنا بينهما فان خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء . فبعد الجهر تبين أن العبيد شيئان وثلثان فالشئ ثلاثة أثمانهما وقيمتها

قولي الشافعي لما روى جابر قال : إنما العمرة التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . وروى مالك في موطنه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل أعر عمرى له ولعقبه فإنها لذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاه » لأنه أعطى عطاء . وقعت فيه الموارث . وقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم (والرواية الثانية) أنها تكون للمعمر ولورثته ويسقط الشرط وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب الأحاديث المطلقة التي

سبعون ثلاثة أمانهما ستة وعشرون وربع وهي من الأذني نصفه وربعه وثمانه ، وإن وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجنابة أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق وقد ثبتت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبد من أجل وجوب الارش للسيد تكون الزيادة ، وقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

(مسألة) (وإن باع مريض قفيزاً لا يملك غيره يساري ثلاثين بقفيز يساري عشرة

وهما جنس واحد فيحتاج إلى تصحيح البيع في جزء منه مع التخلص من الزبا لكونه يحرم التفاضل بينهما فالطريق في ذلك أن يسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد ثم ينسب الثلث إلى ما بقي وهو عشرة من عشرين وذلك نصفها فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء . ويبطل فيما بقي (وطريق الجهر أن تقول يصح البيع في شيء من الأرفع بشيء من الأذني وقيمه ثلث شيء فتكون المحابة بثلثي شيء ألقها من الأرفع يبقى قفيز الأثني شيء يعدل مثلي المحابة وذلك شيء ، وثالث فإذا جبر به عدل شيئين والشيء نصف القفيز فإن كانت قيمة الأذني خمسة عشر فإذا أسقطت قيمة الرديء من قيمة الجيد يبقى خمسة عشر إذا نسبت إليهما الثلث يكن ثلثها فيصح البيع في ثلثي الجيد بثلثي الرديء ، فحصلت المحابة بعشرة وذلك ثلث المال . فإن كان الأذني يساوي عشرين صححت في جميع الجيد بجميع الرديء .

(مسألة) (وإن أصدق امرأة عشرة في مرضه لا مال له غيرها)

وصداق مثلها خمسة ثم ماتت قبله ومات بعدها ولا مال لها سوى ما أصدقها أدخلها الدور فنقول لها خمسة بالصداق وشيء بالمحابة ويبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء ورجع إليهم بموتها نصف ذلك وهو اثنان ونصف ونصف شيء . صار لهم سبعة ونصف الألف شيء . يعدل شيئين أجبرها بنصف شيء وقابل فزد على الشيتين نصف شيء . يبقى سبعة ونصف تعدل شيئين ونصفاً فالشيء ثلاثة فلورثته ستة ولورثتها أربعة لأنها كان لها خمسة وشيء . وذلك ثمانية رجوع إلى ورثته نصفها وهي أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة على ما ذكرنا فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف إلا نصف شيء . تعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحابة جميعها ورجع جميع ما أحابها به إلى ورثة

ذكرناها وقول رسول الله ﷺ « لا رقبي فمن أرقب شينانمو له في حياته وموته » وقال مجاهد الرقبي أن يقول هي للآخر مني ومنك موتا

وروى الامام أحمد بإسناده عن النبي ﷺ انه قال « لا عمرى ولا رقبي فمن أقرق شينا أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في إبطال الشرط لان الرقبي يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به فنقول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال « أمسكوا عليكم أموركم ولا تفسدوها فانه من أقرق عمرى فهي لذي أقرقها حيا ومينا ولعقبه » ولأننا لو أجرنا هذا الشرط كانت هبة مؤقنة والهبة لا يجوز فيها التأقنت ولم يفسدها الشرط لانه

الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها فان كان للمرأة خمسة ولم يكن لزوج شيء . قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء . يعدل شينين فالشيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمستها أربعة عشر رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ، وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء . يعدل شينين فالشيء ديناران وخمسان والباب في هذا أن ينظر ما يبقى في بدورثة الزوج فخمسة هو الشيء الذي صححت المحاباة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شينين ونصفا ، والشيء هو خمساها ، وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي

(مسألة) (وان مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة)

لان حكمها في المرض حكم الوصية في أنها لا تصح لو ارث وعنه تعتبر المحاباة من الثلث لانها محاباة لمن تجوز له الصدقة عليه فاعتبرت من الثلث كمحاباة الاجنبي الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم رجع عنه (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ولو ملك ابن عمه فأقر في مرضه انه أعتقه في صحته وهو وارثه عتق ولم يرث ذكره ابو الخطاب لانه لو ورثه كان اقراره لو ارث فيبطل عتقه لانه مرتب على صحة الاقرار ولا يصح الاقرار لو ارث واذا بطل عتقه سقط الارث فعلى هذا ثبتت الحرية ولا يرث لان تورثه بفضي إلى اسقاط تورثه وبمحتمل أن يرث لانه حين الاقرار لم يكن وارثا فوجب أن يرث كما لو لم يصر وارثا وعلى قياس ذلك لو اشترى دار حمة المحرم في مرضه وهو وارثه أو وصى له به أو وهب له قبله في مرضه فالحكم في ذلك كالمسئلة قبلها سواء لما ذكرنا وذكر شيخنا أنه إذا ملكه بغير عوض كالمبة والميراث انه يعتق ويرث المريض إذا مات وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث كما قال ابو الخطاب لان عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لانه لو كان وصية لا يعتبر من الثلث كما لو اشترى وجعل أهل العراق عتق الموهوب وصية يعتبر خروجه من الثلث ، وان خرج من الثلث ، يتق وورث ، وان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد بمقتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ليس بشرط على المعمر وإنما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعنود معه لم يؤثر فيه وأما قوله في الحديث الآخر أنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ أنه قضى فيمن أهرى هري له ولعقبه فهي له بنته لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مشنوبة . قال أبو سلمة لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث

(فصل) والرقبي هي أن يقول هذا لك عمرك فان مت قبلي رجعت إلي وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لآخرنا موتا وكذلك فسرها مجاهد سميت رقبي لان كل واحد منها بزقب موت صاحبه ، وقد

ولنا أن الوصية هي التبرع بهطية أو اتلاف أو السبب إلى ذلك ولم يوجد واحدا منهما لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبة ليس بهطية ولا اتلاف للماله إنما هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله فأشبهه بقوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فإنه تضييع للماله في ثمنه قال القاضي هذا المذكور قياس قول احمد لأنه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم تكن وصية لان الوقف ليس بماله لانه لا يباع ولا يورث قال الخبري هذا قول احمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن احمد خلافه فاما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي ان حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما يه من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه ، وقال ابو يوسف ومحمد لا وصية لو ارث ويختصم بقيمته من ميراثه وان فضل من قيمته شيء سعي فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كلوه هوب والموروث وهو قياس قول احمد لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازه الوارث فهذا أولى لان العبد لا يملك رقبة فيجعل ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية لابائهم لانه قد عاوض عنه وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن بنته فاعلمه ذلك الميراث واختلاف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم إذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا ، وقيل يعتق ولا يرث لانه لو ورث اصارت وصية لو ارثه فتبطل وصيته ويبطل عتقه وارثه فيفضي توريثه الى ابطال توريثه فكان ابطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل لان ثمنه وصية والوصية بقف خروجها من الثلث أو اجازة الورثة ، واليهم عنده لا يجوز أن يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنته قبله بقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فانه يعتق وله مائة ولاخيه مائة وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي ، وقيل على قول الشافعي لا يرث والمثتان كلها للابن الآخر ، وقال ابو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويختصم بقيمة نصفه الباقي من ميراثه ، وإن كانت قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة

روي عن أحمد أنه قال : هي أن يقول هي لك حياتك فإذا مات فهي لفلان أو هي راجعة إلى والحكم فيها على ما تقدم ذكره وإنما كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر ، وقال على رضي الله عنه العمرى والرقبي سواء . وقال طاووس من أقرب شينا فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهري الرقبي وصية يعني أن معناها إذا مات فهذا لك ، وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبي باطلة لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبي ولأن معناها أنها للأخر منا وهذا تملك معلق بخاطر ، ولا يجوز تعليق التملك بالخاطر .

بينه وبين أخيه وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لأنه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع الرجل يعتق أمته على أن تزوجه ، والمرأة تعتق عبدا على أن يتزوجها فيأبى ذلك ، والعبد المرهون بعتمقه سيده والمشتري للعبد نصفه قبل قبضه وهما معسران في هذه المواضع يسمى كل واحد في قيمته وهو حر يرث وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لأخيه فإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك وإن كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك وعلى قول القاضي يعتق ثلثه في أحد الوجهين وهو قول مالك وفي الآخر يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين ، وإن ترك مالا يخرج من ثلثه عتقن وورثن ، وقال أبو حنيفة إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسمى كل واحدة من الأخت للاب والأخت من الأم في نصف قيمتها للأخت للابوين وإنما لم يرثا لانهما لو ورثتا لكان لهما خمس وذلك رغبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليها سعاية وإذا بقيت عليها سعاية لم يرثا وكانت لها الوصية وهي رغبة بينهما نصفين وأما الأخت للابوين فإذا ورثت عتقت لأن لهما ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها وقال أبو يوسف ومحمد يعتقن وتسمى كل واحدة من الأخت للاب والأخت للأم والأخت من الأخت من الابوين في خمسي قيمتها لأن كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رغبة وعلى قول الشافعي لا يعتقن

(فصل) وإذا اشترى المريض أباه بالف لا مال له سواء ثم مات وخلف ابناً فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق الباقي على الابن لأنه جده ويكون ثلث ولأنه للمشتري وثلثاه لابنه ، وهذا قول مالك وقيل هو مذهب للشافعي ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لأنه ورثه ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي يفسخ البيع إلا إن يميز الابن عتقه وقيل يفسخ في ثلثيه ويعتق ثلثه وللبائيم الخيار لتفريق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لأنه متلف فإن ترك الفين سواء عتق كله وورث سدس الالفين والباقي للابن ، وبهذا قال مالك

ولنا مارويناه من الاخبار ، وحديثهم لانعرفه ولا نسلم أن معناها ما ذكره بل معناها أنها لك حياتك فان مات رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ، ان مات المرقب قبله وهذا بين تأكيدها على العمرى

(فصل) وتصحح العمرى في غير العقار من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات ، وقد روي عن أحمد في الرجل بعمر الجارية فلا أرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لان الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمرى وجعلها بعضهم بمالك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها كان جائزاً

وأبو حنيفة وقيل نحوه قول الشافعي وقيل على قوله يعق ولا يرث وقيل شراؤه مفسوخ وقال أبو يوسف ومحمد يرث الاب سدس التركة وخمسائة يحتسب بها من رقبته ويسعى في نصف قيمته ولا وصية له فان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء في الوجه الاول وفي الثاني يعق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت ولأؤه بينهما أثلاثا ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الاب ، وقال أبو حنيفة يعق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثه للاب ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه فان ترك الفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين والاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد للاب سدس التركة وخمسائة وباقيها للابن يعق منها ويأخذ الف وخمسائة وان خرج مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعق كله ويرث منه كأنه حر الأصل على الوجه الثاني يعق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فان لم يخلف المشتري الا اخرا ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثه ثم يعق عليه وقال أبو حنيفة يعق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثه وقال أبو يوسف ومحمد يعق كاه ولا سماية وان خلف الفين سواء عتق وورث الالفين ولا شيء نلاخ في الاقوال الا فيما قيل على قول الشافعي انه يعق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمه ثلثا الالف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حباه ولم يبق من التركة سواء فيكون له ثلثه وهو تسع الف ويرد التسعين فتكون بين الاثنين ، وعلى الوجه الثاني يعق ثلثه ويرث اخوه ثلثه ويمتق عليه وللبائع ثلث الحباية ويرد ثلثها فيكون ميراثا ، وقال أبو حنيفة الثلث للبائع ويسعى المشتري في قيمته لآخيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في نصف رقبة ويرث نصفها وقال الشافعي الحباية مقدمة لتقدمها ويرث الابن الحر اخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثه ويمتق ثلثه ولا تقدم الحباية لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلاثة آلاف فعلى الوجه الاول يعق من رأس المال وتتفد

(فصل) وان وقت الهبة الى غير العمري والرقي فنال وهبتك هذا لسنة أو الى أن يقدم الحاج أو الى أن يباغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لانها لا رقة فلم تصح موقفة كالبيع وتفارق العمري والرقي لان الانسان إنما يملك الشيء . عمره فإذا ملكه عمره فقد وقته ، بما هو موقته به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق ، وان شرط رجوعها اليه بعد ذلك كان شرطاً على غير الموهوب له بخلاف غيره

(مسألة) قال (وان قال سكنها لك عمرك كان له أخذها أي وقت أحب لان السكنى

ليست كالعمري والرقي)

أما اذا قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو سكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعهود لازم لانه في التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستر في بعضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم الا في قدر ما قبضه

الحباة في تلك اباقي وهو تسعا الالف ويرد البائع أربعة اتساع الالف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) يقدم العتق على الحباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة اتساعها كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالحباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن في قيمته لآخيه في قول أبي يوسف ومحمد يرده البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع المشتري للابن الحر وقيل غير ذلك وان اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمه ثلاثة آلاف فن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه إلا في قول الشافعي ومن وافقه فان الحر يملك بقية أخيه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن وذلك تسعا رقبته لانه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثيه وقيل في جميعه ، وقال أبو حنيفة يسعى لآخيه في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فان ترك الفين سواء عتق كله لان التركة هي الثمن مع الابنين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الالفين وهو قول للشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لآخيه في ألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لآخيه في خمسمائة والالفان لآخيه في قولهم جميعاً

(فصل) ولو اشترى المريض ابني عم له بالف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فاعتق احدهما ثم وهبه اخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولا فان قياس قول القاضي ان شاء الله انه يعتق ثلثا المعتق الا ان يحجز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية اتساعه يبقى تسعة وثلثا أخيه للمولى ويحتمل ان يعتق كله ويرث اخاه فيعتقان جميعاً لانه يصير بالاعتاق وارثاً لثاني التركة

منها واسترفاه بالسكنى والمسكن الرجوع متى شاء وأبهما مات بطلت الاباحة وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن حفصة ، وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمري تكون له والهبة لأنها في معنى العمري فيثبت فيها مثل حكمها ، وحكي عن الشعبي أنه إذا قل هي لك أسكن حتى موت فهي له حياته وموته وإن قال داري هذه أسكنها حتى موت فانها ترجع إلى صاحبها لأنه إذا قل هي لك فقد جعل له رقبته فتكون عمري فإذا قال أسكن داري هذه قائماً جعل له نفها دون رقبته فتكون عارية ولنا أن هذا اباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعارية وفارق العمري قائماً هبة للرقبة فأما إذا قال هذه

فتنفذ اجازته في اعتاق باقيه فتكفل له الحرية ثم بكل له الميراث وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثه ولا يرث لأنه لو ورت لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل أثره فيؤدي تورثه إلى ابطال تورثه وهذا قول الشافعي ويقتضيه وأبن العم الآخر للمولى وقال أبو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسمى في قيمة ثلثه ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكون أحق بالميراث من المولى فإن كان للميت مال سواهما أخذنا ذلك المال بالميراث ويفرم المعتق لأخيه الموهوب نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه لأن عتق الأول وصية ولا وصية لو ارث وقد صار وارثاً مع أخيه فوثر نصف قيمة رقبته ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له فيعتق بقرابته له ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه وأما قول أبي حنيفة فإن كان الميت لم يدع وارثاً غيرها عتق وغرم الأول لأخيه نصف قيمة أخيه ولم يفرم له نصف قيمة نفسه لأنه إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته لأنها لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول لأنه متى بقيت عليه سبابة لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن تنفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بعنته وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لأن الميت إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعاً ويرجم الثاني على الأول بنصف قيمته لأنه يقول قد صرت أنا وانت وأرثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية فعتقت من قبلك فاضن لي نصف رقبتي فإن كان معسراً أو هناك مال غيرها أخذ الثاني نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميزاناً لأخيه الأول

﴿مسألة﴾ (ولو اعتق أمته وتزوجها في مرضه فنقل المروذي عن أحمد أنها تراث اختاره القاضي ، وقال الشافعي لا تراث لأن تورثها يفضي إلى ابطال عتقها لأنه وصية وإبطال عتقها يبطل تورثها .

ولنا أن العتق في هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالمفوض عن العمد في مرضه فإنه لا يسقط ميراثه ولا يبطل الوصية

لك اسكنها حتى تموت فإنه يحتمل لك سكنها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبهه ما لو قال هذه لك سكنها ، وإذا احتمل أن يرصد به الرقبة واحتمل أن يرصد السكنى فلا تزبل مدلكه بالأحتمال

(فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك الهبة أو باعها به فقد صحيح مع

(مسئلة) (ولو أعتقها وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لآمال له سواها وما مهر مثلها ثم مات صح العتق ولم تستحق الصداق لثلاثي يفضي إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها وقال القاضي تستحق المائتين وتعتق) لان العتق وصية لها وهي غير وارثة والصداق استحقته بسبق المعاوضة وهي تنفذ من رأس المال فهو كما لو تزوج أجنبية وأصدقها المائتين وقال أصحاب الشافعي يسقط مهرها ولا يرث لكونها لا تخرج من الثلث وسقوط العتق في بعضها يبطل مهرها ويسقط نكاحها فأسقطنا المهر والميراث وأنفذنا العتق والنكاح قال شيخنا وهذا أولى من القول بصحة العتق والصداق جميعاً لانه يفضي إلى القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع المال ولا خلاف في فساد ذلك ولو أصدق المائتين أجنبية صح وبطل العتق في ثلثي الامة لان الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته لم ينفذ من عتق الامة الا الثلث وإذا بطل بعض عتقها بذهب المائتين إلى غيرها فأولى أن يبطل بذهابها إليها وبطلان عتقها يبطل نكاحها فاقول بسقوط المهر وحده أولى

(مسئلة) (وان تبرع بالثلث ثم اشترى أباه من الثلثين وله ابن فعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي للملاب سدسه وباقيه للابن وعلى قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق الاب لان تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث ويقدم الاول قالال وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه إنما عتق بعد الموت وان وهب له أبوه عتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعناق باقول بدليل نفوذه في حق الصبي والمجنون فأولى أن لا ينفذ باقول والله سبحانه وتعالى أعلم

فصول في تصرف المريض

(فصل) إذا أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالتكاح صحيح في الظاهر فإذا مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها ان كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعا ويرق أربعة أسباعا وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء ولورثة شيئان فيجمع

علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه عالما بأنه ملكه ، وان كان يعتقد صحة العقد الاول ففي صحة الثاني وجهان (أحدهما) صحته لان تصرفه صادق ملكه وتم بشرطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفا يعتقد فساده ففسد كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لا يبه فبان أنه قد مات وملكها باليراث

ذلك فيكون ثلاثة أشياء. ونصفا تبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولم أره ولا شيء. للمبت سواها فتجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي لورثته وان أحب لورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها وهو سبعة. ويعتق منها سبعة ما ويسترقوا خمسة أسباعها فلم ذلك وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة بحسب مهرها من قيمتها وإياها ثلث الباقي ويسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها فان كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها اعتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال وان دخل بها اعتق منها ثلاثة أسباعها وإياها ثلاثة أسباع مهرها وإنما قل العتق فيها لانها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فاعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها وطريق حسابها أن تقول عتق منها شيء وإياها بمهرها نصف شيء. ولورثته شينان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشيء سبعة ما وسبعة نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعه فان كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها اعتق ثلثها ورق ثلثها وطل نكاحها وان كان دخل بها اعتق أربعة أسباعها وإياها أربعة أسباع مهرها ويبقى لورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وهو يعدل مثلي ما اعتق منها وحسابها أن تبطل السبعة الأشياء. معادلة لها وقيمتها فاعتق منها بقدر سبعة الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبعة الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها فان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها وان أبت أن تستطه لم ينفذ عتقها وبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فيبغي أن يقضي بعقدها ونكاحها ولا مهر لها لان إيجابه يفتي الى إسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها فإسقاطه وحده أولى وان كان دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها وإياها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعة ونكاحها ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطنها كان العمل فيها في هذه المواضع كما لو تزوجها وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي في هذه المسئلة التي قبل الأخيرة ما يقتضي صحة نكاحها وعتقها مع وجوب مهرها فيما اذا عتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهو مهر مثلها وهو. يذكر في هذا الباب وقال أبو حنيفة فيما اذا ترك مثلي قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطي مهرها وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسمى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فان خاف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصدقها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو

أو غصب عينها فباعها يستقدها مفسومة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين قال القاضي أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يستقدها أجنبية فبان أمر أنه أو واجه بالعتق من يستقدها حرة فبان أمته ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان وللشافعية في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم

قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا ترث وهو مقتضى قول الحرقى لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً ثمة عشرة ونزوها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة انقضت قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة فيكون ذلك هو التركة وترث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا ذهب أبي حنيفة وقال أصحابه بحسب عليه قيمته أيضاً ويضم إلى التركة ويبقى للورثة ستون وقال الشافعي لا ترث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الحرقى إن شاء الله تعالى

(فصل) فأما إن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف علمناه فأما إن أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه عتقت وورثت في اختيار أصحابنا وقول أبي حنيفة ونقله المروذي عن أحمد كما لو كان عتقها في صحته وقال الشافعي لا ترث وقد ذكرناه



كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره، قال الخليل بن أحمد القطة بفتح القاف اسم للملتقط لان ما جاء على فملة فهو اسم للفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهمزة واللقطة بسكون الناف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والمزاة الذي بهزأ به، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضا والاصل في القطة ماروي زيد بن خالد الجهني قال: مثل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاهار عفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنقها وتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الابل فقال « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانها هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه، والوكاء الحيط الذي يشد به المال في الخرقه والمفص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره. قاله أبو عبيد والاصل في المفاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة قوله « معها حذاءها » يعني خفيها فانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لانها تأخذ فيه ماء كثيرا فيبقى معها يمنعا للعطش والضالة اسم الحيوان خاصة دون سائر القطة والجمع ضوال ويقال لها أيضا الهوامي والهوامل

باب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره قال الخليل بن أحمد القطة بفتح القاف اسم للملتقط لان ما جاء على فملة فهو اسم للفاعل كالصحلة والصرعة، والقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الصحلة الذي يصحله منه والمزاة الذي بهزأ به، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضا والاصل فيها ماروي زيد بن خالد الجهني قال مثل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاهار عفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنقها وتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الابل فقال « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانها هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه الوكاء الحيط الذي يشد به المال في الخرقه، والمفص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره، قاله أبو عبيد والاصل في المفاص أنه الجلد الذي يلبس رأس القارورة، وقوله « معها حذاءها » يعني خفيها لانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها تأخذ فيه ماء كثيرا فيبقى معها يمنعا للعطش والضالة، اسم للحيوان خاصة دون سائر القطة والجمع ضوال ويقال لها أيضا الهوامي والهوامل.

(فصل) قال امامنا رحمه الله الافضل ترك الالتقاط وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء وصريح بدرم فلم يعرض له واختار أبو الخطاب اذا وجدها بمضيمة وأمن نفسه عليها فالافضل أخذها وهذا قول الشافعي وحكي عنه قول آخر أنه يجب أخذها لقول نفعي (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله وعن رأي أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك ان كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلي وبعرفه لان فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من نضيجه وتخليصه من الفرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة ولانه نعريض لنفسه لأكل الحرام ونضيجه الواجب من تعريفها وأداء الامانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتخليج الخمر وما ذكروه يطل بالضوابط فانه لا يجرز أخذها مع ما ذكروه وكذلك ولاية مال الايتام

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وجد لقعة عرفها سنة في الاسواق وأبواب المساجد)

وجملته أن في التعريف ستة فصول في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفية ومن يتولاها، أما وجوبه فانه واجب على كل ملقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها، وقال الشافعي لا يجب على من أراد حفظها لصاحبها

﴿مسئلة﴾ (وتنقسم ثلاثة أنسام (أحدها) : مالا تتبعه الهمة كاسوط والشع والرغيف فيملكه بأخذه بلا تعريف)

لما روى جابر قال رخص انا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهاه بثلثه الرجل فينتفع به رواء أبو داود وكذلك النمرة والسكرة والخرقه ومالا خطر له يجرز الانتفاع به من غير تعريف لان النبي ﷺ لم ينكر على واحد النمرة حيث أكلها بل قال له «لو لم تأنها لاتتك» ورأى النبي ﷺ نمره فقال «لولا اني أخشى أن تكون من الصدقة لآكلتها» ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة البسير والانتفاع به روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاووس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي

قال شيخنا وليس عن احمد تحديد البسير الذي باح، وروي عن احمد أبو بكر بن صدقة اذا أخذ درهما عرفه سنة وقال في رواية عبد الله ما كان نحو النمرة والسكرة والخرقه ومالا خطر له فلا بأس، ونحو ذلك قول الشافعي وذكر القاضي ذلك في كتاب الخلاف ويحتمل أن لا يجب تعريف مالا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لان مادون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالسكرة والنمرة بدليل قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء

ولنا أن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ، ولأن حفظها لصاحبها إنما يقيد بانصالها اليه وطريقه التعريف أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سيان ، ولأن امساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها أو الفائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لان بقاها في مكانها إذا تقرب الى وصولها إلى صاحبها إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها وإما بأن يجدها من يعرفها وأخذها ما يفوت الاصرين فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فإن التملك غير واجب فلا يجب الوسيلة اليه فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصياتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل الثاني) في قدر التعريف . وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لان أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي مادون الحسين درهما يعرفها ثلاثة أيام الى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ، وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام ، وقال اسحاق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها . وروى أبو اسحاق الجوزجاني بإسناده عن يعلى

التافه وروي عن علي رضي الله عنه أنه وجد ديناراً فنصرف فيه ، وروي الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت وجدت خاتماً من ذهب في طريق مكة فسأت عائشة عنه فقالت تمعي به ، ورخص رسول الله ﷺ في الحبل في حديث جابر وقد تكون قيمته دراهم ، وعن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيدان بن صوحان حتى إذا كنا بالعذيب التقطت سوطاً فقال لي ألقه فأبيت فلما قدنا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قل الترمذي هذا حديث حسن صحيح وشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة

ولنا على ابطال تحديده بما ذكره عموم حديث زيد بن خالد في كل لقطة فيجب ابتداءه على عمومه الا ما خرج منه لدليل ولم يرد بما ذكره نص ولا هو في معنى ما ورد به النص ولان التحديد لا يعلم بالقياس وإنما يؤخذ من نص أو إجماع وليس فيها ذكره نص ولا إجماع فاما حديث علي فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طريقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حمله على وجه من الوجوه غير النقطة اما لسكونه مضطراً اليه أو غير ذلك وحديث عائشة فضية في عين لا يدري كم قدر الخاتم ؟ ثم هو قول صحابي وهم لا يرون ذلك حجة وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح ما ذكره النبي ﷺ ورخص فيه من السوط والعصا والحبل وما قيمته كقيمة ذلك

(فصل) والذي يجز التقاطه والانتفاع به من غير تعريف كالسكرة والنمرة والعصا ونحو ذلك

ابن أمية قال : قال رسول الله ﷺ « من النقط درهما أو حبلأ أو شبا ذلك فليعرفه ثلاثة أيام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام »

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ أمره بهام واحد ولان السنة لا تأخر عنها القوافل وبعضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كعدة أجل العين . وأما حديث أبي فقد قال الرازي لأدري ثلاثة أعوام أو عام واحد، قال أبو داود شك الرازي في ذلك، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وأبي أصبح منه وأولى. اذا ثبت هذا فإنه يجب أن تكون هذه السنة نلي اللفظ وتكون متوالية في نفسها لان النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سئل عنها الامر يتنفي الفور ولان التقصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليان صاحبها في الغالب انما يتوفاها ويطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به (الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لان النهار مجمع الناس وملتقام دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها ولاسبوع أكثر لان الطالب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا . وقد روى الجوزجاني باسناده عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهنني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقه فيها قريب من مائة دينار فحنت بها الى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يقدر من ركب إلا نشدتها وقلت القهب اطريق الشام ثم شأئك بها

اذا التقطه انسان وانتع به فمتلف فلا ضمان فيه ذكره صاحب المتوعب وكذلك ما قيمته كقيمة ذلك لان النبي ﷺ رخص فيه ولم يذكر عليه ضماناً ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وكذلك يخرج في الوط والحبل وشبهه المذكور في حديث جابر وقدره الشيخ ابو الفرج بما ذون التقيراط ولا يصح تحديده لما ذكرناه وذكر القاضي انه لا يجب تعريف الدائق

(القسم الثاني) (الضوال التي تمتنع من صفار السباع كالابل والبقر والحبل والبعال والغلباء والطير والفهود ونحوها لايجوز التقاطها)

كل حيوان يقوى على الامتناع من صفار السباع وورود انما لايجوز التقاطه سواء كان لكبرجته كالابل والحبل اولطيرانه كالطيور كلها او لعدوه كالغلباء او أنيابه كالكلاب : انهود قال عمر رضي الله عنه من أخذ الضالة فهو ضال أي مخطي . وبهذا قال الشافعي وابو عبيد ، وقال مالك والايث في ضالة الابل من وجدها في الصحراء لا يقر بها ورواه المزني عن الشافعي وكان الزهري يقول من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فليبحرها قبل ان تنفسي الايام الثلاثة وقال ابو حنيفة يباح التقاطها لانها لقطه اشبهت الغنم ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عنها « مالك ولها دعها فان معها حذاهما وسقاها ترد لما وتأكل الشجر حتى يجدها ربهما وسئل ﷺ فقيل يا رسول الله اننا نجد هرامي الابل فقال « ضالة المسلم حرق النار » وعن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لان المتصدرا شاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحريم مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد لان المسجد لم يبن لهذا ، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لاردها الله اليك فان المساجد لم يبن لهذا » وأمر عمر واجد القطة بتعريفها على باب المسجد

(الفصل الخامس فيمن يتولاه) ولما نلتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فان وجد متبرعا بذلك والا إن احتاج الى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي واخبار أبو الخطاب انه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجوع بالاجر على مالكها ، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لانه من مؤنة إيصالها الى صاحبها فكان على مالكها كأجر مخزنها ورعيها ونجفيتها ولنا ان هذا أجر واجب على المعرّف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك اذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ولانه سبب للملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك إن أعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن جفنها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك

« لا يؤرى الضالة لاضال » رواه ابو ذواد بمعناه وقياسهم به ارض صريح النص وكيف يجرز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ؟ على ان الابل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء والخوف عليها من الذئب

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت الى الصحرا . وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها اضيع لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها بي نفسها ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأمان فان الدنيا ردينا رحيث كان

(فصل) والبقرة كالابل نص عليه احمد وهو قول الشافعي وابي عبيد وحكي عن مالك ان البقرة كالاشاة ولنا خير جدير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ولانها تمتنع من صفار السباع ونجزي في الاضحية عن سبعة فاشبهت الابل ، وكذلك الحكم في الخيل والبغال ، فاما الحر فجعلها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لكبر اجسامها فاشبهت الخيل والبغال ، قال شيخنا والاولى الحاقها بالشاء لان النبي ﷺ علل الابل بان معها سقاء بما يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما توعى في بطونها منه وقوتها على وروده وفي اباحتها ضالة الغنم بانها معرضة لاخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لأخيك أو للذئب » والحر مساوية لاشاة في علمها فانها لا تمتنع من الذئب وتفارق الابل في علمها لكونها لا صبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عن الماء فيقال ما بقي من مذبذبة الاظفار والحق الشيء بما ساواه في علة الحكم ونارقه في الصورة اولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة

(الفصل السادس) في كيفية التعريف وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لو وجد الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمها فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة غير المالك المالك في ذلك ولانه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيم على مالئها

(فصل) لم يفرق الحرقى بين يسير اللفظة وكثيرها وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس كالنمرة والكسرة والحرقه ومالا خطر له فانه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف، لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد النمرة حيث أكلها بل قال له « لو لم تأنها لآتتك » ورأى النبي ﷺ نمرة فقال « لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكتها » ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع، وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وإيس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجب تعريف مالا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن مادون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالكسرة والنمرة، والدليل على انه تافه قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء التافه، وروي عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فتصرف فيه، وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت :

(فصل) فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الحشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم أخذه بل اولى منه لان الابل معرضة للتلغ في الجملة بالاسد وبالجموع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ولان هذه لانكاد تضيم عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان فاذا حرم أخذ الحيوان فهذه اولى

(فصل) فان أخذ الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه امانة كان او غيره لانه أخذ ملك غيره بغير اذنه ولا اذن الشارع له فهو كالغاصب، فان رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان ويهـذا قال الشافعي وقال مالك يبرأ لان عمر رضي الله عنه قال ارسله الى الموضع الذي اصبته فيه وجري بئر طرد البقرة التي لحقت ببقره

ولنا ان ما لزمه ضمانه لا يزول عنه الا برده الى صاحبه او نائبه كالسروق والمغصوب واما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة انما لحقت بالبئر فطردها فاشبهه مالود خلت داره فاخرجها واما عمر فهو كان الامام فامر بردها الى مكانها كآخذها، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث تثبت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها فان دفعها الى نائب الامام زال عنه الضمان لان له نظر في ضوال الناس بدليل ان له أخذها فكان نائباً عن اصحابها فيها

وجدت خاتما من ذهب في طريق مكة فسأت عائشة عنه فقالت نعمتي به ، وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والجل وأشباهه بثلثة طاه الرجل ينتفع به، والجل قد تكون قيمته دراهم وعن ابن ماجه بإسناده عن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد ابن صوحان حتى اذا كنا بالعذيب التقطت سوطا فقالا لي ألقه فأبيت حتى قدمنا المدينة أنبت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة ولنا على ابطال تحديده بما ذكره ان حديث زيد بن خالد عام في كل لفظة فيجب ابقاؤه على عمومه إلا ما خرج منه بالدليل، ولم يرد بما ذكره نص ولا هو في معنى ما ورد النص به ولان التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس وإنما يؤخذ من نص أو اجماع وليس بما ذكره نص ولا اجماع، وأما حديث علي فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طرقة كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم وسائر المذاهب فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللفظة إما اكونه مضطرا اليه أو غير ذلك، وحديث عائشة قضية في عين لا يدري كم قدر الخاتم ثم هو قول صحابي وكذلك حديث علي وهم لا يرون ذلك حجة، وسائر الاحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح أخذ ما ذكره النبي ﷺ ورخص في أخذه من السوط والعصى والجل وما قيمته كقيمة ذلك، وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيراط ولا يصح تحديده لما ذكرنا (فصل) اذا أخرج التعريف عن الحول الاول مع إمكانه أم لأن النبي ﷺ أمر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض بن حمار لا نكتم ولا نغيب، ولان ذلك وسيلة الى أن لا يعرفها

(فصل) والامام أو نائبه أخذ الضالة ليحفظها لصاحبها لان عمر رضي الله عنه حى موضعا يقال له النعيم لحبلى المجاهدين والضوال ولان للامام نظراً في حفظ مال القائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الملاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ولانه اذا عرف ذلك فن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ، ولا يكتفى فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رأها من غير أهلها فلم تكن الصفة دليلا على ملكها ولان الضالة كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيرها فلم يكن ذلك دليلا ويمكنه إقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خاطئها وجيرانه تملكها إياها

(فصل) وإن أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولاصحابه وجه أن له أخذها لحفظها كالامام أو نائبه ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، فان وجدها في موضع يخاف عليها به كأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها إن تركت به أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين أو في بركة لا ماء بها ولا صرعى فالاولى جواز أخذها لحفظ ولا ضمان على أخذها لان فيه اتقاؤها من الملاك فأشبهه تخليصها من غرق أو

صاحبها فإن الظاهر انه بعد الحول يئأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن أحد لان حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الاول وإن تركه في بعض الحول عرف بقيته وبخروج أن لا يسقط التعريف لتأخره لانه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الاثيان به لقول النبي ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فعلى هذا إن أخرج التعريف ببعض الحول أثنى بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني، وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول لان شرط الملك التعريف في الحول الاول ولم يوجد، وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبدا؟ على روايتين، ويحتمل أن يلزمه دفعها الى الحاكم كقولنا فيما إذا التفت فيما لا يجوز التقاطه، ولو ترك التعريف في بعض الحول الاول لم يملكها أيضا بالتعريف فيما بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو أدخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة (فصل) وإن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه مثل أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) ان حكمه حكم ما لو تركه مع امكانه لان تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه سواء انتفى لعذر أو غير عذر (والثاني) انه يعرفه في الحول الثاني ويملكه لانه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه فأشبهه ما لو عرفه في الحول الاول

حريق وإذا أخذها سلمها الى نائب الامام ويرى من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها .

(فصل) وبسم الامام ما يحصل عنده من الضوال بأنها ضالة وبشهاد عليها ثم إن كان له حتى تزعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك وان رأى المصلحة في بيعها أو لم يكن له حتى يبيعها بعد أن يملكها ويحفظ صفاتها ويحفظ. ثمها لصاحبها فان ذلك أحفظ لها لان تركها يفضي الى أن تأكل جميع ثمنها

(فصل) ومن ترك دابة بملكه فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث والحسن بن صالح وإسحاق الا أن يكون تركها ترجع اليه أو ضلت منه وقال مالك هي للمالكها وبقرم ما أنفق عليها وقال الشافعي وابن المنذر هي للمالكها والاخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لانه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير ملكه ولا يملك الرجوع بها أنفق لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره .

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيدها فأخذها فأحيها فهي له، قال عبد الله بن عبد الرحمن قتلت - يعني للشعبي - من حدثك بهذا؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود، وفي لفظ عن النبي ﷺ انه قال « من ترك دابة بملكه فأحيها رجل فهي لمن أحيها، ولان في الحكم بملكها إحيائها وانقاذها من

(مسئلة) قال (فان جاء ربهها وإلا كانت كسائر ماله)

وجلتة انه اذا عرف القطة حولا فلم تعرف ملكها منقطها وصارت من ماله كسائر أمواله غنيا كان الملتقط أو فقيرا ، وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وابن المنذر وروى ذلك عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطارس وعكرمة ، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي يتصدق بها فاذا جا. صاحبها خيره بين الأجر والغرم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه سئل عن القطة فقال : عرفها حولا ، وروي « ثلاثة أحوال » فان جاء ربهها وإلا تصدق بها فاذا جا. ربهها فرضي بالأجر وإلا غرمها ولائها مال المعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يملكها إلا ان أبا حنيفة قال له ذلك إن كان فقيرا من غير ذري القربى لما روى عياض بن حمار الجاشعي ان النبي ﷺ قال « من وجد قطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يبيع ، فإن وجد صاحبها فليرددها عليه وإلا فهي مال الله يزيته من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ، ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الحلال وقال ليس هذا مذهبا لأحمد

الهلاك ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ولأنه بذرغبة عنه وعجز عن أخذه فملكه أخذه كاساقط من السبيل وسائر ما ينتزعه الناس رغبة عنه ، فأما ان ترك متاعا فخلصه انسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان فان الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى ونأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجم اليه صاحبه وان كان المتروك عبدا لم يأخذه لأن العبد في العادة يمكنه التخاص إلى الاماكن التي يعيش بها بخلاف البهيمة ، وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه اصاحبه واه أجر مثله في تخاوص المتاع نص عليه ، وكذلك العبد على قبضه ، قال القاضي يجب أن يجعل قوله في وجوب الاجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به فاما ان لم يجعل له شيئا فلا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئا كالملتقط وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فإنه لو جعل له جعل لا يستحقه ولم يجعل له أجر المثل ، ويذوق هذا الملتقط فإنه لم يخاص القطة من الهلاك ، واو تركها أمكن أن يرجم صاحبها فيطلبها في مكانها فيجدها وههنا ان لم يخججه هذا ضاع وهلك ولم يرجم اليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ الاموال من الهلاك من غير مضره فجاز الجعل في الآبق ولان القطة جعل فيها الشاع ما بحث على أخذها وهو ملكها ان لم يجرم صاحبها فاكنتي به عن الاجر فينبغي أن يشرع في هذا ما بحث على تحليصه بطريق الاولى وليس إلا الاجر كرد الآبق

ولنا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد «فان لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ «وإلا فهي كسبيل مالك» وفي لفظ «ثم كلها» وفي لفظ «فانتمع بها» وفي لفظ «فشانك بها» وفي حديث أبي ابن كعب «فاستنفقها» وفي لفظ «فاستمتع بها» وهو حديث صحيح، ولان من ملك بالفرض ملك بالانطة كالفقير ومن جاز له الاتقاط ملك به بعد التعريف كالغدير. وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يوثق به ودعواهم في حديث عياض ان ما يضاف الى الله لا يملكه إلا من يستحق الصدقة لا برهان لها ولا دليل عليها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقا وملكا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) وتدخل اللفظة في ملكه عند تمام التعريف حكى كاليراث هذا ظاهر كلام الحرقي لقوله وإلا كانت كسائر ماله، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة اذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله واختار أبو الخطاب انها لا تدخل في ملكه حتى يختار. واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال نقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية، ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت يملكها، ومنهم من قال لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها لان هذا تملك بعوض فلم يحصل إلا باختيار المملك كالشراء.

ولنا قول النبي ﷺ «فاذا جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على يملكها لبيته له ولم يجرز له التصرف قبله وفي لفظ «فهي لك» وفي لفظ «كها» وهذه

(فصل) فاما ما اتاه ركاب البحر فيه خوف من الفرق فلم أعلم لاصحابنا فيه قول سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الايث وبه قال الحسن فيما أخرجه، قل وما نضب عنه الماء فهو لاهه، وقال ابن المنذر برده على أصحابه ولا شيء له ويقضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم في الفصل قبله ويقضي قول الامام أبي عبدالله ان لمن أتته أجر مثله لما ذكرنا، قال شيخنا ووجه ما ذكرنا من الاحتمال ان هذا مال ألقاه أصحابه فيما يتلف يبقائه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي الفوه رغبة عنه، ولان فيما ذكره تحمية بالانطافه فلم يجز كباشرته بالانطاف، فاما ان انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء. لأن أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي. وعلى قياس نص أحمد يكون مستخرجه ههنا أجر المثل لان ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيائه عن الفرق فان الفواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر يادر إلى التخليص ليخلصه، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فيبغي أن يقضى له بالاجر كجمل رد الآبق

(فصل) ذكر القاضي فيما اذا التقط عبد أصغيراً او جارية ان قياس المذهب أن لا يملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولان التملك بالتعريف عنده افتراض والجلورية عنده لا يملك بالفرض. قال شيخنا وهذه المسئلة فيها نظر فان الانطاف محكوم بحرثه، وإن كان ممن يعبر عن نفسه

الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب لتملك فاذا تم وجب ان يثبت به الملك حكما كالا حياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه إلا مباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف ، وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه (فصل) فان التقطها اثنان فعرفاها حولاً ملكها جميعاً وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختر أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر، وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لأخذها لان استحقاق القطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد وإن قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها نظرت في يده فان أخذها لنفسه فهي له دون الآخر وإن أخذها للآخر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له

(فصل) وتملك القطة ملكا مراعى يزول بجي. صاحبها ويضمن له بدلها إن تعذر ردها والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته وإنما يتجدد وجوب العوض بجي. صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بجي. وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال أكثرهم لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها وهذا قول القاضي وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبهه القرض

فأقر بأنه مملوك لم يقبل اقراره لان الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لا اعتبر في تعريفه لسيدته (الثالث) سائر الاموال كالآثمان والمتاع والغنم والفصلاان والعجاجيل وإلا فلا يجزز التقاطها لمن يقصد تعريفها وتملكها بعده لحديث زيد بن خالد في لقطة الذهب والورق وقوله في الشاة «خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب» ثبت في الذهب والفضة وقسنا عليه المتاع وقسنا على الشاة كل حيوان لا يتمتع بنفسه من صفار السباع وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها ومنه الدجاج والاوز ونحوها بجزز التقاطها، وروي عن أحمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها يعني الشاة ونحوها من الحيوان، وقال الليث بن سعد لا اختار أن يقربها إلا أن يجرزها اصحابها لقول رسول الله ﷺ «لا يؤوي الضالة إلا ضال» ولانه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ في الشاة «خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب» تنفق عليه ولانه يخشى عليه التلف والضياع أشبه لقطه غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به ولو قدر التعارض قدم حديثنا لانه أصح ولا يصح قياسه على الابل فان النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها ذمها وسفاهها وهذا معدوم في الغنم، ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع منه

(فصل) ولا فرق بين أن يجدها بمصر أو مملكة وقال مالك واوعيد وابن المنذر في الشاة

ولنا قول النبي ﷺ فان جاء صاحبها والا فهي مال الله بؤتيه من بشاء، فجعلها من المباحات، ولانه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الفرم ولا يلزمه أن يوصي به ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شي من أحكام الدين في حقه وانقضاء أحكامه دليل على انقائه، وقال القاضي يمتنع ذلك وجوب الزكاة ولانه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجي صاحبها، ولو وقف ملكه لها على رخصه بالمعاوضة واختياره لاحدهما كالفرض والامر بخلاف ذلك وانما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تملكها فانها لو كانت موجودة لاخذها ولم يستحق لها بدلا، وإن كانت تامة تجدد له ملك المطالبة بيدها كما تجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما تجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوما وهذا أشبه بمقتضى ما ذكره، وأما القرض فانه لما ثبت بداه في الذمة لم يبد الملك له في القرض إلا برضا المقرض واختياره

(فصل) وكل ما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تامة اثباتا كانت أو غيرها : هذا كلام الحرفي فان لفظه عام في كل لفظه وقد نقل ذلك عن أحمد فان محمد بن الحكم روى عنه في العباد يقع في شصه الكبس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبه والا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس . وقال الشريف بن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الايمان؟

وجد في الصحراء اذبحها وكلها وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك أو لاختيك أو لذئب » ولا يكون الذئب في المصر
ولنا أن النبي ﷺ أمر بأخذها ولم يفرق ولم يستفصل ولو افرق الحال لاستفصل وانما القطة فاستوى فيها المصري وغيره كسائر القطات، وقولهم لا يكون الذئب في المصر قلنا كونها لذئب في الصحراء لا يمنع كونها اقيره في المصر، ونسب عرفها حول ملكها، وذكر القاضي وابو الخطاب عن أحمد رواية أنه لا يملكها اولها الرواية التي منع من التقاطها فيها
ولنا قوله عليه السلام « هي لك » أضافها اليه بلام التأكيد ولان التقاطها مباح فلكت بالتعريف كالأيمان، وقد حكاه ابن المنذر اجماعا

(مسألة) (فن لا يأمّن نفسه عليها ليس له أخذها فان أخذها لزمه ضمها ولا يملكها وان عرفها)
إذا التقط لقطه عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحل له أخذها بهذه النية فان أخذها لزمه ضمها سواء تلفت بتفريط أو بغير تفريط، ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال غيره على وجه ليس له أخذه فهو كالفاصل نص عليه أحمد، ويحتمل أن يملكها لان ملكها بالتعريف والاتقاط وقد وجدنا في ملكها بذلك كالاصطياد والاحشاش اذا دخل ملك غيره بغير اذنه فاصطاد أو احتش

على روايتين أظهرهما أنها كلائمان ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأئمان والعروض في ذلك ، وقال أكثر أصحابنا لأن تلك العروض بالتعريف . قال القاضي نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً . وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجبي صاحبها وبين دفعها إلى الحاكم يرى رأيه فيباهره له بيعها بعد الحول ويتصدق بها على روايتين ، وقال الحلال كل من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي نقل أنه يعرف ابداً قول قديم رجع عنه ، واحتجوا بما روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لفظة لأن ملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل . ولأن الخبر ورد في الأئمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فبئها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها

ولنا عموم الأحاديث في اللفظة جميعها فإن النبي ﷺ سئل عن اللفظة فقال « عرفنا سنة - ثم قال في آخره - فأنتمع بها أو فشانك بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لفظة » وهو لفظ عام ، وروى الجوزجاني والثرم في كتابيهما فلا حدنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله كيف ترى في مناع يوجد في الطريق الميتا . أو في قرية مسكونة ؟ فقال عرفه « سنة فإن جاء صاحبه وإلا فشانك به » وروى أن سفیان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فإن عرفت وإلا فهي لك زاد

منه ملك الصيد والحشيش وإن كان دخوله محرماً كذا ههنا ، ولأن عموم النص يتناول هذا المنقط فيثبت حكمه فيه ولأننا لو اعتبرنا نية لتعريف وقت الانتقاط لانتزق الحال بين العدل والفاسق والصبي والسفيه لأن الغالب على هؤلاء الانتقاط لتملك لا لتعريف

(مسألة) (ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها)

لماذا كرنا والافضل تركها قاله أحمد روي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر بن زيد والريبع بن خثيم وعطاء ، وقال أبو الخطاب اذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالافضل أخذها وهذا قول للشاذلي وعنه أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض) وإذا كان عليه واجب عليه حفظ ماله كولي البيت ، ومن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك ان كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه ولأن فيه حفظ مال المسلم عايه فكان أولى من تضييعه كتخليصه من الفرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا يعرف لها مخلف في الصحابة ولأنه يعرفه لا لكل الحرم وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال البيت وما ذكره يطل بالضوال فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكره وكذلك ولاية مال الأيتام

(مسألة) (ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها ضمنها)

الجوز جاني فلم تعرف فلقية العام المقبل فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسرل الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ورواه النسائي أيضا ، وهذا نص في غير الآثان وروى الجوز جاني باسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال أنى وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل وليسته وكنت له ضامنا متى جاءك صاحبه دفعت اليه ثمنه وإن لم يجيء له طالب فهو لك إن شئت ، ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأثان وما حكره عن الصحابة إن صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطه لان ملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالآثان ولا يصح قياسها على الابل لان معها حذاهما وسقاها ترد الماء وتأكل الشجر حتى بأنيها ربهما ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا ملك به وعنها يجوز التقاطها بملك به كالأثان، ثم لم اذا لم ملك في الحرم لا ملك في الحل ؟ وذلك لان الحرم ميز بكون لقطته لا ياتقطها إلا منشدا ولهذا لم تملك الآثان بالتقاطها فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانم فيه ، وقولهم ان النص خاص في الآثان قلنا بل هو عام في كل لقطه فيجب العمل بعمومه ، وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصا خاصا في العروض فيجبر العمل به كما رجب العمل بالخاص في الآثان، ثم لو اخص الخبر بالآثان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وهما قد وجد المعنى

روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي ، وقل مالك لا ضمان عليه لانه روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيرا أرسله حيث وجدته رواه الاثرم ولما روي عن جرير بن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها امانة حصات في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا يحل أخذها، فإذا أخذها احتمل ان له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولانه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد اخذه ويحتمل ان لا يبرأ من ضمانه برده لانه دخل في ضمانه فلم يبرأ برده الى مكانه كاسروق وما يجوز التقاطه ، فعلى هذا لا يبرأ الا برده الى الامام أو نائبه وأما عمر فهو كان الامام فإذا أمر برده فهو كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا اخذها غلامه إنما لحقت بالبقرة من غير فعله ولا اختياره ولذلك يلزمه ضمانها إذا فرط فيها لانها امانة فهي كالوديعة .

(فصل) فان ضاعت اللقطه من ملتقطها في حول التعريف بغير تقربط فلا ضمان عليه لانها امانة في يده فهي كالوديعة، فان التقطها آخر فلم أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق النول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول بالضابح فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انزعاعا منه لان الملك

فيجب قيامه على المنصوص عليه، أو نقول ان المعنى ههنا أكد فيثبت الحكم فيه بطريق التذية . بيانه ان الايمان لا تناف جضي الزمان عليها وانظار صاحبها بها أبدأ والعروض تنفذ بذلك في النداء عليها دائما هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها او ما نقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها ومالكها بعد التعريف حفظا لما يئتها على صاحبها بدفع قيمتها اليه وتقع غيره فيجب ذلك لانه النبي ﷺ عن اضاءة المال ولما فيه من المصلحة والحفظ مال المسلم عليه وعلى أخيه ولان في إثبات الملك فيها حناء على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المنصوص للادمي وفي نفي ملكها تخصيص لها لما في النقاط من الخطر والمشقة والكلمة من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يقطها أحد تعريفها فتضميم، وما ذكره في الفرق ملتي بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الاصل والفرع والله أعلم، ثم قاب دليلهم فنقول لقطه لان ملك في الحرم فما أبيع التماطه منها ملك اذا كان في الحل كالابل

(فصل) وظاهر كلام أحمد والحري أن لقطه الحل والحرم سواء. وروي ذلك عن ابن عمرو بن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وروي عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز التقاط لقطه الحرم لئلا يجرز حفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبدأ حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد وعن الشافعي كالمذهبين، والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في

مقدم على حق الملك فاذا جاء صاحبها أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم ينرط، وان علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى اخذها وقال عرفها انت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط، وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو نائبه في التعريف ويملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في البقي، وإن قصد الثاني بالتعريف بملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين (أحدهما) يملكها الثاني لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول في تعريفها لنفسها (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف لاول أشبه مالو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلم بها. ويشبه هذا من تحجر موانا اذا سبقه غيره الى ما حجره فأحياه بغير إذنه، فأما إن غصبها من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحدا لانه تعدى بأخذها ولم يوجد منه سبب بملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه، يفارق هذا اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(نصل) ومن اصطاد سمكة من البحر فوجد فيها ذرة أو عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصيد لان ذلك يكون في البحر، قال الله تعالى (ونستخرجون حياية تلبسونها) ولان الاصل عدم ملكها لغيره، فان باعها الصيد ولم يعلم فوجده المشتري في بطنها فهو للصيد نص عليه أحمد لانه اذا لم

مكة « لا تحل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه . وقال أبو عبيد المنشد المعروف والناشد الطالب وينشد * اصاخة الناشد لا ينشد * يكون معناه لا تحل لقطعة مكة الا لمن يعرفها لانها خصت بهذا من سائر البلدان وروى يعقوب بن شيبة في مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان انبيحي أن النبي ﷺ نهى عن لقطعة الحاج قال ابن وهب يعني بتركها حتى يجدها صاحبها . رواه أبو داود أيضاً ، ووجه الرواية الاولى عموم الاحاديث وانه أحد الحرمين فأشبهه حرم المدينة ولانها أمانة فلم يخلف حكمها بالحل والحرم كالودعة وقول النبي ﷺ « الا لمنشد » محتمل أن يريد الا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لتأكيدا لالتخصيصها كقوله عليه السلام « ضالة المسلم حرق النار » وضالة الذي مقبسة عليها

(فصل) إذا التقط لقطعة عازما على تملكها بغير تعريف فقد ذبل محرما ولا يحل له أخذها بهذه النية فاذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير تفريط ولا يملكها وان عرفها لانه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه ، فأشبهه الغاصب نص على هذا أحد ويحتمل أن يملكها لان ملكها بالتعريف والاتقاط وقد وجد فيملكها به كالأصطياد والاحتشاش فانه لو دخل حائطا لغيره بغير اذنه فاحتش أو اصطاد منه صيدا ملكه وإن كان دخوله محرما كذا ههنا ، ولان عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولاننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لاقترب الحال بين العدل والفاسق والاصبي والسفيه لان الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف

يلم به فما باعه ولا رضي بزوال ملكه عنه فأشبهه من باع داراً له مال مدفون فيها ، فان وجد دراهم أو دنانير فهي لقطعة لان ذلك لا يخفى في البحر ولا يكون إلا للآدمي فكان لقطعة كما لو وجد في البحر وكذلك الحكم في الدرّة والعنبرة اذا كان فيها أثر لآدمي كالثقوبة والمتصلة بذهب أو فضة أو غيرها أو كانت العنبرة فاحة ونحو ذلك مما لا يخفى عليه في البحر تكون لقطعة لانها لم تقع في البحر حتى تثبت البد عليها فهي كالدينار فني وجدها الصياد فعليه تعريفها لانه ملتقطها ، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لانه واجدها ولا حاجة الى البداية بالبائع فانه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فامتوى هو وغيره ، فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهو لقطعة يعرفها ويبدأ بالبائع لانه يحتمل أن تكون ابتلعتها من ملكه فيبدأ به كقولنا فيمن اشترى داراً فوجد فيها مالا مدفونا ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطعة لان ذلك لا يكون إلا في البحر عادة ، ويحتمل ان النهر اذا كان متصلا بالبحر فهو كما لو صادها منه لانها قد تبتم ذلك في البحر ثم تخرج الى النهر وإن لم يكن متصلا به فهو لقطعة ويحتمل أن يكون للصياد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طرياً وتستخرجون حياة تلبسونها) .

(فصل) وإن وجد عنبرة على الساحل فهي له لانه يمكن ان البحر ألقاها والاصل عدم التملك

﴿مسئلة﴾ قال (وحفظ وكاؤها وعفاصها وحفظ عددها وصفاتها)

الاصل في هذا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد « اعرف وكا، ها وعفاصها، وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف عفاصها ووكا، ها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي ﷺ فقال « عرفها حولاً » فعرفتها حولاً فلم تعرف فرجعت اليه فقال « اعرف عدتها ووعا، ها ووكا ها واخطها بما لك فان جا، ربها فاقدها اليه » ففي هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمر بمعرفة ما حين التقاطها قبل التعريف وهو الاولي ليحصل عنده علم ذلك ، فاذا جا، صاحبها نزعها غالب على ظنه صدقه فيجوز الدفع اليه حينئذ، وان أخر معرفة ذلك إلى حين مجي، باغنيا جازلان المتصود يحصل بمعرفتها حينئذ وان لم يجي، طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تنعدم بالتصرف فلا يتقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جا، صاحبها، وكذلك إن خاطها بما له على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي ﷺ لأبي بمعرفة صفاتها عند خاطها بما له أمر بإيجاب مضيق وأمره لزيد ابن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجبا موسعا والله أعلم ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها، وان كانت ثيابا عرف لغافتها وجنسها ويعرف قدرها بالسكيل وبالوزن أو بالعدد أو الدرغ ويعرف المقدر عليها هل هو عدد واحد أو أكثر أنشودة أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه

فيها فكانت مباحة لأخذها كالصيد ، وقد روى سعيد عن اسماعيل بن عياش عن معارية بن عمرو الصدري قال أتى ببحر عدن عبيرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكاتب الى عمر بن عبد العزيز فكاتب اليها أن خذوا منها الخنس وادفعوا اليهم ساثرها وإن باعوكوها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها اثنتين ووزناها فوجدناها سبائة رطل فأخذنا خم،ها ودفعنا ساثرها اليهم ثم اشتريناها بمخمسة آلاف دينار وبعثنا بها الى عمر فلم يلبث إلا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار (فصل) وإن صاد غزالا فوجده منحضوبا أو في عنقه خرزا أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك يدل على انه كان مملوكا ، قال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة تجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة له والشبكة يعرفها ويدفعها الى صاحبها فجعل الشبكة لقطه لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لانها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتا بقبية على الاباحة، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به فصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة الى صاحبها فان لم يعرف صاحبها فهي لقطة ، وقال أحمد في رجل انتهى الى شرك فيه حمار وحش أو ظبي قد شارف الموت فخلصه وذبحه فهو لصاحب الحباله وما كان من الصيد في الحباله فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو

(فصل) ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها تال أحد رحمه الله لا أحب أن يمساها حتى يشهد عليها فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها بقول رسول الله ﷺ من وجد لقطعة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ، وهذا أمر يقتضي الوجوب ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فإنه أمرهما بالتعريف دون الأَشْهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجبا لبينه النبي ﷺ سيما وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخجل بذلك الواجب فيها فيتمين حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولأنه أخذ أمانة فلم يفتقر إلى الأَشْهاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكره غير صحيح فإنه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وفائدة الأَشْهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتماها وحفظها من ورثته إن مات ومن غرمانه إن أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها أثلا ينتثر ذلك فيدعيها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس النوع قول أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا شهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ولكن بقول قد أصبت القطة، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها إن اقتصر على حفظها بقلبه فإن الأَسنان عرضة النسيان

صقرا أو عتابا وسئل عن بازي أو صقر أو كلب مالم أو فقد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه وصرف في الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فمقط على بساتين فدعا رجلا فأجابته قال يرده على صاحبه ، قيل له فإن دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يرده على صاحبه فجهله لصاحبه لأنه قد ملكه أفلم يزل ملكه عنه بذهابه، والسمة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها ، وكذلك جعل ما وقع في الحباله من الصقر والعقاب لصاحب الحباله ولم يجبه له ههنا لمن وقع في شركه لأن هذا فيما علم أنه قد كان مملوكا لأنسان فذهب وإنما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه كوجود السير في رجله أو آثار التعليم مثل استجابته للذي يدعوه ونحو ذلك فإن لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن صاده لأن الأصل إباحته وعدم الملك فيه

(فصل) ومن أخذت ثيابه في الحمام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وتركت له بدنه لم يملكه بذلك قال أحمد فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها لم يأخذها فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها إنما قال ذلك لأن أخذ الثياب لم يقع بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه ويتصدق به كالأصدقة بالقطعة ، قال شيخنا ويحتمل أن ينظر في هذا فإن كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروك له وكانت مما لا يشتهى على الآخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لأن التعريف إنما جعل على المسال الضائع من ربه ليعلم به ويأخذها ، وتارك هذا عالم به راض ببيده عوضا عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل من

{مسئلة} قال (فان جاء ربها فوصفها له دفعت اليه بلائينة)

يعني اذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا بيينة ولا يجوزاه دفعها اليه اذا غلب على ظنه صدقه قال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلا بذلك لان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي » ولان صفة المدعي لا يستحق بها كالمفصوب ولنا قول النبي ﷺ « فان جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائنها فادفعها اليه » قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أقول رواه ابن القصار فان جاء باغيا ووصف عفاصها وعندها فادفعها اليه وفي حديث زيد الذي ذكرنا « اعرف وكأها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنقها وإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه يعني اذا ذكر صفاتها لان ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطا لادفع لم يجز الاخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولان اقامة البينة على القطة تتمتع لانها انما سقطت حال الغفلة والسهو فتعرف دفعها منع لوصرها الى صاحبها أبدا وهذا يفوت مقصود لالتقاط ريفخي الي تضييع أموال الناس وما هذا سبيله

تعريفه فائدة فاذا ليس بمفصوب عليه ولا هو في معنى المفصوب، وفيما يصنع به ثلاثة أوجه (أحدها) يتصدق بها على ما ذكرنا (والثاني) انه يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له بادلا إياها عوضا عما أخذه فصار كالبيع له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما (والثالث) يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عرضا عن ماله، ولوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرق ثيابه بمحصل عوض عنها ونفعاً للشارق بالتخفيف عنه من الأثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع، وقد أباح بهض أهل العلم فيمن له على انسان حق من دين او غصب أن يأخذ من ماله بقدر حقه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهنا مع رضا من عليه الحق بأخذه أولى، وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظاناً انه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة مثل المأخوذة أو خيراً منها وهي مما تشبه بها فيبغى أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة، والظاهر أنه إذا علم بها أخذها زرد ما كان أخذها تفسير كالقطة في المعنى، وبعد التعريف اذا لم تعرف ففيها الاوجه الثلاثة المذكورة الا أننا اذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فانما يأخذ بقدر قيمة ثيابه من غير زيادة لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه تركها ولا رضي بالمعارضة بها وإذا قلنا إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشترها بثمن في ذمه ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي

يسقط اعتبار البينة فيه كالافتاق على اليتيم والجم بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لان الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقينا وانعاباً لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدنه بتركه الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه وقول النبي ﷺ «البينة على المدعي» يعني اذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكرها هنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعي اللقطة وصفها فاذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المصوب غير صحيح فان النزاع ثم في كونه منصوباً والاصل عدمه وقول المنكر بعراض دعواه فاحتجج الى البينة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وان له صاحباً غير من هو في بده ولا مدعي له الا الواصف وقد ترجح صدقه فينبغي أن يدفع اليه

(فصل) فان وصفها اثنان افرع بينهما فن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلت اليه وهكذا ان اقاما بينتين افرع بينهما فن وقعت له القرعة حلف ودفعت اليه ذكره القاضي وقال أبو الخطاب تقسم بينهما لانها تساوي فيما يستحق به الدفع فتساوي فيها كما لو كانت في أيديهما والذي قلنا، أصح وأشبه بأصولنا فيما اذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولائها تداعيا عينا في يد غيرهما وتساوي في البينة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديمة في يد انسان فقال هي لاحد كالأعرافه عينا وبارق

(فصل) نقل الفضل ابن زياد عن احمد اذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل منهما انا دفنته يبين كل واحد منهما ما الذي دفن فكل من اصاب الوصف فهو له وذلك لان ما يوجد من الدفن في الارض مما عليه علامة للمسلمين فهو لقطة واللقطة تستحق بوصفها ولان المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في بده فكان احق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه احدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فكان في جيش فقال احمد يعرفها سنة في دار الاسلام ثم بطرحها في المقسم انما عرفها في دار الاسلام لان اموال اهل الحرب مباحة ويجوز ان تكون لمسلم وقد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله اعلم انه يتم التعريف في دار الاسلام فاما ابتداء التعريف فيكون الجيش الذي هو فيه لانه يحتمل ان تكون لاحد من اهل دار الاسلام فاما ان دخل دارهم بأمان فينبغي ان يعرفها في دارهم لان اموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام وان كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا اخذ منها شيئاً فان دخل اليهم منحصراً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان اموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمةه ويحتمل ان تكون غنيمة له لا تمنح الى تعريف لان الظاهر انها اموالهم واموالهم غنيمة والله اعلم

ما اذا كانت في أيديهما لان يد كل واحد منهما على نصفه فرجع قوله فيه وان وصفها انسان فأقام آخر البيعة أنها له فهي لصاحب البيعة لأنها أقوى من الوصف فان كان الوصف قد أخذها انزعزت منه وردت الى صاحب البيعة لاننا تبينا أنها له فان كان قد هلك فصاحبها تضمن من شاء من الوصف أو الدافع اليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لانه فعل ما أمر به لانه أمين غير مفرط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولان الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرها ولنا أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة الى غير مالكها اذا غلب على ظنه أنه مالكها فاما ان دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لانها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الوصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتلف عنده فان ضمن الدافع وجع على الوصف لانه كان سبب تفريره الا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف أنه صاحبها ومالكها فانه لا يرجع عليه لانه اعترف أنه صاحبها ومستحقها وان صاحب البيعة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه وان كانت القطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه اياها رجع على الوصف بما غرمه وليس للمالكها تضمين الوصف لان الذي قبضه انا هو مال الملتقط لا مال صاحب القطة بخلاف ما اذا سلم العين فاما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاه لم

(مسئلة) وهي على ثلاثة اضرب (حيوان) فيخير بين أكله في الحال وعليه قيمته وبين بيعه وحفظه وبين تركه والاتفاق عليه من ماله وهل يرجع به على وجهين وجهلة ذلك ان ملتقط الشاة وما كان مثلها مما يباح أكله يتخير ملتقطها بين ثلاثة اشياء (احدها) اكلها في الحال وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم قال ابن عبد البر اجمعوا على ان ضالة الغنم في الموضع المحرف عليها له اكلها لقول النبي ﷺ «هي لك ولا خيك أو لذئب» جعلها له في الحال وسوي بينه وبين الذئب والذئب لا يؤخر أكلها ولان في أكلها في الحال اغناء عن الاتفاق عليها او حراسته لماليتها على صاحبها اذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكاملها وفي ابقائها تضيق المال بالاتفاق عليها والغرامة في علفها فسكان اكلها اولى واذا اراد اكلها حفظ صفتها فتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم وقال مالك كلفها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول رسول الله ﷺ «هي لك» ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما ولانه سوي بينه وبين الذئب والذئب لا يعرف ولا يعرف قال ابن عبد البر لم يوافق مالك احد من العلماء على قوله وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله ابن عمر «ورد على أخيك ضالته» دليل على ان الشاة على ملك صاحبها ولا لها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها اذا جاء كغيرها ولانها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولانها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا تلفها كلقطة الذهب وكون النبي ﷺ قال «هي لك» لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد اذن في لقطة

يستحق شيئاً لأن الأول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه فوجب ابقاؤها له كسائر ماله

(نصل) ولو جاء مدع لقطعة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجز دفعها إليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لأنها أمانة فلم يجز دفعها إلى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة فإن دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الواصف غرامتها له لأنه فونها على مالها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لأنه أخذ مال غيره ولصاحبها نضامين أخذها فإذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها فلا يلتزم مطالبه أخذها به لأنه لا يأمّن من محبي صاحبها فيقرمه إياها ولأنها أمانة في يده فلك أخذها من غاصبها كالوديعة

﴿مسئلة﴾ (قال أو مثلها ان كانت قد استهلكت)

وجملة ذلك أن القطة في الحول أمانة في يد الملتقط ان تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها نماء ملكه وان أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها ان كانت من ذوات الامثال وبقيمتها ان لم يكن لها مثل لا أعلم في هذا خلافاً وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله رسواً فرط في حفظها أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول

الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها وانفاقها وقال دهي كسائر مالك ثم اجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في اباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الشافعي ليس له أكلها في المصر لأنه يمكن بيعها بخلاف الصحراء.

وانا أن ما جاز أكله في الصحراء جاز في المصر كسائر المأكولات ولأن النبي ﷺ قال هي ملك ولم يستفصل ولأن أكلها معطل بما ذكرنا من الاستغناء عن الانفاق عليها وهذا في المصر أشد منه في الصحراء (الثاني) تركها والانفاق عليها من ماله ولا يتملكها فان تركها ولم ينفق عليها ضمنها لأنه فرط فيها وان أنفق عليها متبرعاً لم يرجع على صاحبها فان أنفق بنية الرجوع على صاحبها واشهد على ذلك رجوع عليه بما أنفق في إحدى الروايتين نص عليه أحمد في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراه لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف اذا لم يكن متطوعاً وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها فجاء ربها فانه يقرم له ما أنفق وذلك أنه أنفق على القطة لحفظها فكان من مال صاحبها كونه نجيف الرطب والعنب، (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره ويفارق العنب والرطب فانه قد يكون نجيفه والانفاق عليه أحظ لصاحبه لأن النفقة عليه لا تشكر والحجران يتكرر الانفاق عليه فربما استغرق ثمنه فكان يمه واكله احظ فلذلك لم يرجع

أخذ العين وارش نقصها لان جميعها مضمون اذا تلت فكذلك اذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء
الدين حكوا بملكها بماضي حول التعريف وأما من قال لا يملكها حتى يتملكها لم يضمه إياها حتى
يتملكها وحكمها قبل تملكها إياها حكمها قبل مضي حول التعريف ، ومن قال لا تملك القطة بحال لم
يضمه إياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضمن
وإن ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دلائل دخولها في ملكه ، وقال داود إذا تملك العين
وأُتلفها لم يضمها

وحكي ابن أبي موسى عن أحمد أنه لوح إلى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبي
ﷺ أنه قال « فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتبه من يشاء » فجعله مباحا . وقوله في حديث أبي
ابن كعب فان جاء من يعرفها والا فهي كسبيل مالك . وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا
فشأنك بها » وروي فهي لك ولم يأمره برد بدلها

ولنا قول النبي ﷺ « فان لم تعرف فاستغفها ولتكن ودیعة عندك فان جاء طالبها يوما من
الدهر فادفعها اليه » وقال الأثرم قال أحمد اذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد
مثل ما رواه « ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أفقها ردها اليه » لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه
ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ولأنه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقا كما لو اضطر إلى مال

المنفق عليها بما انفق (الثالث) بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها وله ان يتولى ذلك بنفسه وقال بعض اصحاب
الشافعي يبيعها باذن الامام

ولنا انه اذا جاز له اكلها من غير اذن فبيعها أولى ولم يذكر اصحابنا لها تعريفا في هذه المواضع
وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « خذها فانما هي لك او لاختيك او لذئب » ولم يأمر بتعريفها
كما أمر في لقطة الذهب والورق

ولنا انها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالطعموم الكثير وإنما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها
بعد بيان التعريف فيما سواها فاستغني بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول
سقوط تعريفها كالطعموم واذا أراد بيعها أو أكلها لزمه حفظ صفتها الحديث زيد بن خالد وسند كره ان شاء الله
(فصل) واذا اكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم النائدة فيه فانها لا تنقل من الذمة
في المال المعزول ولو عزل شيئا ثم افلس كان صاحب القطة اسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول فأما
ان باعها وحفظ ثمنها وجا صاحبها اخذها ولم يشاركه فيه احد من الغرماء لانه عين ماله ولا شيء
للفلس فيه فهو كالوديعة

(مسئلة) (الثاني) ما يخشى فساده فيخير بين بيعه وأكله ان كان مما لا يمكن نجيفه كاللأ كبة التي
لا ينجف والطبيخ والبطيخ والخضروات فهو يخير بين اكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز ابقاؤه لانه يتلف

غيره ، وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لأنها تتبع في الرد بالعيب والاقالة فبعت ههنا ، وإن حدث بعد الحول لها ناء منفصل فهو الملتقط لأنه ناء ما يكتف به لا يتبع في الفسوخ فكان له كناء المبيع اذا رد بعيب

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد اذا استرجع أبوه ما وهب له بعد زيادته والصحيح أن الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين الذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت في ما يكتف به الفرق بينها أنه في مسئلتنا بضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الحراج بالضمان وتم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الحراج له والله أعلم ومتى اختلفنا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه لأن الاصل براءة ذمته مما حلف عليه

(فصل) وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوه لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لأن نصرف الملتقط وقع صحيحا لكونها صارت في ملكه وإن صادفها قدرجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لأنه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج اذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا أخذ الاقطة ثم ردها إلى موضعها ضمنها . روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي

فان تركه حتى تلف ضمنه لأنه فرط في حفظه فهو كالوديعة فان أكله ثبتت القيمة في ذمته على ما ذكرنا في الشاة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وله ان يتولى يمينه بنفسه وقال اصحاب الشافعي ليس له يمينه الا باذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة فأما مع القدرة على استثنائه فلا يجوز من غير اذنه لأنه مال معصوم ولا ولاية عليه فلم يجز لغير الحاكم يمينه كغير الملتقط

ولنا انه مال ابيع للملتقط اكله فأبيع له يمينه كماله ومتى اراد يمينه او أكله حفظ صفاته ثم عرفه عاماً على ما ذكره فان تلف الثمن قبل تملكه من غير تفريط او نقص أو تلفت العين او نقصت من غير تفريط فلا ضمان عليه وان تلف او نقص بتفريطه او تلفت الاقطة بتفريطه فعليه ضمانه وكذلك ان تلف بعد تملكه او نقص وان كان مما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحظ للمالكه فان كان في التجفيف فعله ولم يكن له الا ذلك لأنه مال غيره فزومه ما فيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم

(مسألة) (وغرامة التجفيف منه وله يمين بعضه في ذلك)

لأنه موضع حاجة فان أنفق من ماله رجع به لان النفقة ههنا لا تكرر بخلاف نفقة الحيوان فانها تكرر فربما استوعبت قيمته فلا يكون لصاحبه احفظ في امساكها الا باسقاط النفقة وان كان الحظ في يمينه باعه وحفظ منه كالطعام الرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تمين اكله كالطيخ وإن كان اكله انفع لصاحبه فله اكله ايضاً قال شيخنا وبقتضي قول اصحابنا ان العروض لا يملك بالتعريف وان هذا كله لا يجوز له اكله لكن يخبز بين

وقال مالك لا ضمان عليه لما روى الاثرم عن القعنبني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر انه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته ، ولما روي عن جرير ابن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة ولائها لما حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا تحل ، فأما ما لا يحل التقاطه إذا أخذه فيحتمل أن له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولأنه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فانه دخل في ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده الى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه فعلى هذا لا يبرأ الا برده إلى الامام أو نائبه . وأما عمر فهو كان الامام فإذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه انا لحقت بالقر من غير فعله ولا اختياره

(فصل) وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفریط فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فأشبهت الوديعة فان التقطها آخر فعرف انها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياح فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حول ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها لان الملك مقدم

الصدقة به وبين بيعه وقد قال احمد فيمن وجد في منزله طعاما لا يعرفه : يعرفه مالم يخش فساده فان خشى فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك واصحاب الرأي في لقطة ما لا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز اكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم إذا أخذها فإنا هي لك أو لأخيك أو للذئب وهذا تجوز لا لاكل فاذا جاز أكل ما هو محفوظ بنفسه فما يفسد ببقائه أولى وعن احمد انه يبيع اليسير ويرفع الكثير الى الحاكم لان الكثير مال لقبره لم يأذن له في بيعه فيكون امره الى الحاكم واما اليسير فتدخله المساحة ويشق رفعه الى السلطان وربما تضيع عند السلطان

(مسئلة) (الثالث) سائر المال فيلزمه حفظه ويعرف الجميع بالنداء عليه في مجامع الناس كالاسواق وابواب المساجد في اوقات الصلوات حولاً كاملاً من ضاع منه شيء او نفقة واجرة المتأدي عليه) وجملة ذلك ان في التعريف فصولاً ستة في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه ومن يتولاه وكيفيته اما وجوبه فهو واجب على كل ملتقط سواء اراد تملكها أو حفظها لصاحبها الا في اليسير الذي لا تتبعه النفس وقد ذكرناه وقال الشافعي لا يجب على من اراد حفظها لصاحبها ولنا ان النبي ﷺ امر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ولان حفظها لصاحبها انما فائدته ايصالها اليه وطريقه التعريف اما بماؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سيان ولان امساكها

على حق التملك واذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وإن علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستدب له في التعريف وبملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتل وجهين (أحدهما) بملكها لان سبب التملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه مالهو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلم بها ويشبه هذا المتحجر في الموات اذا سبته غيره الى ما حجرة فأحياه به غير اذنه ، فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحداً لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا ما اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهي للصياد لان الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى (ونستخرجون منه حلية تلبسونها فنكون لا نخداه) فان باعها الصياد وام يعلم فوجدتها المشتري في بطنها فهي للصياد نص عليه أحمد لانه اذا لم يعلم ما في بطنها فلم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم

من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها او القائها في غيره ولانه لو لم يجز التعريف لما جاز الالتقاط لان بقاها في مكانها اذا اقرب الى وصولها الى صاحبها اما ان يطلعها في الموضع الذي ضاعت منه فيجدها واما بان يأخذها من يعرفها واخذ هذا لها يفوت الامر من فيحرم فلما جاز الالتقاط لزم وجوب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ولان التعريف واجب على من اراد تملكها وكذلك من اراد حفظها فان التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم ان يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصياتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل) الثاني في قدر التعريف وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي ومالك والشافعي واصحاب الرازي ورووي عن عمر رواية اخري يعرفها ثلاثة اشهر وعنه ثلاثة اعوام لان ابي ابن كعب روي ان النبي ﷺ امره بتعريف مائة الدينار ثلاثة اعوام وقال ابو ايوب الهاشمي مادون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة ايام الى سبعة ايام وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة ايام وقال الثوري في الدرهم يعرفه اربعة ايام وقال اسحق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها وروي ابو اسحق الجوزجاني باسناده عن يعلى بن امية قال : قال رسول الله ﷺ من التقط درهما او حبلا او شبه ذلك فليعرفه ثلاثة ايام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة ايام

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ امره بعصم واحد ولان السنة لا تأخر عنها

يدخل في البيع كمن باع داراً له مال مدفون فيها، وإن وجد في بطنها عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصيد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة، وإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطه لأن ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا لآدمي فيكون لقطه كما لو وجد في البحر، وكذلك الحكم في الدرّة إذا كان فيها أثر لآدمي مثل أن تكون مثقوبة أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرها فإنها تكون لقطه لا يملكها الصياد لأنها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار، وكذلك الحكم في العنبرة إذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالنفاحة مثقوبة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر فهي لقطه، وإن وجدها الصياد فعليه نزعها لأنه ملتهقطها، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لأنه واجدها ولا حاجة إلى البداية بالبايع فإنه لا يمتثل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطه بعرفها ويبدأ بالبايع لأنه يمتثل أن تكون ابتلعتها في ملكه فيبدأ به كقولنا في مشتري الدار إذا وجد فيها مالا مدفوناً، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فخكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطه درة كانت أو غيرها لأن ذلك لا يكون إلا في البحر بحكم العادة، ويحتمل أن تكون الدرّة للصيد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحماً طرياً وتسخرجون حليّة تلبسونها)

القوائل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كدّة أجل العينين فاما حديث أبي فقد قال الراوي لادري ثلاثة اعوام او عام واحد قال ابو داود شك الراوي في ذلك وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وابي أصبح منه وأولى اذا ثبت هذا فانا يجب ان تكون هذه السنة نلي الالتقاط وتكون متواليه لان النبي ﷺ امر بتعريفها حين سئل عنها والامر يقتضي الفور ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالياً لان صاحبها في الغالب إنما يطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لان النهار مجمع الناس وملتقاهم بخلاف الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والاسبوع لان الطالب فيه أكثر ولا يجب فيها بعد ذلك متوالياً وقد روي الجوزجاني باسناده عن معاوية بن عبد الله بن بدر الجهني قال نزلنا مناخركم فوجدت خرقة فيها قريب من مائه دينار فحنت بها الى عمر فقال عرفها ثلاثة ايام على باب المسجد ثم امسكها حتى قرن السنة ولا يقدم من ركب الا انشدتها وقلت الذهب بطريق الشام ثم شانك بها

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وابواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كاد بار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لان المقصود اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد ولان المسجد لم يبن لهذا وروى

الارض حتى أتى لذلك أيام فأتى قربة فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال برده على صاحبه قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال برده على صاحبه فجعل هذا لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذها به عنه والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ما وقع في الحيولة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الحيولة ولم يجمله ههنا لمن وقع في شركة لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانما علم هذا بالخبر أو بوجود ما يبدل على المالك فيه مثل وجود السير في رجله واثار التعلم مثل استجابته للذي يدعوه ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد ما يبدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لان الاصل عدم المالك فيه وابطاحه

(فصل) ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك قال ابو عبد الله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها : لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها ، انما قال ذلك لان سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كالاقتطاع ، ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قربة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروكة وكانت مما لا تشبهه على الاخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به يأخذه وبارك هذا علم به راض ببده عوضا عما أخذه ولا يمتزف أنه له فلا يحصل في تعريفه فائدة فاذا هو ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يتصدق به على ما ذكرنا

إذا استأجر عليه ولأنه سبب المالك فكان على المنتط كالمقصود بملكها ، وقال مالك ان اعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن حفظها وقد ذكرنا الدليل على ذلك (نصل) اذا أخرج التعريف عن الحول الاول مع امكانه اثم لان النبي ﷺ امر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض ابن حمار « لا تكتم ولا تغيب » ولان ذلك وسيلة الى ان لا يعرف صاحبها لان الظاهر انه بعد الحول يسأل عنها ويأس فيترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن احمد لان حكمة التعريف لا تحصل بعده فان تركه في بعض الحول عرف ببقية ويتخرج ان لا يسقط التعريف بتأخيره لانه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالمبادات وسائر الواجبات ولان التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نعمت من التصور فيجب الايمان به لقول النبي ﷺ « اذا امرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فلي هذا اذا أخرج التعريف بعض الحول أو بالتعريف في بقیته وأمه من الحول الثاني وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عد الحول الاول لان شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد ولذلك لو ترك التعريف في بعض الحول الاول لا يملكها بالتعريف بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو اختل بعض الطهارة في الصلاة فأما إن ترك التعريف في الحول الاول لمجزه عنه كالزبيض والمحبوس او لسيان ونحوه ففيه وجهان (احدهما) حكمه

(الثاني) أن يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له باذلا إياها له عوضا عما أخذها فصار كالبيع له أخذها بلسانه فصار كمن قهر انسانا على أخذ ثوبه ودفن اليه درهما
 (الثالث) أنه يرد لها إلى الحاكم لبيعها ويدفع اليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بمحصول عوض عنها ونفعاً لسارق بالتخفيف عنه من الأثم وحنظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على انسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهناهم رضاه من عليه الحق بأخذه أولى ، وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ لثياب انما أخذها ظناً منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة او مثلها وهي ما تشبه بها فينبغي أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كالنقطة في المعنى وبعد التعريف إذا لم تعرف ففيها الالوجه التي ذكرناها إلا أننا إذا قلنا بأخذها أو بيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فأما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لا يزيد عليها لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذها فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولارضي بالمعاوضة بها ، وإذا قلنا إنه يرد لها إلى الحاكم لبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي والله أعلم

(فصل) قال احمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فان جاء صاحبها غرمها له وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن بها فلما من لم يستوف

حكم من تركه لغير عذر لان تعريفه في الحول الاول سبب الملك والحكم ينبغي لانتقا سببه سواء اتفني لعذر او لغيره والثاني بملكها بالتمريف في الحول الثاني لانها لم يؤخره عن وقت امكانه اشبه تعريفها في الحول الاول

(مسألة) فان لم تعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكما كاليراث نص عليه احمد في رواية الجماعة وهو ظاهر كلام الحرقي قوله والا كانت كسائر ماله وعند ابي الخطاب لا تدخل ملكه حتى يتنازلوا واختلف اصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال قوم بملكها بالنية ومنهم من قال بملكها بقوله اخترت ملكها ومنهم من قال لا يملكها الا بقوله والتصرف فيها لان هذا ملك بعوض فلم يحصل الا باختيار المملك كالتفرض

ولنا قول النبي ﷺ فان جاء صاحبها والا نهي كسائر ماله ، وقوله فاستنقها ولو وقف ملكها على نملكها لبيته له ولم يجوز له التصرف قبله وفي لفظ « كلها » وهذه الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب للملك فاذا تم وجب أن يثبت به الملك حكما كالا حياء والاصطباذ ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه

دينه فان كان قد أذن له في بيعها بآءها وامتري دينه من ثمنها ونصدق بالباقي وان لم يكن أذن له في بيعها ردها الى الحاكم ليبيعها ويقضه حقه من ثمنها ويتصدق بباقيه .

(فصل) نقل الفضل بن زياد عن احمد إذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل واحد منهم أنا دفنته بين كل واحد منها ما اتقي دفن فكل من أصاب ارض فهو له وذلك لان ما يوجد في الارض من الدفن مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة والقطة تستحق بوصفها ولان المصيب لوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان أحق به كما لو تنازعه اجنيان فوصفه أحدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فان كان في الجيش فقال أحمد يعرفها سنة في دار الاسلام ثم يطرحها في المقسم انها عرفها في دار الاسلام لان أموال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم ولانه قد لا يمكنه التمسك في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله أعلم يتم التعريف في دار الاسلام فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش القدي هو فيه لانه يحتمل أن تكون لاحدم فاذا قتل أم التعريف في دار الاسلام فلما ان كان دخل دارم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارم لان أموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام ، وان كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا أخذ منها شيئاً ، وان دخل اليهم متاهماً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمة ويحتمل أن تكون غنيمة له لا يحتاج إلى تعريف لان الظاهر أنها من أموالهم وأموالهم غنيمة

الامباصرة الاسباب فاذا انى بها ثبت الحكم قهر أو جبر من الله عز وجل غير ، وقوف على اختيار المكاف فأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه فعلى هذا لو التقطها اثنان فعرقاها حولاً ملكها جميعاً فان قلنا يقف الملك على الاختيار فاختر احدهما دون الآخر ملك المختار نصفها وحده (نصل) فان رأياها معاً فأخذها أحدهما وحده أو رأها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لأخذها لان استحقاقها بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد وان قال أحدهما لصاحبه هاها فأخذها لنفسه فهي له دون الآخر وان أخذها الآخر فهي له كالمالوكه في الاصطياد له

(نصل) ومتى عرف اللقطة حولاً فلم تعرف ملكها غنياً كان أو فقيراً روي ذلك عن عمرو بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي واسحق وابن المنذر وروي عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة نحو ذلك ، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي : يتصدق بها فاذا جاء صاحبها خير بين الاجر والغرم لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولاً » وروي ثلاثة أحوال « فان جاء ربهما والا يتصدق بها فاذا جاء ربهما فرضي بالاجر والا غرمها » ولانها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا يوجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا ولبس له أن يملكها الا أن أبا حنيفة قال له ذلك ان كان فقيراً من غير ذوي القربى

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها)

وجملة ذلك أن الملتقط إذا مات والقطة موجودة بعينها فام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول وبملكها بعد إتمام التعريف ، فإن مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث فإن كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها إن لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته إن اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ، بيدها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول ، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تعريضه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لأنها أمانة في يده ، تلفت بغير تعريضه فلم يضمها كالودعة ، وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تعريض على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها وقد مضى الكلام في ذلك فاما إن لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الحنفي أن صاحبها غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده لأن الاصل بقاؤها ، ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء وبسقط حق صاحبها لأن الاصل براءة ذمة الملتقط منها ويحتمل أن تكون تانت بغير تعريضه فلا نشغل ذمته بالشك ، ويحتمل أنه إن كان الميت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت أمانة عنده ولم تعلم جنايته فيها والاصل براءة ذمته منها ، وإن مات بعد الحول فهي في تركته لأن الاصل بقاؤها الى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له الا بدلها فلم قلتم انها اذا اثبتت الى الوارث بملك صاحبها أخذها؟ قلنا لان الوارث خليفة الموروث وانما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتا لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعا مشروطا بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمنهب فانهما بملكهما مستقران

لما روي عياض بن حمار الجاشعي أن النبي ﷺ قال « من وجد القطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتية من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول فانكره الخلال وقال ليس هذا مذهبا لاحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنقمها » وفي لفظ « وإلا فهي كسائر مالك » وفي لفظ « ثم كلها » وفي لفظ « فانتقم بها » وفي لفظ « فشا نك بها » في حديث أبي بن كعب وفي لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح ولان من ملك بالقرض ملك القطة كالفقير ومن جازله الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يعتمد عليه ولا به ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف الى الله تعالى لا يملكه الا من يستحق الصا

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجمل)

وجملة ذلك أن الجمالة في رد الضالة والآبق وغيرها جائزة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً والاصل في ذلك قول الله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم . وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أنوا حياً من أحياء العرب فلم يقرؤهم فينبأهم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرؤنا فلا نفعل حتى نجعلوا لنا جملاً فجملوا لهم قطع شياه فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ فسألوا النبي ﷺ فقال « وما أدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم » رواه البخاري ولأن الحاجة تدعو الي ذلك فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردها وقد لا يجدمن يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجمل فيه مع جهالة العمل لأنها غير لازمة بخلاف الاجارة ألا ترى أن الاجارة لما كانت لازمة افتقرت الى تدبرمادة والعقود المجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ولأن المجائزة لكل واحد منهما تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة . اذا ثبت هذا فاذا قال من رد علي ضالتي أو عبدي الآبق أو خاط لي هذا التميمي أو بنى لي هذا الخائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد منها الرجوع فيه قبل حصول العمل لكن إن رجم الجاعل قبل التلبس

لها وبطلانها ظاهر فإن الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقاً وملكاً قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

﴿ مسألة ﴾ (وعن أحمد لا يملك الا الائمان وهو ظاهر المذهب وهل له الصدقة بنيرها ؟ على روايتين)
كلما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أئماناً كان أو غيرها وهو ظاهر كلام الحنفي ونقل ذلك عن أحمد فروى عنه محمد بن الحكم في الصياد يقع في شبكته الكيس أو النحاس يعرفه سنة فإن جاء صاحبها وإلا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس وقال ابن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف بعد ذلك حكم الائمان ؟ على روايتين أظهرهما أنها كالائمان قال شيخنا ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الائمان والعروض في ذلك وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف قال القاضي نص عليه أحمد في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً وقال القاضي هو بالخيارين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليري رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول والصدقة بها ؟ على روايتين (احدها) يجوز كما يجوز الصدقة بالغصوب التي لا يعرف أربابها (والثانية) لا يجوز لانه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها وقال الحلال كل من روى عن أحمد روى عنه أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي روى عنه أنه يعرفها أبداً

بالعمل فلا شيء عليه ، وإن رجم بعد التلبس به فعليه للعامل أجره مثله لأنه إنما عمل يعرض فلم يسلم له ، وإن فسخ العامل قبل إتمام العمل فلا شيء له لأنه أقطق حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض وبصير كمال المضاربة وإذا فسخ قبل ظهور الربح ولا بد أن يكون العوض معلوما والفرق بينه وبين العمل من وجهين

(أحدهما) أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولا بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة

إلى جهالة العوض

(والثاني) أن العمل لا بصير لازما فلم يجب كونه معلوما والعوض بصير لازما بإتمام العمل فوجب كونه معلوما ، ويحتمل أن تجوز الجمالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضااتي فله ثلثها فان أحمد قال إذا قال الأمير في النزو من جاء بعشرة ، وس فله رأس جازر قالوا إذا جعل جملا لمن يده على قلعة أو طريق سهل وكان الجميل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا كجارية يهينها العامل فتخرج ههنا مثله فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم ينصح الجمالة وجها واحداً ، وإن كان العمل معلوما مثل أن يقول : من رد عبدي من البصرة أو بني لي هذا الحائط أو خاط قيصي هذا فله كذا صح لأنه إذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى ، وإن عاقبه بدة معلومة فقال من رد لي عبدي من العراق إلى شهر فله دينار ، أو من خاط قيصي هذا في اليوم فله درهم صح لأن المدة إذا جازت مجهولة فمع التدبير أولى فان قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الاجازة فكيف أجزتموه في الجمالة؟ قلنا الفرق بينهما من وجوه (أحدها) أن الجمالة يحتمل فيها الغرر وتجوز

قول قديم رجم عنه واحتجوا بأنه قد روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لقطعة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل ولان الخبر ورد في الأمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها فمثلها لا يقوم مقامها من كل وجه

ولنا عموم الاحاديث في اللقطة فان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « نشأ نك بها - أو - فانتفع بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لقطعة وهو لفظ عام وقد روى الجوزجاني والترمذي في كتابيهما ثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى في منع يوجد في الطريق المعتاد أو في قرية مسكونة؟ قال « عرفه سنة فان جاء صاحبه والافشأ نك به » وروى ان سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فان عرفت والافهي لك زاد الجوزجاني فلم تعرف فلقبه بها العام فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسول الله ﷺ أمرنا بذلك ورواه النسائي وهذا نص في غير الأمان وروى الجوزجاني بإسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال أتى وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية يوم

جهالة العمل والمدة بخلاف الاجارة . (الثاني) أن الجمالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الفرر ضرر بخلاف الاجارة فانها عقد لازم فاذا دخل فيها مع الفرر لزمه ذلك . (الثالث) أن الاجارة إذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها فاذا جعم بين تقدير المدة والعمل فرما عمله قبل المدة فان قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المقنود عليه ، وان قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل ، فان اقتضت المدة قبل عمله فألزمناه أمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المقنود عليها ، وان قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمقنود عليه من العمل بخلاف مسئلتنا فان العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ان أتى به فيها استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر ، وان لم يف به فيها فلا شيء له إذا ثبت هذا فانما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن يلفه ذلك لانه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل كالأجر في الاجارة

(فصل) ويجوز أن يجعل الجعل في الجمالة لو احد بعينه فيقول له ان رددت عدي فلانك دينار فلا يستحق الجعل من برده سواء ، ويجوز أن يجعله لغير معين فيقول من رد عدي فله دينار فن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لو احد في رده شيئاً معلوماً ولا آخر أكثر منه أو أقل ويجوز أن يجعل للمتعين عوضاً وسائر الناس عوضاً آخر لانه يجوز أن يكون الأجر في الاجارة مختلفاً مع التساوي في العمل فهنا أولى فان قال من رد لقطتي فله دينار فردها ثلاثة فلهم الدينار بينهم اثلاثاً لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض فاشتركوا في العوض كالأجر في الاجارة فان قيل ليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينار كاملاً فلم لا يكون ههنا كذلك ؟

يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامناً متى جاء صاحبه دفعت اليه ثمنه وان لم يجيء له طالب فهو لك ان شئت ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأمان وما حكوه عن الصحابة ان صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطعة لا تملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالأمان وقياسها على الأبل لا يصح لان معها حذاءها وسقاءها ترد اناء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربهـا ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الأبل لا يجوز التقاطها فلا تملك وههنا يجوز التقاطها فلك به كالأمان وقولهم ان النص خاص في الأمان قلنا بل هو عام في كل لقطعة فيجب العمل بعمومه وان ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأمان ثم لو اختص الخبر بالأمان لوجب أن يقاس عليها ما في معناها كسائر النصوص التي عقل في معناها ووجد غيرها وههنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه بل المعنى ههنا أكد فيثبت الحكم فيه بطريق اليقينة، يانه أن الأمان لا تتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائماً هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس وفي إباحة الاتقاع بها وملسكها بعد التعريف حفظ لما ليتها على صاحبها بدفع

قلنا لان كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا كدخول المنفرد فاستحق العرض كاملا وهما لم يردوا واحد منهم كاملا انما اشتركوا فيه فاشتركا في عوضه فنظير مسألة الدخول ما لو قال من رد عبدا من عبيدي فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً ونظير مسألة الرد ما لو قال من قب السور فله دينار فنقب ثلاثة نقبا واحداً فان جعل لواحد في ردها دينارا ولا آخر دينارين وثالث ثلاثة فردة الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فان جعل لواحد دينارا ولا آخرين عوضا مجبولا فردوه معا فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما، وان جعل لواحد شيئا في ردها فردها هو وآخران معه وقالوا ردنا معاونة له استحق جميع الجمل ولا شيء لهما وإن قالوا ردناه لناخذ العوض لانفسنا فلا شيء لهما لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجمل ولم يستحق الآخران شيئا لأنهما عملا من غير جمل وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا (نصل) وان قال من رد عبيدي من بلد كذا فله دينار فرده انسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجمل لانه عمل نصف العمل، وكذلك لو قال من رد عبيدي فله دينار فرد أحدهما فله نصف الدينار لانه رد نصف العبدین، وان رد العبد من غير البلد المسمى فلا شيء له لانه لم يعمل في ردده منه شيئا فشيء ما لو جعل في رد أحد عبديه شيئا فرد الآخر، ولو قال من رد عبيدي فله دينار فرده انسان الى نصف الطريق فهرب منه لم يستحق شيئا لانه شرط الجمل برده ولم يرده وكذلك لو مات كابلوا استأجر لحياطة ثوب فخطه ولم يسله حتى تلف لم يستحق أجره فان قيل فان كان الجامل قال من وجد لقطتي فله دينار فند وجد الوجدان؟ قلنا قربنة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد الوجدان لمجرد وانما الكفاية بذكر الوجدان لانه سبب الرد فنصار كأنه قال من وجد لقطتي فردها على

قيمتها اليه ونفع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه ولان في ائيات الملك حثاً على اتقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للادمي وفي نهي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلف من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد فتضييع وما ذكره في الفرق لمغني في الشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ثم يمكننا أن نقبس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الفرع والاصل ثم نقول لقطعة لا تملك في الحرم فما أبيع التقاطه منها ملك اذا كان في الحل وما لا يباح لا يملك كالابل

﴿مسئلة﴾ (وعن احمد أن لقطعة الحرم لا تملك بحال)

المشهور عن أحمد وفي المذهب أن لقطعة الحرم والحل سواء وهو ظاهر كلام الحرثي روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وإبي حنيفة وروي عن أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطعة الحرم للتبليص ويجوز لحفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبو عبيد وعن الشافعي (المغني والشرح الكبير) (٤٥) (الجزء السادس)

(فصل) والجماعة نسائي الاجارة في اعتبار العلم بالعرض وما كان عرضاً في الاجارة جاز أن يكون عرضاً في الجملة وما لا فلا ، وفي ان ماجاز أخذ العرض عليه في الاجارة من الاعمال جاز أخذه عليه في الجملة وما لا يجوز أخذ الاجرة عليه في الاجارة مثل الفناء والزمر وسائر الحرمات لا يجوز أخذ الجمل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجمل عليه فان كان مما يتعدى نفعه كالاذان والاقامة والحج فنيه وجهان كالروايتين في الاجارة ويفارق الاجارة في انه عقد جائز وهي لازمة وانه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، فلي هذا متى شرط عرضاً مجبولاً كقوله إن رددت عبدي فلك ثوب أو فلك سلبه أو شرط عرضاً محرماً كالخمر والحمر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدي فله ثابته أو من رد عبدي فله أحدهما فرده إنسان استحق أجر المثل لانه عمل عملاً بعرض لم يسلم له فاستحق أجره كما في الاجارة

(فصل) ومن رد لقطه أو ضالة أو عمل لغيره عملاً غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عرضاً لانعلم في هذا خلافاً لانه عمل يستحق به العرض مع المعارضة فلا يستحق مع مدمها كالعمل في الاجارة فان اختلفا في الجمل فقال جعلت لي في رد لقطتي كذا فأنكره المالك فاقول قوله مع يمينه لان الاصل معه ، وان اختلفا على العرض واختلفا في قدره فاقول قول المالك لان الاصل عدم الزند اختلف فيه ولان القول قوله في أصل العرض فكذلك في قدره كرب المال في المضاربة ، وبمحمول أن يتحاشا كاتباً يمين إذا اختلفا في قدر الثمن والاجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الاجر ، فلي هذا إن اختلفا فسخ العقد ووجب أجر المثل وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة فقال جعلت لك الجمل على ردها من

كالذهبين لقول النبي ﷺ في مكة « لا تحل ساقطتها الا لمنشد » متفق عليه والمنشد المعروف قاله أبو عبيد والناشد الطالب وينشد * اصاخة الناشر للمنشد *

فيكون معناه لا تحل لقطه مكة الا لمن يعرفها لانها خصت بهذا من بين سائر البلدان وروى أبو داود باسناده أن النبي ﷺ نهى عن لقطه الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها ، ووجه الرواية الاولى عموم الاحاديث ، ولانه أحد الحرمين أشبه حرم المدينة ولانها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعه وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الا لمنشد » يحتمل أنه يريد الا لمن عرفها علماً ونخصبها بذلك لتأكيدها لقوله عليه السلام « ضالة المؤمن حرق النار » وضالة الذي مقيسة عليها والله أعلم (فصل) ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وءاها ووكاهها وقدرها وجنسها وصفتها ، ويستحب ذلك عند وجدانها والاشهاد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد « اعرف وكاهها وعفاصها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف تفاصها ووكاهها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي ابن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأثبت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال « عرفها حولاً » « عرفها حولاً فلم تعرف فرجعت اليه فقال اعرف « عدتها ووعاءها ووكاهها واخطها بمالك فان جاء

حلب فقال بل على ردها من حصص ، وان اختلفا في عين العبد الذي جعل الجمل في رده فقال رددت العبد الذي شرطت لي الجمل فيه قال بل شرطت لك الجمل في العبد الذي لم ترده فاقول قول المالك لانه اعلم شرطه ولانه ادعى عليه شرطاً في هذا العقد فانكره والاصل عدم الشرط

(فصل) أما العبد الآبق فانه يستحق الجمل برده وإن لم بشرط له روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز ومالك وأصحاب الرأي وقد روي عن أحمد انه لم يكن يوجب ذلك . قال ابن منصور مثل أحمد عن جندب الآبق فقال لأدري قد تكلم الناس فيه لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الحرقى فانه قال : وإذا أبق العبد فلن جاء به إلى سيده ما أتفق عليه ، ولم يذكر جعلاً وهذا قول النخعي والثاني وابن المنذر لانه عمل لغيره عملاً من غير أن بشرط له عوضاً لم يستحق شيئاً كما لو رد جمل الشارد

ووجه الرواية الأولى ما روى عمرو بن دينار وابن أبي مبيكة أن النبي ﷺ جعل في جمل الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً وأيضاً فانه قول من سمينا من الضعابة ولم نعرف لهم في زمتهم مخالفاً فكان إجماعاً . ولان في شرط الجمل في ردم حنا على رد الآبق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم ، فيبغي أن يكون مشروعاً لهذه المصاحبة ، وبهذا فارق رد الشارد فانه لا يفتني إلى ذلك . والرواية الأخرى أقرب إلى المصلحة لان الأصل عدم الوجوب ،

رهباً فأدعا اليه فني هذا الحديث أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها بعين التقاطها قبل تعريفها وهو الأولى ليحصل عنده علم ذلك فني جاء صاحبها فتمها غلب على ظنه صدقه فدفعها اليه وان آخر معرفة ذلك إلى حين مجيء بائعها جاز لأن المقصود يحصل حينئذ فان لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تعمد بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء طالبها ولذلك ان خلطها بماله على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي صلى الله عليه وسلم لابي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر ايجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط أمر استحباب ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها وان كانت ثياباً عرف لثيابها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر ؟ أنشوطة أو غيرها ؟ ويعرف صمام القارورة الذي يدخل رأسها وعقاصها الذي يلبسه ويستحب ان يشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد لا أحب أن يمسه حتى يشهد عليها . فظاهر هذا انه مستحب غير واجب وانه لا ضمان عليه اذا لم يشهد وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يضمنها اذا لم يشهد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه

ولنا خير زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الاشهاد ولو كان واجباً ليينه

والخبر المروي في هذا مرسل وفيه مقال ولم يثبت الاجماع فيه ولا القياس فانه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضا فانه ليس الظاهر هرجهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم . فأما على الرواية الأولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجمل فروي عن أحمد انه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المهر وإن رده من خارجه ففيه روايتان (إحداهما) يلزمه دينار أو اثني عشر درهما للخبر المروي فيه ولأن ذلك بروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما (والثانية) له أربعون درهما إن رده من خارج المهر . اختارها الحلال وهو قول ابن مسعود وشريح فروي أبو عمرو الشيباني قال قلت لعبد الله بن مسعود : أني أصبت عبيداً أباقا فقال لك أجر وغنيمة ، قلت هذا الاجر فما الغنيمة ؟ قال من كل رأس أربعين درهما

وقال ابو إسحاق أعطيت الجمل في زمن معاوية أربعين درهما . وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الاول . قال الحلال : حديث ابن مسعود أصح إسناداً . وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال إذا وجدته على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير . وقال أبو حنيفة إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهما وإن كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذي نعى اليه . ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجمل على قيمة العبد أو لا يزيد وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة إن كان قليل القيمة نقص الجمل من قيمته درهما لئلا يفوت عليه العبد جميعه

وانما عموم الدليل ولأنه جمل يستحق في رد الآبق فاستحقه وان زاد على قيمته كما لو جمعه له صاحبه ويستحقه ان مات سيده في تركته وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف ان كان الذي رده من ورثة المولى سقط الجمل

فانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة سيما وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الاستجاب ولأنه أخذ أمانة فلم يفتقر إلى الاشهاد كالوديمة ، والمعنى الذي ذكره غير صحيح فانه إذا حفظها وعرفها لم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه من الطمع فيها وحفظها من ورثته ان مات ومن غرمانه ان أفسس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها كما قلنا في التعريف لكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع . قال أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا أشهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ، ولكن يقول قد أصبت لقطه ، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت له مخافة أن ينساها ان اقتصر على حفظها بقلبه فان الانسان عرضة النسيان

﴿ مسألة ﴾ (فتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها اليه بنها المتصل وزيادتها المنفصلة لما لا يكها قبل الحلول ولو أخذها بهده في أصح الوجهين)

إذا جاء طالب اللقطة فوصفها وجب دفعها اليه بغير بينة سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يظن . وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا بينة

وانا ان هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالأجر في الاجارة وكما لو كان من غير ورثة ،
المولى اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون من رده معروفاً يرد الآبق أو لم يكن وبهذا قال اصحاب الرأي
وقال مالك ان كان معروفاً بذلك استحق الجمل والآبق ولنا الخير والآثر المذكور من غير تفريق
ولانه رد آبقاً فاستحق الجمل كالمعروف بردم

(فصل) ويجوز اخذ الآبق لمن وجده وبهذا قال مالك والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه
خلافاً وذلك لان العبد لا يؤمن لحانه بدار الحرب وارناده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد بخلاف
الضوال التي تحفظ نفسها فاذا اخذته فهو امانة في يده ان تلف بغير تفريطه فلا ضمان عليه وان وجد
صاحبه دفعه اليه اذا أقام به البينة او اعترف العبد انه سيده وان لم يجد سيده دفعه الى الامام او نائبه
فيحفظه لصاحبه أو يبيعه ان رأى المصلحة في بيعه ونحو ذلك قال مالك واصحاب الرأي ولا نعلم فيه
مخالفاً وايسر ملتقطه بيعه ولا تملكه بعد تعريفه لان العبد يحتفظ بنفسه فهو كضوال الآبق فان
باعه فالبيع فاسد في قول عامة اهل العلم منهم ابو حنيفة والشافعي وان باعه الامام لمصلحة رآها في
بيعه فجا سيده فاعترف انه كان يعتقه قبل منه لانه لا يجبر الى نفسه بهذا نفعا ولا يذبح عنها ضرراً
ويحتمل ان لا يقبل لانه ملك لغيره فلا يقبل اقراره في ملك غيره كولو باعه السيد ثم اقر بعنته فعلى هذا
ليس لسيدة اخذت منه لانه يقرانه حر ولا يستحق ثمنه ولو كان يؤخذ الى بيت المال لانه لا يستحق له فهو
كثركة من مات ولا وارث له فان عاد السيد فأذكر العتق وطلب المال دفع اليه لانه مال لا منازعة له فيه

(فصل) واذا ابق العبد فحصل في يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخران فلانا الذي
صفته كذا وكذا واستقصى صفاته عبد فلان بن فلان ابق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم الى
الحاكم الذي عنده العبد ثبت عندي اباق عبد فلان الذي صفته كذا وكذا قبل كتابه وسلم اليه

ويجوز له دفعها اليه إذا غلب على ظنه صدقه ، وقال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلاً بذلك
لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البينة على المدعي» ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمصوب
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان جاءك أحد يخبرك بمددها ووطئها ووكأها فادفعها اليه»
وظاهر الأمر الوجوب ، وفي حديث زيد «اعرف وكأها وعفاها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها
وإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادها اليه» يعني اذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور في صدر
الحديث ولم يذكر البينة ولو كانت شرطاً للدفع لذكرها لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة
ولأن اقامة البينة على اللقطة تتعذر لانها انما تسقط حال الغفلة فتوقف دفعها على البينة منع لوصولها
الى صاحبها أبداً وهذا يقوت مقصود الالتقاط ويفضي الى تقويت أموال الناس وما هذا سيئله يسقط
اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم ، والجمع بين هذا القول وبين تفصيل الالتقاط على تركه متناقض
لان الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم وأنما بالنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدونه بتركه

العبد وهذا قول أبي يوسف واحد قول الشافعي إلا أن أبا يوسف قال يأخذه كقبلائين البيئنة أثبتته بصقائه كما ثبت في القصة بوصفه في السلم وقول أبو حنيفة ومحمد لا يجب تسليمه لأنهم لا يشهدون على عينه وإنما يشهدون بالصفات وقد تنفق الصفات مع اختلاف الاعيان ويفارق المسلم فيه فإن الواجب أقل ما يوجد منه الصفة وهو غير معين

ولنا أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا هاهنا إذا ثبت وجوب تسليمه فإن الحاكم الذي يسلمه بخدمته في عنقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأسه ويدفعه إلى المدعي أو وكيله ليحمله إلى الحاكم الكاتب يشهد الشهود على عينه فإن شهدوا بعينه سلم إلى مدعيه وإن لم يشهدوا وجب رده إلى الحاكم الأول ويكون في ضمان الذي أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق

(مسئلة) قال (وان كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجمل لم يميز له أخذه)

إنما كان كذلك لأنه إذا التقطها قبل أن يبايعه الجمل فقد التقطها بغير عرض وعمل في مال غيره بغير جهل جهل فلا يستحق شيئاً كما لو التقطها ولم يجهل ربها فيها شيئاً وفارق الملتقط بعد بلوغه الجمل فإنه إنما يبدل منافعه بعرض جعل له فاستحقه كالأجير إذا عمل بعد العقد وسواء كان التقاطها لها بعد الجمل أو قبله لما ذكرنا ولا يستحق أخذ الجمل بردها لأن الرد واجب عليه من غير عوض فلم يميز أخذ العرض عن الواجب كسائر الواجبات، وإنما يأخذه الملتقط في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح إذا ثبت هذا فإن ملتقطها قبل أن يلقه الجمل لا يستحق شيئاً سواء ردها لعلة الجمل أو لغيره لأنه إذا لم يستحقه مع قصده إياه وعمله من أجله فلا يستحقه مع عدم

الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً، وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يميز التقاطها لما ذكرناه، وقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيئنة على المدعي» يعني إذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكرهنا على أن البيئنة تختلف وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بيئنة مدعي اللقطة وصفها فإذا وصفها فقد أقام بيئته وقياس اللقطة على المنصوب غير صحيح فإن النزاع ثم في كونه منصوباً والأصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتجج إلى البيئنة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وإن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف وقد يرجح صدقه فينبغي أن يدفع إليه .

(فصل) ويدفعها إليه زيادتها المتصلة والمنفصلة إذا كان قبل الحول لأنها ملكة فان وجدها زائدة بعد الحول أخذها زيادتها المتصلة لأنها تنبع في الرد بالبيع والأقالة فتبعت ههنا وإن حدثت بعد الحول لها ثناء منفصل فهو الملتقط لأنه ثناء ملكة متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كتماء البيع إذا رد ببيع

ذلك اولي ، وانا ذكر الحرقي ردها لعله الجمل ان شاء الله لينبه به على عدم استحقاته فيما اذا ردها لغير علمه ولان الحاجة انما ندعو الى معرفة الحكم فيمن يريد الجمل أما من تركه ولا يريد فلا يقع التنازع فيه غالباً والله اعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان الذي وجد اللقطة سفياً او طفلاً قام وليه بتعريفها فان تمت

السنة ضمها الى مال واجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه اذا التقط أحدهم لقطعة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولان هذا تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب وان تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه لانه اخذ ماله أخذه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها لانه ليس من أهل الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتعلق به حقه فاذا تركها في يده كان مضياً لها واذا أخذها الولي عرفها لان واجدها ليس من أهل التعريف فاذا انقضت مدة التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب الملك تم شرطه فثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا أن أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لها بملكها والاذلا وقال بعضهم بملكها بما بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون ملكه مصلحة له.

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الاقتراض له لانه يكون تبرعاً بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال أحمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطعة ثم كبر فان

وذكر أبو الخطاب فيه وجهاً آخر أنه يكون لصاحب اللقطة بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه له بعد زيادته المنفصلة والصحيح ان الزيادة الملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضوعين اللذين ذكرهما ان الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما انه في مسئلتنا يضمن النقص فتكون الزيادة له ليكون الخراج بالضمان وهم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه اذا كانت اللقطة قد استهلك في يد الملتقط لانه غارم

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمها وبعده يضمها)

لانها امانة في يده الا أن تكون تلفت أو نقصت بتفريطه كالوديعة وان ألقها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمنزلة ان كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن مثابة، قال شيخنا لا أعلم فيه خلافاً

وجد صاحبها ذهبها إليه ولا تصدق بها، قدمضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال أجل التعريف، قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في اقتضاء أجل التعريف إذا لم يجد صاحبها أتصدق بمال الغير؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها فانه لا يملكها وان عرفها فيما بعد ذلك، لان التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها وترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه اذا ترك التعريف لمذرك كان كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا في هذا وجبين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنائير فذهب بها الى منزله فضاغت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها، وان لم يجد عشرة وكان يجحف به تصدق قليلا قليلا، قال القاضي معنى هذا أنها نلت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها (فصل) فاذا وجد العبد لقطه فله أخذها بغير إذن سيده ويصح التقاطه، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر لا يصح التقاطه لان اللقطة في الحول الاول أمانة ولا ية في الثاني تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك

ولنا عموم الخبر، ولان الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه نصح من العبد كالاخطاب والاصطياد، ولان من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحجر، وقولهم ان العبد ليس من أهل الولايات والامانات يطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا، وقولهم ان العبد لا يملك ممنوع وان سلطنا فانه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب ولان الالتقاط تخايس مال من الهلاك فجاز من العبد بغير إذن سيده كاتخاذ المال الفریق والمنصوب، اذا ثبت هذا فان التقط العبد لقطه كانت أمانة في يده ان نلت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن وان نلت بتفريطه أو اتلاف وجب ضمانها في رقبته كسائر جنائياته، وان عرفها صح تعريفه لان له قولاً صحيحاً فصح تعريفه كالحجر فاذا تم حول التعريف

وان نلت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لانها دخلت في ملكه ونلت من ماله وسواء فرط أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة بعد الحول أخذ العين وارث النقص لأن جميعها مضمون اذا تلف فكذلك ارث نقصها، وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكها بضي حول التعريف، قلنا من قال لا يملكها إلا باختياره لم يضمنه اياها حتى يتملكها وحكمها قبل ذلك كحكمها قبل مضي حول التعريف، ومن قال لا يملك اللقطة بحال لم يضمنه اياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضمن، وان ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه وقال داود اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها وحكى ابن أبي موسى عن احمد انه لوح الى مثل هذا القول لحديث عياض عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « فان جاء ربه والافوه مال الله يؤتیه من بشاء » وقوله في حديث أبي بن كعب « فان جاء من يعرفها وإلا فهي كسبيل مالك » وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فشا نك بها » وروي « فهي لك » ولم يأمره برد بدلها .

ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده وان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فاذا انتزعا بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا كاملا وان كان العبد قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه فان اختار السيد اقرارها في يد عبده نظرت فان كان العبد أميناً جاز وكان السيد مستعينا بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله، وان كان العبد غير أمين كان السيد مفترطاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كولو أخذها من يده ثم ردها اليه لان يد العبد كيد وما يستحق بها فهو لسيده، وان أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان فان أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فرفها وأدى الامانة فيها فتلفت في الحول الاول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لانها لم تلتف بتفريط من أحدهما وان لم يؤد الامانة فيها وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقبة العبد وخدمة السيد جميعاً لأن التفريط حصل منهما جميعاً

(فصل) والمكاتب كالحرف في اللقطة لان المال له في الحال واكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه فان عجز عاد عبدا وصار حكمه في اللقطة حكم العبد على ما مر بيانه، وام الولد والمعلق عتقه بصفة والمدير كالتفن، ومن نصفه حر اذا التقط شيئاً ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر اكسابه وهي بينهما في حول التعريف كالحرفين التقطت لقطه، وإن كان بينهما مهايأة ففيها وجهان (أحدهما) لا تدخل في المهايأة لانها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم تدخل في المهايأة وتكون بينهما (والثاني) تدخل في المهايأة لانها من كسبه فأشبهت سائر اكسابه فان وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركاً بين اثنين فلقطتها بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان لم تعرف فاستنقها وتكن وديمة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفها اليه» قال الانترم قال أحمد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يزوه أحد مثل ما رواه ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه ولانها عين يلزمه ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا ألتفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقاً كما لو اضطر الى مال غيره

(فصل) فان وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط يبيع أو هبة أو نحوها لم يكن له أخذها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحاً لانه ملكها فان صادفها وقد عادت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين بهاله في يد ملتقطه فكان له أخذها كالزوج اذا طلق (المغني والشرح الكبير) (٤٦) (الجزء السادس)

(فصل) والذمي في الالتقاط كالسلم ومن أصحاب الشافعي من قال ليس له الالتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالخس والاحتطاب وما ذكره يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم لامانة . اذا ثبت هذا فانه ان عرف القطة حولاً ملكها كالسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم اليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ويعرفها لانا لأنامن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخجل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها المنتقط ويحتمل أن تنزع من بد الذمي وتوضع على بد عدل لانه غير مأمون عليها

(فصل) ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ القطة لانه يعرض نفسه للامانة وليس هو من أهلها فان التقط صح التقاطه لانها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب ، ولانه اذا صح التقاط الكافر فالسلم أولى فاذا التقطها فعرفها حولاً ملكها كاهدل ، وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي لانه لأنأمنه عليها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي ، وقال في الآخر ينزعها من يده وبضعها في بد عدل

ولنا أن من خلي بينه وبين الودبة لم ينزل يده عن القطة كاهدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انزعجت من يده وترك في بد عدل فاذا عرفها وامت السنة ملكها منتقطاً لان سبب الملك وجد منه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وجد الشاة بمصر أو بمهاكة فهي لقطة)

يعني أنه يباح أخذها والتقاطها وحكمها اذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده هذا الصحيح من مذهب احمد وقول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة الأنم في الموضع المحرف عليها له أكلها وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صفار السباع وهي الثعلب

قبل الدخول فوجد أصدقا قد رجع الى المرأة وسائر الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما ذكره ان شاء الله تعالى .

﴿مسئلة﴾ (وان وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين ذكره أبو الخطاب)

لانها تساويانها يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما ، والوجه الثاني أنه يقرع بينهما فمن وقت له القرعة حلف وسلمت اليه ذكره القاضي وهكذا إن أقاما بينتين وهذا الوجه أشبه باصولنا فيها إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانها تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البينة أو عدمها فتكون لمن وقت له القرعة كما لو ادعيا ودبعة في يد إنسان فقال هي لاحد كما لا أعرف عينه ، وفارق ما إذا كانت في أيديهما لان بكل واحد منها على نصفه فرجح قوله فيه

وإن آرى والذئب وولد الاسد ونحوها، فما لا يمنع منها كفصلان الابل وعجول البقر وانلا الخيل والدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطه وبررى عن احمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها . وقال الليث ابن سعد لا أحب أن يقر بها الا أن يجرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ « لا يؤوي الضالة لا ضال » ولأنه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ لما مثل عن الشاة « خذها فانما هي لك أو لاخيك أو لذئب » متفق عليه ، ولأنه يخشى عليه انتاف والضياع فأشبهه لقطة غير الحيوان وحدبنا أخص من حديثهم فنخصه به والتماس على الابل لا يصح فإن النبي ﷺ عالج منع التقاطها بأن معها حذامها وسقاها وهذا معدوم في الغنم ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجرز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه . اذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بملكة ، وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء اذبحها وكأها ، وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك أو لاخيك أو لذئب » والذئب لا يكون في المصر

ولنا ان النبي ﷺ قال « خذها » ولم يفرق ولم يستفصل ولو افرق الحال لسأل او استفصل ولاها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر الاقطاعات ، وقولهم إن الذئب لا يكون الا في الصحراء قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر . اذا ثبت هذا فانه متى عرفها حولها كاملا ملكها وذكر القاضي وأبو الخطاب عن احمد رواية أخرى انه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لاخيك » فأضافها اليه بلام التمايك ولأنها يباح التقاطها فملك بالتعريف كالائمان ولان ذلك اجماع حكاه ابن عبد البر .

﴿ مسألة ﴾ (فان أقام آخر بينة أنها له قدم لان البينة أقوى من الواصف فان كان الواصف قد أخذها ردت إلى صاحب البينة لاتنا تبينا أنها له ، فان كانت قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف والدافع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء اذا قانا بوجود الدفع عليه لأنه فعل ما أمر به ولم يفرط وهو أمين فلم يضمن كما لو دفعها بامر الحاكم ولأنه اذا كان الدفع واجباً عليه بأثم بتركه فكأنه دفع بغير اختياره فلم يضمن كما لو أخذت منه كرها ، ووجه الاول أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الودعة الى غير مالكمها اذا غلب على ظنه أنه مالكمها .

(مسألة) (الا أن يدفعها بحكم الحاكم فلا يملك صاحبها مطالبته)

لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتلف عنده وإن ضمن الدافع رجع على الواصف لانه كان سبب تفرقه الا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف

(فصل) ويتخير ملتقطها بين ثلاثة اشياء (اكلها في الحال) وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة النعم في المواضع الخوف عليها له أكلها ، والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لأخيك أو للذئب » فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأني بأكلها ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الاتفاق عليها وحراسة لمايتها على صاحبها إذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكاملها من غير نقص وفي إبقائها تضييع للمال بالاتفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى، ومتى أراد أكلها حفظ صفها فتي جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم إلا مالكا فانه قال كلفها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول النبي ﷺ « هي لك » ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرماً وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يعرف ولا يعرف ، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله ، وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن عمرو « رد على أخيك ضالته » دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولائها لقطعة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولائها ملك لصاحبها فلم يجوز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولائها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا أتلفها كلقطة الذهب وقول النبي ﷺ « هي لك » لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد أذن في لقطعة الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها واتفاقها ، وقال هي كسائر مالك ثم أجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر ، وقال مالك وأبو عبيد وأصحاب الشافعي وابن المنذر ليس له أكلها في المصر لانه يمكنه ييها بخلاف الصحراء ولنا أن ماجاز أكله في الصحراء أبيض في المصر كسائر المأكولات ولان النبي ﷺ قال : « هي لك » ولم يفرق ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الاتفاق عليها ، وهذا في المصر

أنها له فانه لا يرجع عليه لانه أقر انه مالكا ومستحقها وان صاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يرجع على غير ظالمه، وان كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه اياها رجوع على الواصف بما غرمه وليس لمالكها تضمين الواصف لان الذي قبضه انما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما اذا سلم العين فأما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاهم يستحق شيئاً لان الاول استحقها لوصفه اياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انزاعها منه فوجب ابقاؤها في يده كسائر ماله .

(فصل) ولو جاء مدعي اللقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجوز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لانها أمانة فلم يجوز دفعها الى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة، فان دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بها بينة لزم الدافع غرامتها له لانه فونها على مالكا بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين آخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها

أشد منه في الصحراء (الثمان) أن يمسكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يتملكها، وإن أحب أن ينفق عليها محتسباً بالنفقة على مالها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة على روايتين : (أحدهما) يرجع به نص عليه في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم فقضي أن الفراه لصاحب الطيرة ويرجع بالملف إذا لم يكن متطوعاً، وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ربه بأنه يفرم له ما أنفق وذلك لأنه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كقوة الرطب والضب (والرواية الثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع كما لو بنى داره، ويفارق الضب والرطب فإنه ربما كان تجفيفه والاتفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لأن النفقة لا تسكر والحيوان يسكر الاتفاق عليه فرم استغرق قيمته فكان يبعه أو أكله أحظ فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق . (الثالث) أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام .

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير إذن قيمتها أولى ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فإنه صلى الله عليه وسلم قال « خذها فانما هي لك أو لاختك أو للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالطعوم الكثير وانما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالطعوم .

(فصل) إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة في ذلك فلها لا تنتقل

فللملتقط مطالبة أخذها لانه لا يأمن بحيء صاحبها فينرمه إياها ولانها أمانة في يده فملك الاخذ من غاصبها كالوديعة .

(فصل) فان كان الملتقط قد مات واللقطة موجودة قام وارثه مقامه في تعريفها أو انعامه ان مات قبل انعام الحول ويمسكها بعد انعام التعريف وان مات بعد تمام الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث وان كانت معدومة الدين فصاحبها غريم للميت بمثله ان كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته ان اتسعت لذلك فان ضاقت التركة زاحم الثرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لانها قد دخلت في ملكه بمضي الحول، وان علم أنها تلفت قبل الحول بغير تقريط فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لانها أمانة في يده تلفت بغير تقريط فلم يضمنها كالوديعة وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها بغير تقريط عند من يرى أنها لا تدخل في ملكه حتى يتملكها أو أنها لا تملك بحال وقدم

من الذمة الى المال المعزول ولو عزل شيئاً ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الفرما ولم يختص بالمال المعزول وان بائها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الفرما لأنه عين ماله لا شيء للفلس فيه .

(فصل وإذا التقت ما لا يبقى عاما فذلك نوعان (أحدهما) ما لا يبقى بهلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ وإنما كمة التي لا تجفف والخضراوات فهو مخير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز إبقاءه لأنه ي تلف فان تركه حتى تلف فهو من ضمانه لأنه فرط. في حفظه فلزمه ضمانه كالوديعه، فان أكله ثبتت الذمة في ذمته على ما ذكرناه في لقطه الثمن وإن باعه وحفظ ثمنه جاز وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وله أن يتولى بيعه بنفسه ، وعن أحمد له بيع البشير وان كان كبيراً دفعه إلى السلطان . وقال أصحاب الشافعي ليس له بيعه إلا بإذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه لأنه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجوز لغير الحاكم بيعه كغير القطعة ولنا أنه مال ابيع للملتقط أكله فايح له بيعه كاله ولأنه مال ابيع له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه كاله . اذا ثبت هذا فإنه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاما فإذا جاء صاحبه فان كان قد باعه وحفظ ثمنه دمه اليه وإن كان قد أكله أو اكل ثمنه غرمه له بقيمته يوم أكله وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه أو نقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريطه فلا ضمان على الملتقط ، وان تلفت أو نقصت أو نقص الثمن لتفريطه فعلى الملتقط ضمانه وكذلك ان تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمنه (النوع الثاني) ما يمكن إبقاءه بهلاج كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحظ لصاحبه فان كان في التجفيف جفقه ولم يكن له الا ذلك لأنه مال غيره فلزمه ما فيه الحظ لصاحبه كولي البتيم ، وان احتاج في التجفيف الى غرامة باع بعضه في ذلك ، وان كان الحظ في بيعه باعه

مضى الكلام في ذلك، فأما ان لم يلم تلفها ولا وجدت في تركته فظاهر كلام الحنفي أنه غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها لأنه يحتمل أن تكون قد تلفت بغير تفريط فلا تشتغل ذمته بالشك ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت امانة عنده ولم تعد حياته فيها والاصل براءة ذمته منها وان مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه . فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط إياها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلتم أنها إذا انتقلت الى الوارث يملك صاحبها أخذها؟ قلنا لان الوارث خليفة الموروث وانما ثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعى مشروطاً بعدم حجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والتهب فانها يملكها مستقراً

وحفظ ثمنه كالطعام والرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجنيفه تعين أكله كالبطيخ ، وان كان أكله أنعم لصاحبه فله أكله أيضاً لان الحظ فيه ، وبقتضي قول أصحابنا ان العروض لانملك بالتعريف ان هذا كله لا يجوز له أكله لكن بخير بين الصدقة به وبين بيعه ، وقد قال احمد فيمن يجد في منزله طعاما لا يعرفه يعرفه مالم يخش فساءه فان خشى فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمة وكذلك قال مالك وأصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه ولنا على جواز أكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم « خذها فانها هي لك أولاً خيك أو لذئب » وهذا تجوز الأكل فاذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسد ببقائه أولى

(مسألة) قال (ولا يتعرض لبيع ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صفار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض له سواء كان لكبير جثته كالابل والحيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيد أو بناه كالكلاب والقطود ؟ وقال عمر رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال أي مخطيء . وبهذا قال الشافعي والاوزاعي وأبو عبيد ، وقال مالك والبيهقي في ضالة الابل من وجدها في القرى عرفها ، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها ، ورواه المزني عن الشافعي ، وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فليحرقها قبل أن تنقضي الابل الثلاثة ، وقال أبو حنيفة في لفظ يباح التقاطها لانها لقطة أشبهت الغنم

ولنا قول رسول الله ﷺ لما سئل عنها « ما نك ولها ؟ معها ذؤاها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسئل رسول الله ﷺ فقيل يا رسول الله انا نصيب هوامي الابل قال « ضالة المسلم

(فصل) قال رحمه الله (ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً

بأمن نفسه عليها) وقيل يضم الى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها)

اذا التقط الغني لقطة وعرفها حولها ملكها كالفقير روي نحو ذلك عن عمرو ابن مسعود وعائشة وعلي وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة وبه قال الشافعي واسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة ليس له أن يملكها الا أن يكون فقيراً من غير ذوي القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي ان النبي ﷺ قال « من وجد لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتية من يشاء » رواه النسائي ، قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الحلال وقال ليس هذا مذهبا ل احمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنقها - وفي لفظ - فشا نك بها - وفي لفظ - والا فهي كسبيل مالك » ولان من ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط

حرق النار « وروي عن جرير بن عبد الله أنه أمر ببارد بقره لختت بقره حتى توارت ، وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يؤري الضالة إلا ضال » رواء ابو داود بمعناه ، وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر؟ على أن الابن تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء.

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت إلى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها أضعف لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الاثنان فان الدينار دينار حيا كان

(فصل) والبقر كالابل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد ، وحكي عن مالك ان البقرة كالشاة . ولما خبر جرير فانه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولانها تمتنع عن صفار السباع ونجزيه في الاضحية والهدي عن سبعة فاشبهت الابل وكذلك الحكم في الخيل والبغال فأما الحمر فبها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز انتقاطه لانها اجساما عظيمة فأشبهت البغال والخيل ولانها من الدواب فاشبهت البغال، والاولى الحاقها بالشاة لان النبي صلى الله عليه وسلم علل الابل بان معها حذاهم وسقاهم يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة مانوعي في بطونها منه وتوتها على وروده وفي اباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لأخيك أو للذئب » والحمر مساوية للشاة في علتها فانها لا تمتنع من الذئب ، ومفارقة الابل في علتها فانها لا صبر لها عن الماء ، ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال ما بقي من مدته إلا ظمأ حمار . والحاق الشاة بما ساواها في علته الحكم وفارقه في الصورة أولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة ، فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار العواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالابل في تجريم أخذه بل أولى منه لان الابل تتعرض

ملك به بمد التعريف كالفقير ودعواهم في حديث عياض ان ما يضاف الى الله تعالى لا يتمسك الامن يستحق الصدقة لادليل عليه وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى ملكا وخلقاً قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) ويملك الذمي بالالتقاط كالمسلم وقال بعض أصحاب الشافعي ليس له الالتقاط في دار الاسلام

لانه ليس من أهل الامانة

ولما أنه نوع اكتساب فكان من أهله كالاكتساب والاحتطاب وما ذكره يبطل بالصبي والمجنون فانه يصح التقاطها مع عدم الامانة ومتى عرف اللقطة حول ملكها كالمسلم، وان علم بها الحاكم أقرها في يده وضم اليه مشرقا عدلا يشرف عليه ويعرفها لا تالنا من الكافر على تعريفها ولا تالنا من أن يخل في التعريف بشي من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها المنتقط ويمتثل أن تزرع من يد الذمي وتوضع على يدي عدل لانه غير مأمون عليها

في الجملة لتلف اما بالاسد واما بالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ، ولان هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان ، فاذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى (فصل) فان أخذ هذا الحيوان الذي لا يجرز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه إما ما كان أو غيره لانه أخذ ملك غيره بغير اذنه ولا أذن الشارع له فهو كالتفاسد فان رده الى مرضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : يبرأ لان عمر رضي الله عنه قال ارسله في الموضع الذي أصبته فيه ، وجري طرد البقرة التي لحقت بقره

ولنا أن مالزمه ضمانه لا يزول عنه إلا برده الى صاحبه أو نائبه كالمسروق والمفصوب ، وأما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه انها لحقت بالقر فطردتها عنها فأشبهه ، ولو دخلت داره فأخرجها ، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها ، وإن أخذها فلزمه ضمانها فدفعها إلى الامام أو نائبه ، زال عنه الضمان لانه نظر في ضوال الناس بدليل ان له أخذها فكان نائباً عن أصحابها فيها

(فصل) وللإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها لان عمر رضي الله عنه سمى موضعاً يقال له التميم لحيل المجاهدين والضوال . ولان للإمام نظراً في حفظ مال الفاسد وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ، ولانه إذا

(فصل) ويصح التقاط الفاسق لانها جهة من جهات الكسب فصح التقاطه كالمعدل ولانه اذا صح التقاط الكافر فالمسلم أدلى إلا أن الاولى له ألا يأخذها لانه يعرض نفسه للأمانة وليس من أهلها واذا التقطها فعرفها حولاً ملكها كالمعدل ، وان علم الحالم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذي وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال في الآخر يزعمها من يده ويدعها في يد عدل

ولنا أن من خلى بينه وبين الوديمة لم تنزل يده عن اللقطة كالمعدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه فأما ان لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركته في يد العدل فاذا عرفها ملكها الملتقط لوجود سبب الملك منه

(مسألة) (وان وجدها صبي أو سفبه قام وليه بتعريفها فاذا عرفها فهي لواجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والسفيه والمجنون اذا التقط أحدهم لقطعة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولانه نوع تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب فان تلفت في يده بنير تفرط فلا ضمان عليه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها منه لانه ليس من أهل الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتلف به حقه فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها ، ويعرفها الولي اذا أخذها لان واجدها ليس من أهل التعريف فاذا انتقضت مدة

عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البيئة عليها وأخذها ولا يكتفى فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلا على ملكة لها، ولان الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره فلم يكن ذلك دليلا ويمكنه إقامة البيئة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكها إياها

(فصل) وان أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولأصحابه وجه ان له أخذها لحفظها قياسا على الامام، ولا يصح لان النبي ﷺ منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، وان وجدته في موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يلب على الظن أن الاسد يفترسها ان تركت به أو فرسا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كواد التيم أو في بيرة لا ماء بها ولا سرعى فالاولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على أخذها لان فيه انتقاذها من الملاك فأشبه تخليصها من غرق أو حرق، فاذا حصلت في يده سلمها الى نائب الامام ومرى من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها (فصل) وما يحصل عند الامام من الضوال فانه يشهد عليها وبسمها بأنها ضالة ثم ان كان له حى ترمى فيه تركها فيه إن رأى ذلك، وان رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حى

التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب التملك تم بشرطه ثبت التملك له كما لو اصطاد صيدا وهذا مذهب الشافعي الا ان أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستفرض لهما يملكهما وإلا فلا وقال بعضهم يملكه لهم بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصححة له .

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح انتقاط صبي لا يجوز الاقتراض له لانه يكون تبرعا بحفظ مال غيره من غير قائدة

(فصل) قال احمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطعة ثم كبر فان وجد صاحبها دفعها إليه والا تصدق بها قد مضى اجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال اجل التعريف قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء اجل التعريف إذا لم يجد صاحبها يتصدق بمال التبر؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما اذا لم يعرف الملتقط اللقطعة في حوالها الاول فانه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك لكون التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها ويترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر فهو كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا فيه وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنائير فذهب بها إلى

باعها بمد أن يجلها ويحفظ صفاتها بحيث يفظ منها أصحابها فإن ذلك أحفظ لها لأن تركها يفضي إلى أن تأكل جميع منها
(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث
والحسن بن صالح وإسحاق إلا أن يكون تركها ليرجم إليها أو ضلت منه ، وقال مالك هي للمالك
الأول وبقرم ما أنفق عليها ، وقال الشافعي وابن المنذر هي للمالك والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع
بشيء لأنه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضا كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع
لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء كما لو بنى داره

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال « من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فمسيبها فأخذها
فأحيها فهي له » قال عبد الله بن عبد الرحمن قتلت - يعني للشعبي - من حدائك بهذا ؟ قال
غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود بإسناده . وفي لفظ عن الشعبي عن النبي
ﷺ أنه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحيها رجل فهي لمن أحيها » ولأن في الحكم بملكها أحياءها
واقادها من الملاك وحفظا للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضميم
لذلك كله من غير مصلحة تحصل ، ولأنه بذ رغبة عنه وعجزا عن أخذه فملكه آخذه كالمسقط من
السبل وسائر ما ينزله الناس رغبة عنه

(فصل) وإن ترك متاعا فخلصه إنسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يمشى عليه التلف
كالخشية على الحيوان فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتأكله السباع والمتاع يبقى حتى يرجع

منزله فضاعت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها فإن لم يجد عشرة وكان يحجف به تصدق
قليلا قليلا قال القاضي هذا محمول على أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها
(مسئلة) (وإن التقطها عبد فأسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها إن كان عدلا فإن لم
يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه فإن أتلفها قبل الحول فهي في رقبته وإن أتلفها بعده فهي في ذمته)
يصح التقاط العبد بغير إذن سيده وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر
لا يصح التقاطه لأن اللقطة في الحول الأولى أمانة وولاية وفي الثاني تلك والعبد ليس من أهل
الولايات ولا المملك.

ولنا عموم الخبر ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالأصطياد
والاحتطاب ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحرق قولهم إن العبد ليس من أهل
الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فانها أدنى حالا منه في هذا ، وقولهم إن العبد لا يملك ممنوع
وإن سلمنا فإنه يملك لسيدته كما يحصل بسائر الاكتسابات ولأن الالتقاط تخليص مال من الهلاك
فجاز من العبد بغير إذن سيده كأنقاذ المال الطريق والمنصوب. إذا ثبت هذا فإن اللقطة تكون أمانة
في يد العبد إن تلفت بغير تفريط في حوله التعريف لم يضمن فإن عرفها صح تعريفه لأن له قولا

إليه صاحبه ، وإن كان المتروك عبدا لم يملك بأخذه لان العبد في العادة يمكنه التخليص إلى الاماكن التي يعيش فيها بخلاف البيهية وله أخذ العبد والمناع ايخاضه لصاحبه وله أجر مثلا في تخليص المناع نص عليه وكذلك في العبد على قياسه

قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الاجر على انه جعل له ذلك او أمره به ، وأما ان لم يجعل له شيئا فلا جعل له لانه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئا كاللقط وهذا خلاف ظاهر كلام احمد فانه لو جعل له جملا لاستحققه ولم يجعل له أجر المثل وينارق هذا اللقط فان الملتقط لم يخلص اللقطة من الملاك ولو ترها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها وههنا ان لم يخرجها هذا ضاع وذلك ولم يرجع اليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ الاموال من غير مضرة فجز ذلك كالجعل في الآق ، ولان اللقطة جعل فيها الشارع ما يبحث على أخذها وهو ملكها ان لم يجبه صاحبها فاكتفى به عن الاجر فينبغي أن يشرع في هذا ما يبحث على تخليصه بنارق الاولى وايس الاجر ، فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه خوفا من الغرق لم أعلم لأصحابنا فيه قولاً سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الليث بن سعد وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال وما نضب عنه الماء فهو لاهاه ، وقال ابن المنذر يرد على أصحابه ولا جعل له ويقضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم ، وقضى قول الامام ابي عبد الله أن لمن أخذه أجر مثله لما ذكرنا ووجه ما ذكرنا

صحيحاً فصح تعريفه كالحرق فاذا تم حول التعريف ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده فان علم السيد بالقطعة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فان انتزاعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا وان كان العبد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه وللسيد اقرارها في يد العبد ان كان أميناً ويكون مستعيناً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله ، فان كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كما لو أخذها من يده وردها لان يد العبد كيد وما يستحق بها لسيده وان أعتق العبد بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده ، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سرها عنه ويسلمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان ، فان ألتفها العبد في الحول الاول فهي في رقبته كجناياته وكذلك ان تلفت بتفريطه وان ألتفها بعبده فهي في ذمته ان قلنا ان العبد يملكها بعد التعريف وان قلنا لا يملكها فهو كما لو ألتفها في حول التعريف ويصلح ان ينبت ذلك على استدانة العبد هل تعلق برقبته أو ذمته؟ على روايتين وقد مر ذكره في الحجر

(مسئلة) (والسكاتب كالحرق في اللقطة) لان المال له في الحال واكتسابه له دون سيده وهي من اكتسابه فان عجز عاد عبداً وصار حكماً في لقطته حكم العبد ، وام الولد والمدبر والمعلق عنقه بصفة كالقن ومن بعضه حر اذا التقط لقطه فهي بينه وبين سيده اذا لم يكن بينها مهاباة كالحرقين اذا

من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي ألقوه
 رغبة عنه، ولأن فيما ذكره تحقيقاً لانتلافه فلم يجز كباشرة بالانتلاف، فأما إن انكسرت السفينة فأخرجه
 قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء، لذي أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر
 والقاضي وعلى قياس نص أحمد يكون مستخرجه أجر المثل لأن ذلك وسيلة إلى تخليصه وحفظه
 لصاحبه وصيانته عن الفرق فإن الفراض إذا علم أنه با، فعليه الأجر بادر إلى التخليص ليخلصه، وإن
 علم أنه يؤخذ منه بعير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يقضى له بالأجر كجهل رد الآبق
 (فصل) ذكر القاضي فيما إذا التقط عبداً صغيراً أو جارية إن قيس المذهب أنه لا يملك بالتعريف
 وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولأن التملك بالتعريف عنده اقتراض الجارية عنده لا يملك بالفرض
 وهذه المسئلة فيها نظر فإن الاقريط محكوم بحريته، فإن كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل
 إقراره لأن الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لا اعتبر في تعريفه سيده والله أعلم

التقطا لقطعة وإن كان بينهما مهايأة لم تدخل في المهايأة في احد الوجهين لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده
 ولا يظن فلم يدخل في المهايأة كالارث. فعلى هذا يكون بينهما واتثاني يدخل في المهايأة لأنها من كسبه
 اشبهت سائر اكسابه فيكون لمن يوجد في يومه وكذلك الحكم في الهدية والوصية وسائر
 الاكساب النادرة فيها الوجهان، فإن كان العبد بين اثنين شركة فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن
 بعضه حر والله أعلم .



كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول كقولهم قتل وجرح وطرح ، والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كاطعامه إذا اضطر وانجائه من الفرق ، ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقي ، فإن ترك الجماعة أعموا كلهم إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه . وروي عن سنين أبي جميلة (١) قال وجدت ملفوفاً فأثبت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر أكذلك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته . رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه

(١) سنين أبو جميلة أدرك النبي (ص) وشهد عام الفتح روي عنه الزهري وزيد بن أسلم سئل أبو زرعة عن سنين هذا في اللقيط فلم يكن ثبناً ولم يكن بالشهور عنده

﴿مسئلة﴾ قال (واللقيط حر)

وجهة ذلك أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . روينا هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي

باب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ واللقيط بمعنى الملقوط كالقتيل والجريح والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كاطعامه إذا اضطر وانجائه من الفرق ، وهو من فروض الكفايات إذا قام به من يكفي سقط عن الباقي ، وإن تركه الجماعة أعموا كلهم إذا تركوه مع إمكان أخذه ، وقد روي عن سنين أبي جميلة قال : وجدت ملفوفاً فأثبت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر : أكذلك هو ؟ قال نعم قال : فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته ، رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه .

﴿مسئلة﴾ (وهو حر) اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روي هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم وقال النخعي : إن التقطه للحسبة فهو حر وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وهذا قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فإن الأصل في الآدميين الحرية فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق لمرض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل

والحكم وحماة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال النخعي ان النقطة لاحسية فهو حر وان كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الخفاء والعلاء ولا يصح في النظر فان الاصل في الآدميين الحرية فان الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق للعارض فاذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل

(فصل) ولا يخلو القبط من أن يوجد في دار الاسلام أو في دار الكفر فأمدار الاسلام فضربان (أحدهما) دار اخنطها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة فلقبط هذه محكوم باسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمة تفليبا للاسلام ولظاهر الدار ولان الاسلام يعلم ولا يعلم عليه (الثاني) دار فتحها المسلمون كدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم واحد حكم باسلام لقيطها لأنه محتمل أن يكون لذلك المسلم نفليبا للاسلام وإن لم يكن فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال ، وأما بلد الكفار فضربان أيضاً (أحدهما) بلد كان للمسلمين فقلب الكفار عليه كاساحل فهذا كالتقسيم الذي قبله ان كان فيه مسلم واحد حكم باسلام القبط وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضي بحكم باسلامه ، أيضاً لأنه محتمل أن يكون فيه مؤمن بكنم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لا حاجة به الى كتم إيمانه في دار الاسلام ، وإن كان في بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأفروا فيه أهله بالجزية فهذا كالتقسيم الثاني من دار الاسلام

(مسألة) (ينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه ما ينفق عليه)

إذا لم يوجد مع القبط شيء لم يلزم الملتقط الاتفاق عليه في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة القبط غير واجبة على الملتقط ، كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاية منتزعة فالانقطاع لإمهاه وتخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بنير القبط ، ونجبت نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة : اذهب فهو حر ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته ، وفي رواية : من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فكانت نفقته عليه كقرابته ومولاه . فان تعذر الاتفاق عليه من بيت المال لسكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا امام فيه أو لم يعط شيئاً فعلى من علم حاله من المسلمين الاتفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الاتفاق عليه هلاكه ، وحفظه من ذلك واجب كالتقاضي من الفرق وهو فرض كفاية ، ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره ، وإن لم يتبرع أحد بالاتفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه اذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم القبط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي والشافعي ، فان أنفق بغير أمر الحاكم محتسباً بالرجوع

(الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فليقطنها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم ، وان كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم باسلامه تغليباً للاسلام واحتمل أن يحكم بكفره تغليباً للدار والاكثر وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل اذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد ان غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين قال اذا وجد لقيط في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به انه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي (فصل) وفي الموضع الذي حكمنا باسلامه انما يثبت ذلك بظاهر الأيقينا لانه يحتمل أن يكون ولد كافر فلو أقام كافر بيته انه ولده ولد علي فراشه حكمنا له به واذا بلغ اللقيط حداً أصبح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم باسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وحها أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه ، ظلم لان دلائل الاسلام وجد عربا عن المعارض وثبت حكمه وانتقروا لم يجز إزالة حكمه قوله كما لو كان ابن مسلم ، رقبه لادلاله فيه أصلاً لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه وانما يقول هذا من تلقا نفسه . فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثا فان تاب والا قتل ، فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف كفرة بقر أهل عليه بالجزية

عليه فقال احمد نوذى النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا أشهد عليه يحلف ما أتفق اجتناباً فان حلف استسعى ، وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر لا يرجع بشيء لانه أتفق عليه من غير اذنه ولا اذن وليه ولا اذن الحاكم فلم يرجع بشيء كما لو تبرع به .

ولنا أنه أداء مال وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه .

(مسئلة) (ويحكم باسلامه إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافرأ فان كان فيه مسلم فعلى وجهين) .

إذا وجد اللقيط في دار الاسلام فهو محكوم باسلامه وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للاسلام واظهار الدار ولان الاسلام يعلو ولا يعلو ولا يعلو ودار الاسلام قسمان :

(أحدهما) ما اختطه المسلمون كبغداد والبصرة فليقطنها محكوم باسلامه على ما ذكرنا (الثاني) دار فتحها المسلمون كدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم حكم باسلامه لانه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للاسلام وان لم يكن فيها مسلم بل كان أهلها أهل ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال . فاما بلد الكفار فضربان أحدهما بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كلساحل

عقدت له القدمة فان امتنع من التزامها أو وصف كفرًا لا يقر أهله عليه الحق بمأمنه، وهذا بعيد جدًا فان هذا القبط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لواجده وبصير مسلماً باسلام ساويه أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلماً ، قال احمد في أمة نصرانية ولدت من تجور ولدها مسلم لان أبويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه الا أمه واذا لم يكن لهذا الولد حال يحمّل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب

(فصل) اذ جنى القبط جناية تحملها العاقلة فالمقل على بيت المال لان ميراثه له ونفقة عليه وان جنى جنسية لا تحملها العاقلة فحكه فيها غير حكم القبط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل أتص منه وان كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان في ذمته حتى يوسر، وإن جنى عليه في النفس جنسية توجب الدية فهي ابيت اذ لا لانه وارثه وان كان عمداً محضاً فالامام مخير بين استيفاء القصاص ان رآه احظ للدلايقط والعفو على مال وهذا قال الشافعي وابن المنذر وابو حنيفة الا انه يخيره بين القصاص والمصالحة وذلك لقول النبي ﷺ فاسلطانولي من لاولي له وان جنى عليه فيما دون النفس جنسية توجب الارش قبل بلوغه فلوليه اخذ الارش وان كانت عمداً موجبة للقصاص ولقبط مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ايتص او يهفوسواء كان عاقلاً او معوها وان لم يكن له

فهذا كالنفسم الذي قبله وان كان فيه مسلم حكم باسلام لقيطه وان لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضي يحكم باسلامه أيضاً لانه يحمّل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الاسلام (الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فلقبطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم ففيه وجهان (أحدهما) يحكم باسلامه تعليماً للاسلام والثاني يحكم بكفره تعليماً للدار والآخر وهذا التفصيل مذهب الشافعي وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد أنه يجب غسله ودفنه في مقابر المسلمين وقد منوا أن يدفن اطفال المشركين في مقابر المسلمين قال وإذا وجد لقبط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكوا به أنه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي :

(مسئلة) (وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب أو مال في جيبه أو تحت فراشه أو حيوان مشدود بنايه فهو له، وان كان مدفوناً تحته أو مطروحاً قريباً منه فعلى وجهين)

وجملة ذلك أن ما وجد مع اللقيط فهو له ينفق عليه منه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لان الطفل يملك وله يد صحيحة بدليل أنه برث ويورث ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ومن له ملك

مال وكان عاتلا انتظر بلوغه ايضا وان كان ممتوها فلارلى العفو على مال يأخذه له لان المعتوه ليدت له حال معلومة منتظرة فان ذلك قد يدوم به والمائل له حال منتظرة فانتظره في الحال التي ينتظر بلوغه فان الجاني يحبس - حتى يبايع الاقبط فيستوفي نفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد رواية اخرى ان الامام استيفاء القصاص له وهو مذهب ابي حنيفة لانه احد نوعي القصاص فكان الامام استيفأؤه عن الاقبط كالتصاص في النفس

ولنا انه قصاص لم يتحتم استيفأؤه فوقف على قوله كما لو كان بانما غائبا، وفارق القصاص في النفس فان القصاص ليس هو له انما هو لوارثه والامام المذولي له

(فصل) وان قذف الاقبط بعد بلوغه محصنا حد ثمانين لانه حر، وان قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لانه محكوم بجهريته فان ادعى القاذف انه عبد فصده الاقبط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التميز لانه من ايس بمحصن وان كذبه الاقبط وقال اني حر فاقول قوله لانه محكوم بجهريته فقوله موافق للظاهر ولذلك او جينا عليه حد الحر اذا كان قاذفا وأوجبنا له القصاص وان كان الجاني حرا وبمتمل ان يكون القول قول القاذف لانه يمتثل صحة ما قاله بان يكون ابن امة فيكون ذلك شبهة والحد بندريء بالشبهات، وفارق القصاص له اذا ادعى الجاني عليه انه عبد لان القصاص ليس بحد وانما وجب حقا لآدمي ولذلك جازت المصالحمة عنه واخذ بدله بخلاف حد القذف، ويتخرج

صحيح فله يد صحيحة كالبالغ. إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لا بساً له أو مشدوداً في ملبوسه أو في يديه أو تحته أو بحمولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم والسياب التي تحتها والتي عليه، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو دار فهي له وأما المنفصل عنه فان كان بعيداً منه فليس في يده، وان كان قريباً منه كقرب موضوع إلى جانبه فقيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له ولان الظاهر أنه ترك له فهو كالذي تحته ولان القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومناعه بقربه ويحكم بانه في يده والحمل إذا جلس للاستراحة ترك حمله قريباً منه وهذا أصح، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل إن كان الحفر طريا فهو له وإلا فلا لان الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقبط حفره وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكل ما حكنا بانه ليس له فحكمه حكم اللقطة أو الركاز

(مسئلة) (وأولى اناس بحضاتته واجده إن كان أميناً لان عمر رضي الله عنه اقر اللقبط في يد أبي جبيلة حين قال عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ من

من هذا ان الاقرباء اذا كان قاذفا فادعى انه عيب ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والاول اصح لان كل من كان محكوما بجرمته لا يقطع الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه

(مسئلة) قال (وينفق عليه من بيت المال ان لم يوجد معه شيء ينفق عليه)

وجملته ان الاقرباء اذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قوله عامة اهل العلم وقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان نفقة الاقرباء غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد وذلك لان اسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية والانقطاع انا هو مخليص له من الملاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كولو فعله بشير الاقرباء ونجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث ابي جميلة اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته وفي رواية من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه فان تعذر الانفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه او كان في مكان لا امام فيه او لم يعط شيئا فلي من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه انقول الله تعالى (وتعارفوا على البر والتقوى) ولازني ترك الانفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كاقاذه من الفرق، وهذا فرض كفاية اذا قام به

سبق إلى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» وهل يجب الاشهاد عليه؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب كالا يجب الاشهاد في اللقطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحربة فاخص بوجوب الشهادة كالنكاح، وفارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع (مسئلة) (وله الانفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم، وعنه ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا باذنه)

وجملة ذلك أنه ينفق على اللقطة مما وجد معه وما حكم له به فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبهه غيره من الناس وملتقطه الانفاق عليه منه بغير إذن الحاكم ذكره ابن حامد لانه وليه فلم يعتبر في الانفاق عليه إذن الحاكم كولي اليتيم ولان هذا من الامر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب فقال تقوم امرأته الى الحاكم حتى يأمره بالانفاق عليهم فلم يجعل له الانفاق من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن الملتقط له ولاية على اللقطة وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على اللقطة من ماله وهذا بخلافه ولان الانفاق على الصبي من مال الله مشروط بكون الصبي محتاجاً إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه وذلك لا يقبل

قوم سقط. عن الباين فان زركه الكل اثموا ومن انفق عليه متبرعا فلا شيء له سواء كان الملتقط. او غيره وان لم يتبرع بالاتفاق عليه فانفق عليه الملتقط. او غيره محتسبا. بالرجوع عليه اذا ايسر وكان ذلك بامر الحاكم لزم القبط. ذلك اذا كانت النفقة تصدأ بالمعروف وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وان انفق بغير امر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقال احمد تؤدى النفقة من بيت المال وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا اشهد عليه وقال عمر بن عبد العزيز يحلف ما انفق احتساباً فان حلف استسعى وقال الشيباني ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به

ولنا انه ادى ماوجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كاضامن اذا قضى عن المضمون عنه وقد ذكرنا حكم هذا الاصل في موضعه

(فصل) فالما ان وجد مع القبط شيء. فهو له وينفق عليه منه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الطفل يملك له يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له واپه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ. إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلاً به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكه في الظاهر، فمن ذلك ما كان لا يسأله أو شرداً في ملبوسه أو في بدبه أو مجهولاً فيه كالسرير واللفظ وما فيه من فرش أو درام، والثياب التي تحتها والتي

فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم تم وجوبه في اللقيط، ومتى لم يجد حاكماً فله الاتفاق بكل حال لانه حال ضرورة وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن حاكم في موضع يجد حاكماً وان أنفق ضمنه بمنزلة مالوكان لأبي الصغير ودبعة عند إنسان فأنتفق عليه منها وذلك لانه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة فان لم يجد حاكماً ففي جواز الاتفاق وجهان

ولنا ما ذكرناه ابتداءً ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فانا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس، به وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه. اذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكماً لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج من الخلاف وحفظ ماله من أن يرجع عليه بما أنفق وينبغي أن ينفق، عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ اللقيط واختلفاً في قدر ما أنفق وفي التفريط في الاتفاق فالقول قول المنفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم .

(مسئلة) (فان كان الملتقط فاسقاً لم تقر في يده وهو قول الشافعي) لان حفظه للولاية عليه ولا ولاية لفاسق وظاهر كلام الحرقي أنه يقر في يده لقوله وان لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به لئلا يدعي رقه، فعلى قوله ينبغي أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لاتنا إذا

عليه ، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له ، وأما المنفصل عنه فإن كان بعيداً منه فليس في يده ، وان كان قريباً منه ككتاب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له وهو أصح لان الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزلة ما هو نحتته ولان القريب من البائع يكون في يده ألا ترى أن الرجل يبعد في السوق ومتاعه بقربه وبحكم بأنه في يده ، والحال اذا جالس لاستراحة ترك حمله قريباً منه ، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل ان كان الحفر طريا فهو له والا فلا لان الظاهر أنه اذا كان طريا فواضع القبط حفره ، واذا لم يكن طريا كان مدفوناً قبل وضعه وقبل ليس هو له بحال لانه بموجب ألا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه ، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكما حكينا بأنه ليس له فخبره حكم القطة وما هو له أتفق عليه منه فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبهه غيره من الناس . اذا ثبت هذا فإن الملتقطه الاتفاق عليه بغير إذن الحاكم ذكره ابو عبدالله بن حامد لانه ولي له فلم يعتبر في الاتفاق عليه في حقه اذن الحاكم كوصي اليتيم ، ولان هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر ، وروى ابو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلاً مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالاتفاق

ضمنا اليه في القطة من يشرف عليه فهنا أولى قال القاضي والمذهب أنه ينزع من يده ، ويفارق القطة من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في القطة معنى الكسب وليس ههنا إلا الولاية (الثاني) أن القطة لو انتزعاها منه رددناها اليه بعد الحول فلذلك احتطنا عليها مع بقائها في يده وههنا لا يرد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحفظ (والثالث) أن المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بان يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى الاستظهار عايه لأنه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ولان القطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج إلى الاحتياط عايه في جميع زمانه وقد ذكرنا أن ظاهر قول الحرقي أنه لا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية بالنقاطه إياه وسبقه اليه وأمكن حفظه في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيظهر أنه لقبط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جماعاً بين الحقين كالقطة وكما لو كان الوصي خاطئاً ، قال شيخنا وما ذكره القاضي من الترجيح للقطة يمكن معارضته بان اللقبط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه بخلاف القطة فإنها خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ويمكن أخذ بعضها وتقيصها وابدالها بخلاف اللقبط ، ولان المال محل الحياة والنفوس الى أخذه داعية بخلاف النفوس فعلى هذا متى أراد هذا الملتقط السفر باللقبط منع منه لانه يبعده عن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه

عليهم فلم يجعل له الافتاق عليهم من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله ، والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن المنتقط له ولاية على القبط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على القبط من ماله وهذا بخلافه ، ولأن الافتاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في القبط ، ومتى لم يجد حاكما فله الافتاق بكل حال لانه حال ضرورة ، وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما ، وإن أنفق ضمن بمنزلة ما لو كان لابي الصغير ودائم عند انسان فأنفق عليه منه وذلك لانه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة وإن لم يجد حاكما ففي جواز الافتاق وجهان

وأما ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فإنا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين القبط وبين ما فاسوا عليه. فإذا ثبت هذا فالمتحجب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبعد من النية وأقطع لاطنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لما له من أن يرجع عليه بما أنفق. فإذا ثبت هذا فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ القبط واختلنا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الافتاق فالقول قول المنتفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم

(فصل) فان كان المنتقط مستورا الحال لم يعرف منه حقيقة المدالة ولا خيانة أقر القبط في يديه لان حكمه حكم المدل في لقطه المال والولاية في التسكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام لان الاصل في المسلم المدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض فان أراد السفر بلقبته فبِهِ وجهان (أحدهما) لا يقر في يديه وهو مذهب الشافعي لانه لم تتحقق أمانته فلا تؤمن الخيانة منه فيه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف بضم اليه فأشبه العدل ولان الظاهر السر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فبقر القبط في يده حضراً وسفراً لانه مأمون اذا كان سفره لغير القلة

(مسئلة) (فان كان المنتقط رقيقاً لم يقر في يده)

وجملته أنه ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ اذا وجد من يلتقطه سواء لان منافعه مملوكة لسيده فلا يذهبها في غير نفعه الا باذنه ولانه لا يثبت على القبط الا الولاية ولا ولاية لبد فان التقطه لم يقر في يده الا باذن السيد فان أذن له أقر في يده لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه سيده وسلمه اليه ، قال ابن عقيل اذا أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه السيد والحكم في الامة كالحكم في العبد ، فاما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواء وجب التقاطه لانه تخلص له

(مسألة) قال (وولأوه لسائر المسلمين)

يعني ميراثه لهم فان الاقبيط حر الاصل ولا ولاء عليه ، وانا يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لامالك له ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير الاقبيط فكذلك الاقبيط ، وقول الحرقي وولأوه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ. لا شتراك سائر المسلمين ومن له الولاء. في أخذ الميراث وحيازة كله عند عدم الوارث هذا هو الظاهر وهو قول مالك والثانعي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح وإسحاق عليه الولاء للثقفة لما روى وائلة بن الاسمق قال : قال رسول الله ﷺ « المرأة تموز ثلاثة موارث عتيقها ولعيطها وولدها الذي لا عنت عليه » أخرجه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال عمر لابي جميلة في ثقتك هو حر مالك وولأوه وعلينا نفقتك

ولنا قول النبي ﷺ « اما الولاء لمن أعتق » ولأنه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كالمعروف ونسبه ولأنه إن كان ابن حرب فلا ولاء عليه وان كان ابن معتق فلا يكون عليه ولاء الغير معتقهما ، وحديث وائلة لا يثبت قاله ابن المنذر ، وخبر عمر قال ابن المنذر : أبو جميلة رجل مجبول لا تقوم بحديثه حجة . وبجمل أن عمر رضي الله عنه عنى بقوله ذلك وولأوه . أي لك ولايته واتقيام به وحفظه لذلك ذكره عقب قول عريفه أن رجل صالح وهذا يقتضي تمويض الولاية اليه لكونه مأمونا عليه

من الهلاك فهو كتخليصه من النرق ، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالتن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافسه الا أن يأذن له سيده في ذلك

(مسألة) (أو كافر أو اللقيط . مسلم)

ليس للكافر التقاط من حكمه باسلامه لانه لا ولاية للكافر على مسلم ولأنه لا يؤمن أن يعلمه الكفر بل الظاهر أنه يريه على دينه وينشأ على ذلك كولدته فان التقطه لم يقر في يده فان كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(مسألة) (أو بدويا ينتقل في المواضع ففيه وجهان)

(أحدها) أنه يقر في يده لان الظاهر أنه ابن بدويين واقاراره في يد ماتقطه أرجى اكشف نسبه (والثاني) يؤخذ منه فيدفع الى صاحب قرية لانه أرقه له وأخف عليه

(مسألة) (وان وجدته في الحضر وأراد نقله الى البادية لم يقر في يده لوجهين)

(أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرقه له (والثاني) أنه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فيقاؤه فيه أرجى اكشف نسبه وظهور اهله واعترافهم به

(مسألة) (وان التقطه في البادية مقيم في حلة أقر في يده لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء

الى الرفاهية والدعة والدين

دون الميراث. إذا ثبت هذا فان حكم القبط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله بدفع إلى بيت المال اذا لم يكن له وارث فان كان له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال وان كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال وان كانت له بنت أو ذو رحم كبت بنت أخذت جميع المال لان الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان لم يكن من وجد القبط أميناً منع من السفر به)

وجملة ذلك ان الملتقط ان كان اميناً أقر القبط في يده لان عمر رضي الله عنه أقر القبط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ من سبق الى مال لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به ، وهل يجب الاشهاد عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب كما لا يجب الاشهاد في القطة (والثاني) يجب لان المقصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاخص بوجود الشهادة كالنكاح ، وفارق القطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع ، فأما ان كان غير أمين فظاهر كلام الحرقى انه يقر في يده ويمنع من السفر به للابدعي رقه وبيعه ، ويذني أن يجب الاشهاد عليه وبضم اليه من يشرف عليه لاننا اذا ضمنا اليه في القطة من يشرف عليه فهنا أولى ، وقال القاضي : المذهب انه يزعم من يده وهذا قول الشافعي لانه ليس في حفظ القبط الا الولاية ولا ولاية لفاسق وفارق القطة من ثلاثة أوجه (أحدها) ان في القطة معنى الكسب وليس ههنا الا الولاية

﴿مسئلة﴾ (وان التقطه في الحضر من يريد نقله الى بلد آخر للقامة فيه لم يجز في أحد الوجهين) لان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يده قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده والبلد الثاني كالاول في الرفاهية فيقر في يده كمنتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر وفارق المنتقل به الى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه

﴿مسئلة﴾ (وان التقطه اثنان قدم الموسر على المعسر والحاضر على المسافر فان استويا وتشاحا قرع بينهما) اذا التقطه اثنان وتناولاه واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون أحدهما ممن يقر في يده كالمسلم العدل الحر والآخر لا يقر في يده كالكافر اذا كان الملتقط مسلماً والفاسق والعبد اذا لم يأذن له سيده فانه يسلم الى من يقر في يده دون شريكه كمن التقطه وحده ولان الشريك لو التقطه وحده لم يسلم اليه فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط كان أولى بالتسليم اليه واقاراره في يده (والثاني) أن يكونا جميعاً ممن لا يقر في يده واحد منهما فانه يزعم منها ويسلم الى غيرها (الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد الا أن أحدهما أحظ للقبط من الآخر بأن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل وكذلك ان كان أحدهما مقيماً والآخر مسافراً لانه أرفق بالطفل

(فصل) وان التقط مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره فالمسلم أحق وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي

(والثاني) ان اللقطة لو انتزعتها منه رددناها اليه بمال المقصود فاحتطنا عليها مع بقائها في يديه وههنا لاترد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحوط [وانثالث] ان المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بأن يستنظر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحربة والنسب ولا سبيل الى الاستظهار عليه لانه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ، ولان اللقطة انما يحتاج الى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج الى الاحتياط عليه في جميع زمانه . وأما على ظاهر قول الحرقي فلا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه اياه وسبقه اليه وأمكن حفظ القبط في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين بإشارته اليه وبشيع أمره فيعرف انه لفيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعاً بين الحقين كما في اللقطة وكما لو كان الوصي خائناً ، وما ذكر من الترجيح لفقطة فيمكن معارضته بأن القبط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه واللقطة مستورة خفية تطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ، ولان اللقطة يمكن أخذ بعضها وتبقيها وابدالها ولا يتمكن من ذلك في القبط . ولان المال محل الخيانة والنفوس الى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس ، فعلى هذا متى أراد المنتقط السفر بالفيط منع منه لانه يبعده ممن عرف حاله بلا يؤمن أن يدعي رقه وببيعه

(فصل) وإذا التقط القبط من هو مستور الحال لم تعرف من حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر القبط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام ولان

هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده اذا اتفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك ولنا أن دفعه الى المسلم أحظ له لانه يصبر مسالماً فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار ، فان ترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الاتفاق وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لان النفع الحاصل له باسلامه أعظم من النفع الحاصل له بيساره مع كفره . وعندما يقدم الكافر وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخل لان حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، فان تساوى وتشاحا أقرع بينهما واذا تساوى في الاوصاف التي تقتضي تقديم أحدهما على الآخر فرضي أحدهما بتسليمه الى صاحبه جاز لان الحق له فلا يمنع من الايثار به وان تشاحا أقرع بينهما لقوله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما في حالة واحدة وان ما ياءه يوماً ويوماً أو أكثر أضر بالطفل لاختلاف الاغذية عليه والانس والالف ولا يمكن دفعه الى أحدهما من غير قرعة لان حقهما متساو فتقديم أحدهما بغير قرعة تحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعناق والرجل والمرأة سواء ولا

الاصل في المسلم العدالة وقدك قال عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض ، فان أراد السفر بلقطه فقيه وجهان [أحدهما] لا يقر في يديه وهذا مذهب الشافعي لانه لم يمتحق أمانته فلم تؤمن الحياة منه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضرة من غير مشرف بضم اليه فأشبهه العدل ولان الظاهر الستر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر بالقيبط في يده في سفره وحضره لانه مأمون عليه اذا كان سفره لغير النقلة

(فصل) فان كان سفر الامين بالقيبط الى مكان يقبر به نظرنا فان كان التقطه من الحضرة فأراد النقلة به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين (أحدهما) أن مقامه في الحضرة أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له (والثاني) انه اذا وجد في الحضرة فإظهار أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبة وظهور أهله واعتراهم به فان أراد النقلة به الى بلد آخر من الحضرة فقيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يده ولان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبة فلم يقر في يد المنتقل عنه قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده لان ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالاول في الرفاهية فيقر في يده كما لو انتقل من أحد جانبي البلاد الى الجانب الآخر ، وقارق المنتقل به إلى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه وان التقطه من البادية فله نقله الى الحضرة لانه ينقله من أرض اليوس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين ، وان أقام به في حلة يستوطنها فله ذلك ، وان كان ينتقل به الى المواضع احتمل أن يقر في

ترجع المرأة ههنا كما ترجح في حضانه ولدها على أبيه لأنها رجحت ثم لشفتها على ولدها وتوليها لحضاته بتنسها والاب يحضنه باجنبيه فكانت أمه أحظ له وأرفق به أما ههنا فهي أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه باجنبيه فاستوتا ، ومذهب الشافعي على ما ذكرنا فان كان أحدهما مستورا للحال والآخـر ظاهر العدالة احتمل ترجيح ظاهر العدالة لان المانم من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخـر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أنهم ويحتمل أن يتساويا لان احبال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح

(فصل) فان رأياه جميعاً فسبق اليه أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله عليه السلام « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » فان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر فالسابق الى أخذه أحق لان الالتقاط هو الاخذ دون الرؤية فان قال أحدهما لصاحبه ناولته فأخذه الآخر نظرنا الى نيته فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه وان نوى مناولته فهو للآخر لانه فعل ذلك بنية التيا به عنه فأشبهه ما لو توكل له في تحصيل مباح ﴿ مسألة ﴾ (فان اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينة)

لأنها أقوى فان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقها تاريخاً لان الثاني انما أخذ ما قد ثبت الحق فيه لغيره فان استوى تاريخهما أو اطلقنا أو أرخت احدهما وأطلقت الاخرى تمارضتا وهل

يديه لان الظاهر أنه ابن يدويين واقاراره في يدي مائةنطة أرجى لكشف نسبه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لانه أرفه له وأخف عليه وكل موضع قلنا ينزع من ملقطه فأنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه ممن هو أولى به فان لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه لان اقراره في يديه مع قصوره أولى من اهلا كه ، وان لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به اذ لا فائدة في تزعه من يده ودفعه الى مثله

(فصل) وليس لعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواء لان منافعه لسيدته فلا يذهبها في غير نفعه الا ياذنه ولانه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ، ولا ولاية لبيد فان التقطه لم يقر في يديه الا أن يأذن له السيد فان أذن له أقر في يديه لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه يده وسلمه اليه . قال ابن عقيل إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه ، والحكم في الامة كالحكم في المكاتب ، فاما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواء وجب التقاطه لانه تخليص له من الهلاك فأشبهه تخليصه من الفرق ، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقا بصفة كالفن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك

(فصل) وليس لكافر التقاط مسلم لانه لا ولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يقتنه وبعله الكفر بل الظاهر أنه بر بيه على دينه وينشأ على ذلك كولد ، فان التقطه لم يقر في يده وان كان الطفل

يسقطان أو يستعملان فيه وجهان (أحدهما) يسقطان فيصيران كن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه فهو أولى ، ونذكر ذلك في باب ان شاء الله تعالى فان كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته أو تقدم يده الخارج فيه وجهان مبينان على الروايتين في دعوى المال

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لهما بينة قدم صاحب اليد فيكون القول قوله مع يمينه أنه التقطه)

ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يحلف كافي الطلاق والنكاح ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم

﴿مسئلة﴾ (فان كان في أيديهما أقرع بينهما فيسلم الى من تقع له القرعة مع يمينه)

وعلى قول القاضي لا يشرع اليمين هنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما قدم)

نحو ان يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة فيقدم بذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعى المدعى فان دعواه لا تقدم بذلك ولنا أن هنا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان

محكوما بكفره فله التماطه لان الذين كفروا بعضهم اولياء بعض
 (فصل) وان التقطه اثنان وتناولاه تناوولا واحدا لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون
 ممن يقر في بدية كالمسلم العدل الحر والآخر ممن لا يقر في بدية كالكافر إذا كان اللقطة مسلما والفاسق
 والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب فإنه يسلم الى من يقر في بدية وتكون مشاركة هؤلاء كبدية الاله
 لوالقطة وحده لم يقر في بدية فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى (الثاني) أن يكونا جميعا لا يقر في
 يدي واحد منهما فإنه يزرع منهما وبسلم الى غيرهما الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في بدية
 لو انفرد الا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً
 فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل ، وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره فالمسلم أحق ، وقال أصحابنا
 وأصحاب الشافعي هما سواء لان الكافر ولاية على الكافر ويقر في بدية إذا انفرد بالتقاطه فسأوى المسلم في ذلك
 ولنا أن دفعه الى السلم أحظ له لانه يصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار
 ويتخلص من الجزية والصفار فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة
 عليه في الاتفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً
 والكافر موسراً أولى لان النعم الحاصل له باسلامه أعظم من النعم الحاصل بيساره مع كفره ،
 وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لان حظ الطفل عنده أكثر من

مقدمها ، وقياس القبط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لان القبط لقطة ، وان لم يصفه أحدهما
 فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم الى من يرى منهما أو من غيرها لانه لاحق لهما قال شيخنا والاولى
 أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لانها تنازاً حقا في يد غيرها أشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما
 (فصل) قال رحمه الله (وميراث اللقيط وديته ان قتل لبيت المال ان لم يخلف وارثاً ، ولا ولاء عابه)
 وأما يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لا مالك له ولا لهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط
 فكذلك اللقيط وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح واسحاق عليه الولاء لللقطة
 لقول عمر رضي الله عنه لابي جميلة في لقيطه هو حر ولك ولاؤه ولما روى وائلة بن الاسقع قال قال
 رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاث موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه » أخرجه أبو داود
 والترمذي وقال حديث حسن

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه
 ولاء كمعروف النسب ولانه لا ولاء عليه ان كان ابن حربي ، وان كان ابن معتق فلا يكون عليه ولاء
 لغير معتقها وحديث وائلة لا يثبت قاله ابن المنذر وقال في خبر عمر أبو جميلة رجل مجهول لا تقوم بدينه
 حجة ، ويحتمل أن يكون عمر رضي الله عنه عنى بقوله لك ولاؤه ولاية القيام به وحفظه ولذلك ذكره
 عقيب قول عريفه أنه رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية اليه لكونه مأموناً عليه دون الميراث

الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده (الرابع) أن يتساوى في كونها مسلمين عدلين حريين، قيمين فها سواء، فيه فإن رضي أحدهما باسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز لأن الحق له فلا يمنع من الايثار به، وإن تشاحا أفرع بينهما لقول الله تعالى (وما كنت لفيهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولأنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة، وإن هما ياه فحظ عند كل واحد يوا أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه يختلف عليه الأغذية والانس والاف ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير فرقة لأن حقهما، تساو فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق والرجل والمرأة سواء ولا ترجح المرأة هنا كترجح في حضنة ولدها على أبيه لا تها رجحت ثم لشقتها على ولدها ونوايا لحضاته بنفها والاب يحضنه بأجنبية فكانت أمه أحظ له وأرفق به، أما ههنا فإنها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستوبا، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا، فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتمل أن يرجح العدل لأن المانع من الاتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أم، ويحتمل أن يتساوى لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح (فصل) وإن رأياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به بقوله عليه السلام

إذا ثبت هذا فحكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع إلى بيت المال إذا لم يكن له وارث فإن كانت له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال كمن عرف نسبه والله أعلم فإن قتل خطأ فالدية لبيت المال لأن حكمها حكم الميراث وهو لبيت المال كذلك الدية

(مسألة) (وإن قتل عمداً فويله الامام إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية)

أي ذلك فعل جاز إذا رآه أصلح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر إلا أن أبا حنيفة يحجبه بين القصاص والمصالحة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فالسلطان ولي من لا ولي له » ومتى عفا على مال أو صالح عليه كان لبيت المال كجناية الخطأ الموجبة للمال .

(مسألة) (وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيراً مجنوناً فللامام العفو على

مال ينفقه عليه)

إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه فويله أخذ الارش وإن كانت موجبة للقصاص وله مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليقص أو يعفو سواء كان عاقلاً أو معتوهاً وكذلك إن لم يكن له مال وكان عاقلاً وإن كان معتوهاً فللامام العفو على مال ينفق عليه لأن المعتوه ليست له حال معلومة تنتظر لأن ذلك قد يدوم به بخلاف العاقل فإن له حالة تنتظر ويحبس الجاني في الحال التي ينتظر بلوغه حتى يبلغ ويستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد أن

« من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم لم فهو أحق به » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق إلى أخذه أحق لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه بأوليه فأخذه الآخر نظراً إلى نيتنا فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق كولو لم يأمره الآخر بمنأوانه إياه وأن نوى مناواته فهو للأمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه فأشبهه ما لو توكل له في تحصيل مباح

(فصل) فإن اختلفا فقال كل واحد منهما أما التظننه ولا يثبت لأحدهما وكان في يد أحدهما فالتقول قوله مع بينه أنه التظننه ، ذكر ذلك أبو الخطاب وهذا قول الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب انه لا يخلف كما في الطلاق والنكاح

ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فإن كان في يدها أفرع بينهما فن قرع صاحبه حاف وسلم إليه ، وعلى قول القاضي لا تشرع اليمين ههنا ويؤلم إليه بمجرد وقوع القرعة له ، وإن لم يكن في يد واحد منهما فقال القاضي وأبو الخطاب بسلمه الحاكم إلى من برى منهما أو من غيرها لأنه لاحق لهما ، والأولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لأنهما تنازعا حقا في يد غيرهما فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما فإن وصفه أحدهما مثل أن يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة وذكر شيئاً في جسده مستوراً فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعى المدعى فإنه لا تقدم به دعواه

للإمام استيفاء القصاص له قبل بلوغه وهو مذهب أبي حنيفة لأنه أحد نوعي القصاص فكان للإمام استيفاءه عن اللقيط . كالنفس

ولنا أنه قصاص لم يتحتم استيفاءه فوقف على من هو له كما لو كان بالغا غائبا ، وفارق القصاص في النفس لأن القصاص ليس هو له بل هو لوارثه والإمام المتولي له

(فصل) إذا جنى اللقيط جنابة تحملها العاقلة فهي على بيت المال لأن ميراثه له وتفقته عليه وإن جنى جنابة لا تحملها العاقلة فحكمه فيها حكم غير اللقيط إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وإن كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان في ذمته حتى يوسر وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصناً حد ثمانين لأنه حر

(مسئلة) وان ادعى الجاني عليه أو قاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالتقول قول اللقيط

إذا قذف اللقيط قاذف وهو محصن فعليه الحد فإن ادعى القاذف رقه فصدقه اللقيط سقط الحد لإقرار المستحق بسقوطه وإن ادعى أنه عبد فصدقه وجب على القاذف التعزير لقذفه من ليس بمحصن وإن كذبه اللقيط فالتقول قوله لأنه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفاً، وإن ادعى الجاني رقه وكذبه اللقيط وادعى الحرية أوجبنا له القصاص وإن كان الجاني

ولنا ان هذا نوع من القطة تقدم بوصفها كقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان مقدما بها وقياس القبط على القطة أولى من قياسه على غيرها لان القبط لقطة أيضا ، وان كان لأحدهما بينة قدم بها وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا لان الثاني انما أخذ من قد ثبت الحق فيه لغيره وان استوى تاريخهما أو أطلقنا معا أو أرخت احدهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل بسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان (أحدهما) بسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويفرق بينهما فن قرع صاحبه كالأول ، وسنذكر ذلك في باب ان شاء الله تعالى ، وان كان القبط في يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر أو تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال ، وان كان أحد المتداعيين ممن لا نقر يده على القبط أقر في يد الآخر ولم يلتفت الى دعوى من لا يقر في يده بحال

(مسألة) قال (وإذا ادعاه مسلم وكافر أري القائة فبأيهما الحق)

يعني إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى نسب القبط من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ويفرد بدعواه فينظر فان كان المدعي رجلا مسلما حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه لان الاقرار محض نفع للطفل لانصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقره بمال ،

حرراً لما ذكرنا ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون القول قول القاذف لانه يحتمل صحة قوله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندريه بالشبهات ، وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد لان القصاص ليس بحد وإنما وجب حقاً لا دمي ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف وإن قلنا ان القذف حق لا دمي فهو كالقصاص ويخرج من هذا أن اللقب إذا كان قاذفا فدعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والاول أصح لان من كان محكوماً بجرمته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه .

(مسألة) (وإذا ادعى انسان أنه مملوك لم يقبل الا بينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى رق اللقيط مدع سمت دعواه لانها ممكنة وان كانت مخالفة لظاهر الدار فان لم يكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر ، وتعارض دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق تخالفة (والثاني) أن دعوى النسب يثبت بها حقاً للقيط ودعوى الرق يثبت بها حقاً عليه فلم تقبل بمجرد ما كما لو ادعى رق غير اللقيط فان لم يكن له بينة سقطت الدعوى وان كانت له بينة فشهدت بالملك أو باليد لم يقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل

ثم ان كان المقر به ملتقطه أقر في بدبه وان كان غيره فله أن ينزعه من الملتقط لانه قد ثبت انه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة ، وان كان المدعي له عبداً لحق به أيضا لان لمانه حرمة فالحق به نسبه كالحر ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا يثبت له حضانه لانه مشغول بخدمة سيده ولا يجب عليه نفقته لانه لا مال له ولا على سيده لان الطفل محكوم بحريته فتكون نفقته في بيت المال ، وان كان المدعي ذميا لحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت الفرائض فانه يثبت له بالتكاح والوطء في الملك ، وقال أبو ثور لا يلحق به لانه محكوم باسلامه

ولنا انه اقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار بغيره فيثبت اقراره كالمسلم ، اذا ثبت هذا فانه يلحق به من النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضانته ، وقال الشافعي في أحد قوليه : يتبعه في دينه لان كلما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة الا أنه مجال بينه وبينه

ولنا ان هذا حكم باسلامه فلا يقبل قول الذي في كفره كما لو كان معروف النسب ولأنها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجرد ادعوى رقه لانه لو تبعه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضرارا به فلم تقبل كدعوى الرق ، اما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فصاححة عارضة عن الضرر قبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيما هو اعظم : للضرر والحزني في الدنيا والآخرة وان كان المدعي امرأة

وامرأتين وان شهدت بالولادة قبل فيه رجل واحد وامرأة واحدة لانه مما لا يطلع عليه الرجال ومتى شهدت البينة باليد فان كانت الملتقط لم يثبت بها ملك لاتنا عرفنا سبب يده وان كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك ، وان شهدت بالملك فقالت تشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه الا ملكه وان شهد أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم يقل في ملكه احتدل ان يثبت له الملك بذلك كقولها في ملكه لان أمته ملكه فباؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت به الملك لانه يجوز ان تلده قبل ملكه اياها فلا يكون له وهو ابن أمته

(فصل) فان كانت الدعوى بعد بلوغ اللقيط كلف إجابته فان انكر ولا بينة للمدعي لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم بها فان كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك بيوم أو شراء نقصت تصرفاته لان تصرفه كان بغير اذن مالكة .

﴿مسئلة﴾ (وان أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل وعنه يقبل وقال القاضي يقبل فيما عليه رواية واحدة وهل يقبل في غيره ؟ على روايتين)

إذا ادعى انسان رق اللقيط بعد بلوغه فصدقه وكان قد اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها، وان لم يكن اعترف

امرأة فاختلف عن أحد رحمه الله فروي ان دعوتها تقبل وبلحقها نسبه لانها احد الابوين فثبت النسب بدعوتها كلاب ولانه يمكن ان يكون منها كما يكون ولد الرجل بل اكثر لانها تأتي به من زوج ووطء بشبهة وبلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ولان في قصة داود وسليمان عليها السلام حين تمأكم اليهما امرأتان كان لهما ابنتان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما ان الباقي ابنها وان الذي اخذه الذئب ابن الأخرى فخكم به داود للأكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز ان يلحقه نسب ولد لم يقر به وكذلك اذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه فان قيل الرجل يمكن ان يكون له ولد من امرأة اخرى او من أمته والمرأة لا يحمل لها نكاح غير زوجها ولا يحمل ووطؤها غيره قلنا يمكن ان تلد من وطئ شبهة او غيره وان كان الولد يمتثل ان يكون موجودا قبل ان يتزوجها هذا الزوج امكن ان يكون من زوج آخر فان قيل انما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيائه عن النسبة الى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل الحاقها بها دون زوجها تطرق للمار اليه والباقي قلنا بل قبلنا دعوا لانه بدعي حقا لا منازع له فيه ولا مضرة على احد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة (والرواية الثانية) انها ان كان لها زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه الى الحاق النسب بزوجهما بغير اقراره ولا رضاه او الى

بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال أقر بالرق فقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق وكاقراره بالحد والقصاص في نفسه فانه يقبل وان تضمن فوات نفسه ويحتمل أن لا يقبل قال شيخنا وهو الصحيح لانه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر بالحرية قبل ذلك ولان الطفل المنبوذ لا يعلم رقه نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رقه نفسه لانه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رقه بعد التقاطه فكان لإقراره باطلا وهذا قول ابن القاسم وابن المنذر وللشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه خاصة وهذا الذي قاله القاضي ، وبه قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقا عليه وحقا له فوجب ان يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي الف ولي عنده رهن وفيه وجه آخر أنه يقبل اقراره في الجميع وهو القول الثاني للشافعي لانه يثبت ما عليه فيثبت ماله كالينة ولان هذه الاحكام تبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة ثبتت وثبت النسب تبعاً لها

(فصل) فاما ان أقر بالرق ابتداء لانسان فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً وان كذبه بطل اقراره فان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسمع اقراره الثاني لان اقراره الاول يتضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى المقر له فاذا بطل اقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل اقراره بما نقاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ان امراته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر وهذا ايضا وجه لاصحاب الشافعي (والرواية الثالثة) نقلها النكوسنج عن احمد في امرأة ادعت ولدا ان كان لها اخوة او نسب معروف لانصدق الا بينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لانه اذا كان لها اهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم وينصرون بالحاق النسب بها لما فيه من تعبيرم بولادتها من غير زوجها وايس كذلك اذا لم يكن لها اهل وبجمل ان لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور واصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لانها بمكثها اقامة البيعة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرد كمالو علمي زوجها طلاقها بولادتها

وانما انها أحد الوالدين فاشبهت الاب وإمكان البيعة لا يمنع قول القول كالرجل فانه يمكنه البيعة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي امة فهي كالحره الا اننا اذا قبلنا دعوتها في نسبه لم تقبل قولها في رقه لاننا تقبل الدعوي فيما يضره كما لم تقبل الدعوي في كثره اذا ادعى نسبه كافر

(القسم الثاني) ان يدعي نسبة اثنان فصاعداً والكلام في ذلك في فصول (احدها) انه اذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة المسلم اولى من الذمي والحر اولى من العبد لان على القبط ضرر في الحاقه بالعبد والذمي فكان الحاقه بالحر المسلم اولى كما لو تنازعا في الحضانه ولما ان كل واحد لو انفرد صحت دعواه فاذا تنازعا تسادوا في الدعوى كالأحرار المسلمين

ولنا أنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانيا كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحربة فان الاقرار بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) فاذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه وهو ذكر وكان قبل الدخول فسد النكاح في حقه لانه عبد تزوج بغير اذن مواليه ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله وان كان بعد الدخول فسد نكاحه وعليه المهر كله لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر به قبل ولده حر تابع لاهو وان كان منزوحاً بأمة فولده لسيدها ويتعاق المهر برقبته لان ذلك من جنائياته يفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيده بالنسبة الى امراته ولا ينقطع حقه منه باقراره ، وإن قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد اسكونه تزوج بغير اذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها فانها عليه المهر المسمى في احدى الروايتين والاخرى خمسه

(فصل) وإن كان القبط أنثى وقلنا يقبل فيما عليه خاصة فانسكاح صحيح في حقه فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها أو أنها أمة تزوجت بغير اذن سيدها وانسكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها واسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها بقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا

وما ذكره من الضرر لا يتحقق فالتأني لا يحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضنة بدليل اننا قدم في الحضنة الموصر والحضري ولا تقدمهما في دعوى النسب قال ابن المنذر اذا كان عبد امرأته امة في أبيهما صبي قادمي رجل من العرب امرأته عربية انه ابنه من امرأته فاقام العبد بيته بدعواه انه ابنه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال اصحاب الرأي يقضى به للعربي للعق الذي يدخل فيه وكذلك لو كان المدعى من الموالي عبدهم وقولهم هذا غير صحيح لان العرب وغيرهم في احكام الله والحرق النسب بهم سواء (الفصل الثاني) انه اذا ادعاه اثنان فكان لاحدهما به بيته فهو ابنه وان اقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما هاهنا لان استعمالهما في المال اما بقسمته بين المتداعين ولا سبيل اليه هاهنا واما بالاقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب فان قيل فان ثبوته هاهنا يكون بالبينة لا بالقرعة وانما القرعة مرجحة قلنا فيلزم انه اذا اشترك رجلان في وطئ امرأة فأنت بولد يقرع بينهما ويكون لوطيه بالوطيء لا بالقرعة

(الفصل الثالث) انه اذا لم تكن به بيته أو تعارضت به بيتان وسقطتا فانما نريه انقافة معها أو مع عصبتهما عند فقدهما فلحقه بمن ألحقته به منهما هذا قول أنس وعطاء. وبزيد بن عبد الملك والاوزاعي والبيه والشافعي وأبي ثور، وقال اصحاب الرأي لاحكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعا لان الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فان الشبه يوجد بين الاجانب وينفي بين الاقارب ولهذا روي

على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا قل أو أكثر لاقرار الزوج بوجوده ، وأما الاولاد فأحرار لأنجب قيمتهم لأنها لو وجبت لوجبت بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها بقولها فاما إبقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدتها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لانتالوا اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للعقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامة لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه فاما الحكم في المستقبل فيمكن ابقاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بان يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فان طلقها اعتدت عدة العرة لان عدة الطلاق حق للزوج بدليل انها لا تنجب إلا بالدخول وبهها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامة لان المذنب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها وان قلنا بقبول قولها في جميع الاحكام فهي أمة تزوجت بنير اذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان دخل بها وجب لها مهر أمة تزوجت بنير اذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل يجب مهر المثل أو المسمى؟ فيه روايتان ، وتعد حبيبتين لانه وطئ في نكاح فاسد وأولاده أحرار

عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال « هل لك من ابل ؟ » قال نعم ، قال « فما ألوانها ؟ » قال حمر ، قال « فهل فيها من أورق ؟ » قال نعم ، قال « أنى أتانا ذلك ؟ » قال لعل عرقاً نزع قال « وهذا لعل عرقاً نزع » متفق عليه ، قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفى به في ولد الملائنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل عليها يوماً مسروراً بهرق أسايريه وجهه فقال « ألم نري از محرزاً المدلجني نظر آناً الى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسها وبدت أقدامها فقال أن هذه الأقدام بعضها من بعض ؟ » متفق عليه فلو جاز الاعتدال على القافة لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه ، ولأن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة ألم ينكره منكر فكان اجماعاً ويبدل على ذلك قول النبي ﷺ في ولد الملائنة « انظروها فان جاءت به حش الساقين كأنه وحرة فلا أراه الا قد كذب عليها ، وإن جاءت به أكحل بعد أجمالها لياسابغ الايتين خدج الساقين فهو الذي رميت به » فأنت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فقد حكم به النبي ﷺ الذي أشبهه منها ، وقوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » يدل على أنه لم ينع من العمل بالشبه الا الايمان ، فاذا انتفى المنع يجب العمل به لوجوده متضاهياً وكذلك قول النبي ﷺ في ابن أمية « من رأى به شهماً بيتاً بهتة بن أبي وقاص » احتجبي منه يا ودة ، فعمل بالشبه في حجب سودة عنه فان قيل فالحديثان حجة عليك ألم يحكم النبي ﷺ

لاعتقاده حريتها فهو مغرور عليه فيسبهم يوم الوضع وان مات فليس عليها عدة الوفاة .

(فصل) فان كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والايمان يؤدي مما في يده وما بقي ففي ذمته لان معاملته لا يقر برقه وان قلنا بقبول اقراره في جميع الاحكام فسدت عقودها كلها ورجب رد الايمان الى أربابها ان كانت باقية وان كانت نالفة وجبت قيمتها في رقبته أو في ذمته على ما ذكرنا في استدانة السبد لأنه ثبت برضى صاحبه

(فصل) فان كان قد جنى جنابة موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجنى عليه او عبداً لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجنى عليه عبداً أو حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجنابة خطأ تعلق أرشها برقبته لان ذلك مضر به فان كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه ، وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه وقيل يجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجباً للمجنى عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد بالعبد وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص وان كانت موجبة للمال تقل بالرق ووجب أقل الامرين وان كان مساوياً للواجب قبل الاقرار ووجب ويدفع الواجب الى سيده وان كان الواجب يكثر اكونه قيمته عبداً أكثر من دينه حراً لم يجب الا ارش الجنابة على الحر وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام ووجب

بالشبه فيها بل ألحق الولد بزمة وقال لعبد بن زمة « هو لك يا عبد بن زمة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعة في اقامة الحد عليها لشبهه بالمقدوف قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الاعراض عنه اذا خلت عن المعارض ، وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب فان الحد في الزنا لا يثبت الا بأقوى البيئات وأكثرها عدداً وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ويدراً بالثبوت والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور انتنانه حتى لو أن امرأة أنت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقا ولدها فكيف يحتاج على نفيه بعدم اقامة الحد لانه حكم بظن غالب ، وأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين ، وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت أم سلمة او تري ذلك المرأة؟ قال « فن أين يكون الشبه؟ » والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان انكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزومه على نفيه لذلك يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس انكاره وان ذلك انما يوجد نادراً وانما ألحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش ونجوز مخالفة الظاهر لدليل ولا يجوز تركه من غير دليل ولان ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته فان النسب يخطأ لإثباته ويثبت بأدنى

أرش الجنابة على العبد وان كان الارش نحمه العاقلة اذا كان حراً سقطت عن العاقلة ولم يجب على الجناني لأن اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل اقراره على الجناني فسقط ، وقيل لا يتحول عن العاقلة وعلى قول من قال : يقبل اقراره في الاحكام كلها يوجب الارش على الجناني والله أعلم ﴿ مسألة ﴾ (وان قال اني كافر لم يقبل قوله وحكمه حكم المرتد ، وقيل يقبل الا أن يكون قد نطق بالاسلام وهو لا يعقله)

وجملة ذلك أنا في الموضوع الذي حكمنا بالاسلام اللقيط انما ذلك ظاهراً لا يقيناً لاحتمال أن يكون ولد كافرین ولهذا لو أقام كافر بينة انه ولده ولد على فراشه حكمنا له به وسند ذكر ذلك ، ومتى بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم بالاسلامه أو كفره ولا يقبل اقراره بالكفر بعد ذلك لانه انكار بعد اقراره فلا يقبل كفره وان وصف الكفر وهو ممن حكم بالاسلام بالدار فهو مرتد لا يقر على كفره ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره ، وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه بعيد لأن دليل الاسلام وجد عربياً عن المعارض ثبت حكمه واستقر فلا يجوز ازالة حكمه كما لو كان ابن مسلم ولان قوله لا دلالة فيه أصلاً لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه؟ وانما يقول هذا من تلقاء نفسه فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثاً فان تاب والاقبل فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف

دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لا ينتفى إلا بأقوى الادلة كما أن الحد لما اتنى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في مسألتنا فان قيل فهنا إذا علمم بالقياة فقد نفيتم النسب عنم تلحقه القافة به، قلنا انما اتنى النسب هنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحاً لأحدهما فاتفت دلالة الاخرى فلمم اتفنا. النسب لا تنفنا. دليله، وتقديم الامان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها

(فصل) والثافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف، وقيل أكثر ما يكون في بني مدج رهط وحرز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه زيدا قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض، وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً، وكذلك قيل في شريح ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلاً جرباً في الاصابة حراً لان قوله حكم، والحكم تعتبر له هذه الشروط، قال القاضي وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه وبرى ايام فان ألحقه بواحد منهم سقط قوله لانا نتبين خطاه، وإن لم يلقه بواحد منهم أربناه اياه مع عشرين فيهم مدعيه فان ألحقه به لحق، ولو اشتهر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فاذا ألحقه

كفراً يقر عليه بالجزية عقدت له الذمة، فان امتنع من التزامها ووصف كفراً لا يقرأه له الحق؛ آمنه، قال شيخنا وهذا بعيد جداً فان هذا اللقيط لا يخلو إما أن يكون ابن حربي فهو حاصل في أبدي المسلمين بغير عهد ولا عقد فيكون لو اجدته ويدير مسلماً باسلام سائيه، أو يكون ابن ذميين أو احدهما ذمي فلا يقر على الانتقال الى غير دين أهل الكتاب، أو يكون ابن مسلم او مسلمين فيكون مسلماً، وقد قال احمد في امة نصرانية ولدت من فجور، ولدها مسلم لان ابوه يهودانه ويتصرانه وهذا ليس معه الا امه، واذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل ان يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد الى دار الحرب؟

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أقر انسان أنه ولده الحق به مسلماً كان أو كافراً رجلاً او امرأة حياً كان اللقيط أوميتاً)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى مدع نسب اللقيط لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد يفرد بدعوته فان كان المدعي حراً مسلماً لحقه نسبه إذا أمكن أن يكون منه بغير خلاف بين أهل العلم، لان الاقرار محض يقع للطفل لا يصلح نسبه ولا ضرر على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال فان كان المقر به ملتقطه أقر في يده، وان كان غيره فله أن ينزعه من الملتقط لانه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق به كما لو قامت به بينة.

بقريبه علمت أصابته ، وإن لحقه بغيره سقط قوله جاز ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة أصابته ، وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في صرات كثيرة جاز

وقد روينا أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلقحه فربة إياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال ادع لي أبك فقال له اللهم ومن أبو هذا ؟ قال فلان قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل إياساً فقال من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال سبحان الله وهل يعني على أحد إنه أشبه بك من الغراب بالغراب ؟ فسر الرجل واستأحق ولده وهل يقبل قول واحد أولاً يتقبل إلا قول اثنين ؟ فظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فإن الاثرم روى عنه أنه قيل له إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لأنه قول يثبت به النسب فأشبهه الشهادة ، وقال القاضي يقبل قول الواحد لأنه حكم ويقبل في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال إذا خالف القائف غير تعارضاً وسقطاً ، فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقولهما أولى لانهما شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قول

(فصل) فإن كان المدعي عبداً ألحق به لان لثانته حرمة فلحق به نسبه كالحر وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا يثبت له حضانه لانه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لا مال له ولا نجب على سيده لان الطفل محكوم بحريته فملى هذا تكون نفقته في بيت المال

(فصل) فإن كان المدعي ذمياً ألحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت القرائن فانه يثبت له التكاح والوطء في الملك وقال أبو نؤير لا يلحق به لانه محكوم باسلامه ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار لغيره فيثبت اقراره كالمسلم .

﴿مسئله﴾ (ولا يتبع الكافر في دينه الا ان يقيم بينة انه ولد على فراشه)
وجملة ذلك أنه يتبع الكافر في النسب لا في الدين ولا حق له في حضانه ولا يسلم اليه لانه لا ولاية للكافر على المسلم وقال الشافعي في أحد قوليه يتبعه في دينه لان كل ما لحق به بنسبه لحقه به في دينه كالبينه الا أنه يحال بينه وبينه

ولنا أن هذا محكوم باسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولانها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجرد دعوى رقه ، ولانه لو تبمه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضراراً به فلا يقبل كدعوى الرق ، أما مجرد النسب بدون اتباعه في الدين فصلحة طارئة

الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجع وسقط الجميع كما لو كانت إحدى البينتين اثنتين والآخرى ثلاثة فأكثر، فأما إن ألحقت القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقت به آخر كان لاحقاً بالاول لان القائف جرى مجرى حكم الحاكم، وحتى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له، وكذلك إن ألحقت بواحد ثم عادت فألحقت بغيره لذلك، فان أقام الآخر بيته انه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فيسقط وجود الاصل كالتيتم مع الماء.

(فصل) وإن ألحقت القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد، وأما قبلنا قول القائف في النسب فاحاجة الى اثباته ولكونه غير مخالف لظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره، واثباتهما بخلاف الظاهر ولو ادعى نسب القبط انسان فالحق نسبه به لانفراده بداعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى، فان ألحقت به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بيته في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالأشهادة

(فصل) واذا ادعاه اثنان فألحقت القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما بزمنهما ميراث ابن وبرثانه جميعا ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور، وقول أصحاب

عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيها هو أعظم الضرر والحزبي في الدنيا والآخرة، فان أقام بيته أنه ولد على فراشه لحق به نسباً ودينياً كذلك ذكره ههنا وهو قول بعض أصحابنا لانه ثبت أنه ابنه بيته، وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين الا أن تشهد البيته أنه ولد كافرين حين لان الطفل يحكم باسلامه باسلام أحد ابويه او موته

(فصل) فان كان المدعي امرأة فروى عن أحدان دعوتها قبل ويلحقها نسبه لانهما أحدا ابوين اشبهت الاب، ولانه يمكن كونه منها كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر لأنها تأتي به من زوج ووطه شبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، وقد روي في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تخام اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للصغرى بمجرد الدعوى منهما، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، ولذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه، فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى ومن أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل لغيره وطؤها قلنا يمكن ان تلد من وطه شبهة أو غيره، وإن كان الولد يشبه أن يكون موجوداً قبل تزوجها بهذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر، فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة ودفع العار عن الصبي وصيافته عن النسبة

الرأي يالحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يالحق بأكثر من واحد فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه أن القافة قالت قد اشتركا فيه فقال عمر وال أبهما شئت ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كالأول ألحقته بأمين ، ولأن المدعين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سعتنا ولو جاز أن يالحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثناسه يان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطنها رجلان في طهر فقال القافة قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما أو بانه عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنتهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر . وقال الامام أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحلت فولدت غلاما يشبههما فرفم ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله بزئهما ويرثانه ، قال سعيد عصبته البقي منهما ، وما ذكره عن عمر لأنه لم يحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر إما لعدم ثبوتها وإما لأنه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا يتحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه قال أحمد إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثانه ، فإن مات أحدهما فهو الباقي منهما ونسبه من الأول قائم

إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحق نسبة بالمرأة بل في الحاق نسبه بها دون زوجها بطرق العار إليه و"إيا قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة فيه على أحد فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة ، وروى عن أحمد أنها إن كانت ذات زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه إلى الحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضائه أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيها يلحق الضرر به وإن لم يكن لها زوج قبلت دعوتها لعدم الضرر ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي أيضاً ، وروى عن أحمد رواية ثالثة نقلها الكوسنج عن أحمد في امرأة ادعت ولداً أن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا تصدق إلا بينة وإن لم يكن لها دفاع لم يخل بينها وبينه لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تحف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل قال شيخنا ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي نوري وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرد كما لو عاق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا أنها أحد الوالدين أشبهت الأب وامكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فإنه يمكنه إقلمة

لا يزيه شي . ومعنى قوله هو لباقي منهما والله اعلم انه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات (فصل) وإن ادعاه أكثر من اثنين فالخفنة بهم القافة فنص أحمد في رواية مهنا أنه بلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بن الخفنة القافة وإن كثروا . قال أبو عبد الله بن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لأننا صرنا إلى ذلك للآثر فيقتصر عليه ، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن ، وروي ذلك عن أبي يوسف أيضاً ولنا أن المعنى الذي لاجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم ان إلحاقه بالاثنتين على خلاف الاصل ممنوع وإن سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعديده للحكم به كما ان اباحة أكل الميتة عند المحمصة أبيع على خلاف الاصل لا يتم من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحريمي وغيرها من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال انه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزداد على ذلك فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما رجد فيه المعنى ولا تعلم في الثلاثة معنى خاصة تنفي إلحاق النسب بهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

الينة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي أمة أي كالحرة إلا أنا إذا قبلنا دعوتها في نسبه لم نقبل قولها في رقه لاننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره اذا ادعى نسبه كافر ﴿مسئلة﴾ (فان ادعاه اثنان أو أكثر لاحدهما ينة قدمها فان استووا في ينة أو عدمها عرض معها على التافة أو مع أقاربها إن ماتا)

الكلام في ذلك في فصول (أحدها) أنه إذا ادعاه مسلم وكافر وحر وعبد فهما سواء وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المسلم اولى من الذمي والحر اولى من العبد لان على القبط ضرراً في إلحاقه بالعبد والذمي فيكون إلحاقه بالحر المسلم اولى كالتأزعو في الحضانة

ولنا ان كل واحد لو انفرد صحت دعوته فاذا تنازعا تساوا في الدعوى كالأحرار المسلمين وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فانا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل اننا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمها في دعوى النسب ولان الحضانة إنما يراعى فيها حق الطفل حسب وهننا ينبغي ان يراعى حق المدعي ايضاً قال ابن المنذر اذا كان عند امرأته أمة في أيديهما سبي فادعى رجل من العرب امرأته عربية أنه ابنه من امرأته وأقام العبد ينة بدعواه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال أصحاب الرأي يقضى به للعربي للعتق الذي يدخل فيه وكذلك ان كان المدعي من الموالي عندم قال شيخنا وهذا غير صحيح لان العرب وغيرهم في أحكام الله تعالى ولحوق النسب بهم سواء .

(فصل) وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليهما أو تعارضت أقوالهما أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده لأن ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال والقبض، ويضيق نسبه، هذا قول أبي بكر وقا. أو ما إليه أحمد رحمه الله في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد إلى أن الابن يخبر أيهما أحب وهو قول أبي عبد الله بن حامد قال بترك حتى يبلغ فينسب إلى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر: والأيهما شئت ولأن الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره ولأنه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الاقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد، وقال أصحاب الرأي يلحق بالمدعين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فاذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعى ارقه، وقولهم يميل طبعه إلى قرابته قلنا إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبـله ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكانت قد يميل إلى من أحسن إليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها وقد يميل إليه لاساءة الآخر إليه وقد يميل إلى أحسنهما خلفاً أو أعظمهما قدراً أوجاهها أو مالا فلا يثبت له ميل أثر في الدلالة على النسب، وقولهم أنه صدق المقر بنسبه قلنا لا يجل له تصديقه فإن النبي ﷺ لمن من ادعى إلى غير أبيه أو نولي غير مواليه وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا

(الفصل الثاني) انه إذا ادعاه اثنان أو أكثر وكان لاحدهما بينة فهو ابنه وان اقام كل واحد منهم بينة تعارضت وسقطت لانه لا يمكن استعمالها ههنا لان استعمالها في المال اما بقسمته بين المتنازعين ولا يمكن ههنا او بالقرعة والقرعة لا يثبت بها النسب فان قيل إنما يثبت ههنا بالبينة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة قلنا فيلزم انه إذا اشترك رجلان في وطئ امرأة وأتت بولد أن يفرع بينهما ويكون لحوقه بالوطئ لا بالقرعة

(النصل الثالث) انه إذا لم تكن بينة أو تعارضت بينتان وسقطتا أرى القافة معها أو مع عصبتهما عند فقدهما فلحقه بمن الحقته به منها هذا قول أنس وعطاء والاوزاعي والليث والشافعي وأبي وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعاً لأن الحكم بالقيافة مبني على الشبه والظن والتخمين فان شبه يوجد بين الاجانب وينفي بين الاقارب ولهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله ان امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال «هل لك من إبل؟ قال نعم. قال فما ألوانها؟ قال حمر. قال فيها من أورق؟ قال نعم. قال اين أتاها ذلك؟ قال لعل عرقاً نزع قال. وهذا لعل عرقاً نزع» متفق عليه قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفي به في ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأبكره الباكون.

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها مسروراً تبرق

يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر وال من شئت فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فانه إنما أمره بالموالاة لا بالانتساب ، وعلى قول من جعل له الانتساب الي احدهما لو انتسب الي أحدهما ثم عاد وانتسب الي الآخر ونفى نسبه من الاول أو لم ينتسب الي واحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ، ويفارق الصبي الذي يخير بين أويه فيختار أحدهما ثم يرد الآخر اذا اختاره فانه لا حكم لقول الصبي وإنما تبع اختياره وشهوته فأشبهه ما لو اشتهى طعاما في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر وان قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لانه بطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلان تبطل الانتساب أولى ، وان وجدت قافة بعد انسابه فألحقته بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا لانه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة

(فصل) وان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتهما ، فان كانتا ممن لا تقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما ، وان كانت إحداهما ممن تسمع دعوتها دون الاخرى فهو ابن لها كالمفردة ، وان كانتا جميعا ممن تسمع دعوتها في إثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين : قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدنا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، نقييل يرى القافة فقال ما أحسنه ولان الشبه يوجد بينها وبين ابنتها

أسارير وجهه فقال « ألم تري أن محرزا نظر آتفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رهوسها وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض؟ » منفق عليه فولوا جواز الاعباد على القيافة لما سر به النبي صلى الله عليه وسلم ولا اعتمد عليه ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملائعة « انظروها فان جاءت به حمش الساقين كأنه وحررة فلا اراه الا قد كذب عليها وان جاءت به جمداً جالياً سابقاً سايقاً الا ليتين خدج الساقين فهو الذي رميت به » فانت به على النعت المكروه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فخكم به النبي صلى الله عليه وسلم الذي اشبهه منها وقوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن يدل على انه لم يمنع من العمل بالشبه الا الايمان فاذا اتقى المانم يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن امة زمعة حين رأى به شهماً بينا بعثة بن ابي وقاص احتجبي منه ياسودة فعمل بالشبه في حجب سودة فان قيل فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل الحق الولد بزمنة وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملائعة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا إنما لم يعمل به في ابن امة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منها لا يوجب الاعراض

كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بمجمله ونفذيته والكافرة والمسلمة والحرة والامة في الدعوة واحدة كما قلنا في الرجل، وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتها وان ألحقته القافة باين لم يلحق بها وبطل قول القافة لاننا نعلم خطأه يقينا، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى لان الام أحد الابوين فجاز أن يلحق باثنين كالأب.

ولنا أن كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلها وفارق الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحانته من يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه كالم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لانه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو طيه شبهة فيلحق بهما جميعا ويكون ابنتهما بمجرد دعوتها كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة، وان قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعت امرأة أخرى فهو ابن الرجل، وهل ترجع زوجته على الأخرى؟ يمتثل وجهين (أحدهما) ترجع لان زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه، ويحتمل أن يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها فاذا اجتمعتا تساويتا

(فصل) وان ولدت امرأتان ابنا وبنتا فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها دون البنت

عنها اذا خلت عن المراض ولذلك ترك إقامة الحد عليهما من اجل أيمانها بدليل قوله «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» على ان ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب، فان الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البيئات وأكثرها عددا وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره اربع مرات وتدرأ بالشبهات، والنسب يثبت بشهادة امرأة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى مع ظهور اتفائه حتى لو ان امرأتين بولد وزوجها غائب منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف ينجح إلى تقيده بعدم إقامة الحد؟ ولانه حكم بظن غالب ورأي راجح من «ومن اهل الخبرة فجاز كقول المقومين وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت ام سلمة او ترى ذلك المرأة؟ قال «فإن ابن يكون الشبه، والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان إنكار الرجل ولده مخالفة لونه لونه وعزمه على تقيده لذلك يدل على ان المادة خلافه وان في طباع الناس إنكاره فان ذلك إنما يوجد نادراً وإنما الحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش ونجس مخالفته الظاهر للدليل ولا يجوز تركه لغير دليل ولان ضعفه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته، فان النسب يحتاط له لا يثبت ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في تقيده وانه لا ينتفي الا بأقوى الادلة كما أن الحد لما اتفق بالشبهة لم يثبت الا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من تقيده بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به

احتمل وجهين أحدهما أن نرى المرأتين القاتنة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بن الحقة به كما لو لم يكن لها ولد آخر (والثاني) ان نعرض لبيتهما على أهل الطب والمعرفة فان لبن الذكر يخالف ابن الأنثى في طبعه وزنته ، وقد قبل ابن الابن ثقيل وابن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وبما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبنا ابن الابن فهو ولدها والبنت الاخرى ، فان لم يوجد قافة اعتبرنا الابن خاصة ، وان تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو اثنيان عرضوا على القافة كاذرنا فيما تقدم

(فصل) ولو ادعى الاقريط رجلان فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابني نظرنا ، فان كان ابنا فهو لمدعيه وان كانت بنتا فهي لمدعيها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وان كان خنتى مشكلا أرى القافة معهما لانه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر ، وان أقام كل واحد منهما بيته بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بيته الكاذب منهما كاذبة وجردا كهدما ولاخرى صادقة فيتمين الحكم بها

(فصل) واذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثله فأنت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ جارية مشركة بينهما في طهر أو يطأ رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته أو يدعوزوجته في ظلمة فتعجبه زوجة آخر أو جاريته أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً أو يكون نكاح أحدهما صحيحا

النسب في مشكلك ، فان قيل فهنا اذا علمت بالقياة فقد نفيتم النسب عن من تلحقه القافة به قلنا انما انتسب ههنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحاً لاحدهما فانتفت دلالة الاخرى فلزم انتفاء النسب لاتقاء دليله ، وتقدير الامان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها عند عدمها .

(فصل) والقافة قوم يعرفون الأناساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون في بنى مدح رهط محرز الذي رأي اسامة وزيداً قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض ، وكان ايام بن معاوية المزني قائفاً وكذلك قيل في شريح

﴿ مسألة ﴾ (فان ألحقته بأحدهما لحق به ليرجع جانبه وان ألحقته بهما لحق بهما وكان ابنه برنهما ميراث ابن وبرتانه جميعاً ميراث أب واحد)

بروي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وهو قول أبي ثور وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته بهما سقط قولها ولم يحكم به واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه ان القافة قالت اشتركا فيه ، فقال عمر والأيها شئت ولانه لا يتصور كونه من رجلين فاذا ألحقته القافة بهما تينا كذبها فسقط قولها كما لو ألحقته بأمين ولان المتداعين

والآخر فاسداً مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطنها أو يبيع جارية فيطوؤها المشتري قبل استبرائها وتأييد بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القانة معها فأيهما الحقوه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف في القبط .

(فصل) واذا ادعى رقب القبط مدع سمعت دعواه لانها ممكنة ، وان كانت مخالفة لظاهر الدار فان لم تكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرقب مخالفة له (والثاني) أن دعوى النسب تثبت بها حقاً للقبط . ودعوى الرقب تثبت حقاً عليه فلم تقبل بمجرد ما لو ادعى رقب غير القبط . فإذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى ، وان كانت له بينة لم تخلل اما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة فان شهدت بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وأنت شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحد لانه مما لا يطلع عليه الرجال ثم ننظر فان شهدت البينة باليد فان كانت للمنتظ لم يثبت بها ملك لاننا عرفنا سبب يده فان كانت لاجنبي حكمه باليد والقول قوله مع بينة في الملك وان شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بان أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه الا ملكه ، وان شهدت أنه ابن أمته أو ان أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك

لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلتحق بهما ثبت باتفاقهما وأحق بها عند تعارض بينهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعاً فجمله بينهما ، وبإسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنيهما وهما أبواه يرثها ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر ، وقال الاثرم احمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جملة بينهما ، وقال قابوس عن أبيه عن علي جملة بينهما ، وروى الاثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بها وجملة يرثها ويرثانه ، قال سعيد عصبته الباقي منها وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وان صح فيحتمل أنه ترك قولها لا من آخر إما لعدم ثقتها وإما لانه ظهر له من قولها واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولها انهما اشتركا فيه . قال أحمد اذا ألحقته القانة بها ورثها وورثناه فان مات أحدهما فهو للباقي منها ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله هو للباقي منها والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة اذا انفردت أخذت ما تأخذ الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذ جميع الزوجات .

بذلك كقرطها في ملكه لان أمته ملكه فهاؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت الملك لانه يجوز أن
تلد قبل ملكه لما فلا تكون له وهو ابن أمته

(فصل) وان ادعى رقب القبط بعد بلوغه مدخ كاف إجابته فان أنكر ولا بينة المدعي لم تقبل
دعواه وان كانت له بينة حكم له بها فان كان القبط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت
تصرفاته لانه بان أنه تصرف بغير إذن سيده وان لم تكن بينة فارق بالرق نظرنا فان كان اعترف بنفسه بالحرية
قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله
وان لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال
أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما الآخر بالرق كما لو أقر بقصاص أو
حد فانه يقبل وان تضمن ذلك فوات نفسه ، ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لانه يبطل به حق
الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولانه محكوم بحريته فلم يقبل اقراره
بالرق كما ذكرنا ولان الطفل المتبوء لا يعلم رقب نفسه ولا حريتها وام يتجدد له حال يعرف به رقب نفسه
لانه في تلك الحال ممن لا يعلم وام يتجدد له رقب بعد التناطه فكان اقراره باطلا ، وهذا قول القاسم
وابن المنذر والشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عايه
دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقه وحق عليه

﴿ مسألة ﴾ (ولا يلحق بأكثر من أم واحدة)

إذا ادعت امرأتان نسب القبط فهو مبني على قبول دعوتها ، وقد ذكرنا ذلك ، وإن كانت
أحدهما عن تقبل دعوتها دون الأخرى فهو ابناً كالفردة ، وإن كانتا ممن لا تقبل دعوتها فوجودها
كعدمها وإن كانتا جميعاً ممن تقبل دعوتها فهما في اثباته بالبينه وكونه يرى القافة عند عدما أو تعارضهما
كالرجلين). قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدنا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف
تقبل يرى القافة فقال ما أحسنه ، ولان الشبه يوجد بينها وبين ابنا كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر
لاختصاصها بمجمله وتمذيته ، والكافرة والمسلمة ، والنجرة والأمة ، في الدعوة واحدة كقولنا في الرجال ،
وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون بقبول دعوتها ، إذا ثبت ذلك فانه لا يلحق
بأكثر من أم واحدة ، فان ألحقته القافة بأمين سقط قولها لا تما لا نلم خصاً قطاً ، وقال أصحاب
الرأي يلحق بها بمجرد الدعوى لأن الام أحد الأبوين فجاز ان يلحق بانثنين كالأب
ولنا ان هذا محال يقيناً فلم يميز الحكم به كما لو كان أكبر منهما او مناهما بخلاف الرجلين فان كونه
منهما ممكن فانه يجوز اجتماع نطقتي الرجلين في رحم امرأة فيمكن ان يخاق منهما ولد كما يخاق من
نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القافة لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه
منه الحاقه بمن يستحيل ذلك منه كما لا يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمنه الحاقه بأصغر منه

فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لعلان علي الف درهم ولي عنده رهن ويحتمل أن يقبل اقراره في الجميع ، وهو القول الثاني للشافعي لانه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ولان هذه الاحكام تبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة ثبت ويثبت النسب تبعاً لها وأما ان أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً وان كذبه بطل اقراره ثم ان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض اصحابنا يتوجه أن لا يسمم اقراره الثاني لان اقراره الاول تضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر فاذا بطل اقراره برد المنزله بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل اقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه اقرار لم يقبله المقر نه فلم يمنع اقراره ثانياً كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحرية فان اقراره بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) إذا قبلنا اقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى فان كان ذكراً فان كان قبل الدخول فسد نكاحه في حته لانه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ولها عليه نصف المهر لانه حتى عليه فلم يسقط. بقوله ، وان كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضاً ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لأمه وان كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لان ذلك من جنباياته ويفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيدة بالنسبة الى امرأته فلا ينقطع حقها منه باقراره

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما الامكان كونه منهما بنسكاح كان بينهما او وطء شبهه فيلحق بهما جميعاً ويكون ابناً مجرد دعويهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة وإن قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل ورجح زوجته على الاخرى لان زوجها ابوه فالظاهر انها امه ، ويحتمل ان يتساويا لان كل واحدة منهما انفردت الحق بها فاذا اجتمعنا تساوتا

(فصل) ولو ولدت امرأتان ابناً وبناتاً فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها احتدل وجهين (احدها) ان يرى المرأتان التافه مع الولدين فيلحق كل منهما بمن الحقته به كما لو لم يكن لها ولد آخر. (والثاني) يمرض لبنا على اهل الطب والمعرفة فان لبن الذكر يخالف لبن الانثى في طبعه وزنته وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند اهل المعرفة فمن كان لبنا لبن الابن فهو ولدها والبنت للاخرى، فان لم يوجد قافة اعتبر باللبن خاصة فاما ان تنازعا احد الوالدين وهما ذكران او ابنتان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل) فان ادعى اللقيط رجلان فقال احدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فان كان ابناً فهو لمديه وان كان بنتاً فهي لمديها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه فان كان ختى مشكلاً اري القافة لانه ليس قول كل واحد منهما اولى من الآخر، فان اقام كل واحد منهما بيته بما ادعاه فالحكم فيها كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بيننا الكاذب منهما كاذبة فوجودها كهدمها والاخرى صادقة فيتعين الحكم بها

وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فانكاح فاسد اكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم تكن مدخولا بها وان كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه في إحدى الروايتين والاخرى خمسه وان كان القبط اثني فانكاح صحيح في حقه وان كان قبل الدخول فلا مهر لها لافرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه الا بالدخول وان كان دخل بها لم يسقط مهرها واسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى ان كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه الا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا المسمى قل أو كثر لا اعتراف الزوج بوجوبه، وأما الاولاد فاحرار ولا تجب قيمتهم لانه لو وجب لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق اولادها باقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقروا ان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للعقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامه لا تعتبر في استداة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في ايجاب حق لم يدخل في العقد

(مسئلة) (فان ادعاه أكثر من اثنين فالختم بهم لحق وان كثروا)

وقد نص أحمد في رواية مهنا انه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا انه يلحق بمن ألحقته القافة وان كثروا ، وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لاننا صرنا إلى ذلك للآثر فيقتصر عليه وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروى ذلك عن أبي يوسف أيضا ولنا أن المعنى الذي لاجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه ، وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق من أكثر منهما ، وقولهم : ان إلحاقه باثنين على خلاف الاصل ممنوع وان سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما ان اباحة أكل الميتة عند المحرمه أبيع على خلاف الاصل ولا يمنع من أن يقاس على ذلك مال النير والصيد الحريمي وغيرها من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزداد عليه فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم الى ما في معناه ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي الحاق النسب بهم دون ما زاد عليهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

(مسئلة) (فان نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين وفي

الآخر يترك حتى يبلغ فينتسب الى من شاء أو ما اليه أحمد)

وجملة ذلك انه اذا ادعاه أكثر من واحد وأري القافة فنفته عنهم أو لم يوجد قافة أو تعارضت أقوالهم أو لم يوجد من يوثق بقوله لم يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده لان ذلك لا يرجح به في سائر النواحي سوى الالتقاط في المال والقبط ليس بمال ، فعلى هذا يضيع نسبه ، هذا قول أبي بكر لانه

عليه فأما الحكم في المستقبل فيمكن أيضا حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو
يقم على نكاحها فلا يسقط حتى سيدها فإن طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب
الا بالدخول وسببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامة لان الغلب فيها
حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها ومن قال يقبول قولها في جميع الاحكام فهذه
أمة قد تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد، ويفرق بينهما وان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان
كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير اذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل ذلك مهر المثل أو
المسمى؟ فيه روايتان وتعتد حيزتين لانه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لا اعتقاده حرثتها فإنه
مغرور بحرثتها وعليه فيهم يوم الوضع وان مات عنها لم تجب عدة الوفاة

(فصل) وان كان قد تصرف بييم أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والامان يؤدي
مما في يديه وما فضل عليه في ذمته لان معاملة لا يعترف برقه ومن قال يقبول اقراره في جميع الاحكام
قال بفساد عقودها وأوجب رد الاعيان الى أربابها ان كانت باقية وان كانت نالفة وجبت قيمتها
في رقبته ان قلنا انما استدان العبد بغير اذن سيده فهو في رقبته وان قلنا بان استدان العبد في ذمته
فهذا كذلك ويتبع به بعد الحق لانه ثبت رضی صاحبه

لادليل لأحدم أشبه من لم يدع أحد نسبه ، وقال ابن حامد تركه حتى يبلغ فينتسب الى من شاء منهم
قال القاضي وقد أرمأ أحد الى هذا في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد الى أن الابن نجح أبهما
أحب وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر : وال أبهما شئت ولان الانسان
يميل طبعه الى قريبه دون غيره ولانه مجهول النسب أقر به من هو من أهل الافرار ثبت نسبه
كما لو انفرد ، وقال أصحاب الرأي : يلحق بالمدعين بمجرد الدعوى لان كل واحد منهم لو انفرد
سمعت دعواه فاذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كماله أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضت ولا حجة لواحد منهما فلم يثبت كما لو ادعى رقه وليس هو في أيديهما
قال شيخنا وقول أبي بكر أقرب لما ذكرنا وقولهم يميل طبعه الى قرابته قلنا انما يميل الى قرابته بعد
معرفة أنه قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل فلا يثبت قبله ولو سلم ذلك فانه يميل أيضا الى من أحسن
اليه فان القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لاساءة الآخر
اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا وأعظمهما قدراً أو جأها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على
النسب ، ولا خلاف بين أصحابنا في أنه لا يثبت نسبه بالاتساق قبل البلوغ ، قولهم انه صدق القمر بنسبه
قلنا لا يحمل له تصديقه فان النبي ﷺ لعن من ادعى إلى غير أبيه وهذا يعلم أنه أبوه فلا نمان أن
يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد يثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وقول
عمر رضي الله عنه وال أبهما شئت لم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة لانه إنما أمره بالموالاتة بالاتساق وعلى قول
من جعل له الاتساق إلى أحدهما إذا انتسب الى أحدهما عاد فان انتسب الى الآخر أو نفي نسبه من الاول ولم

(فصل) وان كان قد جنى جنابة مرجبة تقصاص فعليه القود حراً كان المجني عليه أو عبداً لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجني عليه عبداً او حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجنابة خطأ تعاقب ارشها برقبته لان ذلك مضر به ، فان كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وان كان مما يحمله العاقلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك بضر بالمجني عليه فلا

ينسب إلى أحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره وبفارق الصبي الذي يخبر بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد إلى الآخر اذا اختاره فانه لاحكم لقول الصبي وإنما تبع اختياره وشهوته فهو كما لو اشتهى طعاما في يوم وغيره في يوم آخر ، وأما إن قامت للآخر بيعة بنسبه عمل بها لانها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فأولى أن تبطل الانتساب وإن وجدت قافة بعد انتسابه فالحققة ، ينير من انتسب اليه بطل انتسابه لانه أقوى فبطل به الانتساب كالبيعة مع القافة (مسئلة) وكذلك الحكم إن وطئ امرأة اثنان بشبهة أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأنت يولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطئ أرى القافة معهما كالقيط فألحق من الحق به منهما سواء ادعياه أو جدهاه أو أحدهما وقد ثبت الاقتران ذكره القاضي وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعي الزوج أنه من الشبهة ذكره في المحرر وكذلك ان تزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً وكان نكاح أحدهما صحيحا والآخر فاسداً مثل أن يطلق امرأته فينكحها غيره في عدتها ويطؤها أو يبيع أمة فيطؤها المشتري قبل استيرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما فبايهاما الحق ، والخلاف فيه كالحلاف في القيط على ما ذكرنا

(مسئلة) (ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الاصابة)

وفي اعتبار حرية وجهان من المحرر قوله القافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة ، وقد قيل أكثر ما يكون ذلك في بني مدلج رهط محرز المدلجي وكان اياس بن معاوية المزني قائفاً ولا يقبل قول القائف الا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الاصابة لان قوله حكم فاعتبرت له هذه الشروط ، قال القاضي في معرفة القائف بالتجربة هو أن يترك الصبي مع عشرة رجال غير من يدعيه ويرى ايام فان الحق به واحد منهم سقط قوله لتبين خطئه وان لم يالحقه بواحد منهم أريناه اياه مع عشر من منهم مدعيه فان الحق به لحق ، ولو اعترض بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيسه أبوه أو أخوه فاذا الحق به يقربه عرفته اصابته وإن الحق به غيره سقط قوله جاز وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة اصابته ولو لم يجرب به بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز ، فقد روي أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلحقه فر به اياس بن معاوية في المكتب ولا يعرفه فقال له ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا ؟ قال فلان ، قال من أبى علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول اياس فخرج

يقبل قوله فيه وتدل نجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجبا للمجنبي عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد منه لعبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص، وان كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أفل الاصبين وان كان مساوياً لواجب قبل الاقرار وجب وبدفع الواجب الى سيده، وان كان الواجب يكثر لكون قيمته بعداً أكثر من دينه حراً لم يجز الا ارض الجنابة على الحر ومن قبل قوله في الاحكام كلها أوجب ارض الجنابة على العبد، وان كان الارض نعمة العاقلة اذا كان حراً سقط. عن العاقلة ولم يجب على الجاني لان اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في ايجابه على الجاني فسقط وقيل لا يتحمل عن العاقلة ومن قال لا يقبل اقراره في الاحكام كلها أوجب الارض على الجاني

الرجل وسأل اياساً من ابن عمت أن هذا ولدي؟ فقال سبحانه الله وهل يخفى ذلك على أحد إنه لأشبه بك من الغراب بالغراب فسر الرجل واستلحق ولده

(فصل) نقل عن أحمد أنه لا يقبل الا قول اثنين من القافة وافظ الشهادة منهما فروى عنه الأثرم أنه قيل له اذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب أشبه الشهادة ولانه حكم بالشبه في الخلقة فاعتبر فيه اثنان كالحكم بالمثل في جزاء الصيد، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويكفي في الحكم قول واحد وحل كلام أحمد على ما اذا تعارض قول القائنين فقال اذا خالف القائف غيره تعارضاً وسقطاً، ولان النبي ﷺ اکتفي بقول محرز وحده فان قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فتو لهما أولى لانه أقوى من قول واحد، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط. قول الجميع، فان عارض قول اثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت احدى البيتين اثنين والاخرى ثلاثة فأما ان ألحقته القافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بأخر كان للاول لان قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم اذا حكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره ولذلك لو ألحقته بواحد ثم عادت وألحقته بغيره كذلك، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط. قول القائف لانه بدل فسقط. بوجود الاصل كالتميم مع الماء

(فصل) واذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزول ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد لها وإنما قبلنا قول القافة في النسب للحاجة إلى اثباته وليكون غير مخالف للظاهر ولهذا اکتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره واثباتهما بخالف الظاهر

(فصل) لو ادعى نسب الاقبط انسان وألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر زادعاه لم يزول نسبه عن الاول لانه حكم له به ولا يزول بمجرد الدعوى فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب فيزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية، مثل العطايا جمع عطية، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله الله سبحانه وتعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص قال جاءني رسول الله ﷺ يعرذني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأصدق بثأني مالي؟ قال «لا» قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال «لا» قلت فبالثلث؟ قال «الثلث والثالث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من ان تدعهم عالة يتكفون الناس» وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» متفق عليهما وروى ابو امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث رواه سعيد وابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرأون هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وان النبي ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ورواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب الوصية الا على من عليه دين او عنده ودبعة او عليه واجب يوصي بالخروج منه فان الله تعالى فرض اداء الامانات وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مقروضة عليه فاما الوصية بجزء

كتاب الوصايا

(وهي الامر بالتصرف بعد الموت) الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، وقال ابو الخطاب هو التبرع بهال يقف فاؤذنه على خروجه من الثلث، فعلى قوله تكون العطية في مرض الموت وصية، والصحيح انها ليست وصية لانها تخالفها في الاسم والحكم في أشياء ذكرناها في عطية المريض، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله سبحانه (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقوله (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعرذني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأصدق بثأني مالي؟ قال «لا» قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال «لا» قلت فبالثلث والثالث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من ان تذرهم عالة يتكفون الناس» متفق عليه وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له ما يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده»

من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وقال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير إظهار الاطاعة شذت فأوجبها روي عن الزهري أنه قال جعل الله الوصية حقاً ما قل أو كثر وقبل لابي مجاز على كل ميت وصية ؟ قال ان ترك خيراً وقال ابو بكر عبد العزيز هي واجبة للاقربين الذين لا يرثون وهو قول داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا نسخت الوصية للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الاقربين

ولنا ان أكثر اصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ولانها عطية لأنجب في الحياة فلا نجب بعد الموت كعطية الاجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (لرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) وقال ابن عمر نسخها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة الى أنها نسخت بقول النبي ﷺ ؟ ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب او عنده وديعة

(فصل) ونسحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً لان الله تعالى قال (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث وقد

متفق عليه وعن أبي امامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرؤن هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وان النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية رواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا نجب إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه لان الله تعالى أوجب أداء الامانات الى أهلها وطريقه الوصية فتكون واجبة عليه ، فأما الوصية ببعض ماله فليست واجبة عند الجمهور يروي ذلك عن الشعبي والنخعي والثوري ومالك وأصحاب الرأي والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حق بغير بينة أو أمانة بغير إظهار الاطاعة شذت فأوجبها فروي عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقاً ما قل أو كثر ، وقبل لابي مجاز على كل ميت وصية ؟ قال ان ترك خيراً وقال ابو بكر عبد العزيز هي واجبة للاقربين الذين لا يرثون وبه قال داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وبخبر ابن عمر فقالوا نسخت الوصية للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الاقربين

روى عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « يا ابن آدم جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بك ظمك لا طهرك وازيك » وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث اموالكم » رواها ابن ماجه وقال الشعبي من اوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل مالو اعطاها وهو صحيح واما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له ان يرصي لان الله قال في الوصية (ان ترك خيراً) وقال النبي ﷺ « انك ان تدع ورثتك اغنياً خير من ان تدعهم عالة يتكفنون الناس » وقال « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » وقال علي رضي الله عنه لرجل اراد ان يرصي انك لن تدع طائلاً انما تركت شيئاً يسيراً فدعه لورثتك وعنه اربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة وروى عن عائشة رضي الله عنها ان رجلاً قال لها « لي ثلاثة آلاف درهم واربعة اولاد افا وصي ؟ فقالت اجعل ائتلاثة للاربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي على صدق له يعود فقالت الرجل اني اريد ان اوصي فقال له ان الله تعالى يقول (ان ترك خيراً) وانك انما تدع شيئاً يسيراً فدعه لورثتك واختاف اهل العلم في القدر الذي لا تستحب له المالك فروى عن احمد اذا ترك دون الالف لا تستحب الوصية وعن علي اربعمائة دينار وقال ابن عباس اذا ترك المئتين سبعائة درهم فلا يرصي وقال من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً او قال طاوس الخبير بما نون ديناراً او قال النخعي الف وخمسائة وقال ابو حنيفة القليل ان يصيب اقل الورثة سهماً خمسون درهماً والذي بقوى عندي انه متى كان المترك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية لان النبي ﷺ « علل المنع من الوصية بقوله « ان ترك ورثتك اغنياً خير من ان تدعهم عالة » ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمتى لم يبلغ الميراث

ولنا ان أكثر اصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ولانها عطية لا تنجب في الحياة فلم تنجب بعد الموت كعطية الاجانب فاما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (لرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون) الآية وقال ابن عمر نسخها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد وبالك والشافعي وذهب جماعة ممن يرى نسخ القرآن بالنسبة الى انها نسخت بقول النبي ﷺ « ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب او عنده ودیمة

(مسئلة) (ونصح من البائع الرشيد عدلاً كان أو فاسقاً رجلاً أو امرأة مسلماً أو كافراً لان هبهم صحيحة فالوصية ارلى

(مسئلة) (ونصح من السفیه في أصح الوجوهين)

المحجور عليه لانه نصح وصيته في قياس قول احمد قال الخبري وهو قول الاكثرين وفيه وجه آخر انها لا تصح حكاها أبو الخطاب لانه محجور عليه في تصرفاته فلم تصح منه كلمة ولنا أنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولان وصيته محض مصلحة من غير ضرر لانه

غنام كان تركه لهم كطبيتهم اياه فيكون ذلك افضل من الوصية به لغيرهم فتمت هذا بخلاف الحال باختلاف الورثة في كثيرتهم وقلتهم وغانم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال والله اعلم وقد قال الشعبي ما من مال اعظم اجرأ من مال يتركه الرجل لولده يقينهم به عن الناس

(فصل) والاولى ان لا يستوعب الثلث بالوصية وان كان غنيا لقول النبي ﷺ «والثلث كثير» قال ابن عباس لو أن الناس غضوا من الثلث فان النبي ﷺ قال «الثلث كثير» متفق عليه وقال القاضي وايو الخطاب ان كان غنيا أستحب الوصية بالثلث

ولنا ان النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث ان لي مالا كثيرا ولا يرثني الا ابنتي وروى سعيد بن مينا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن ابي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضاً فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «أوصيت؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله لا تقرا. وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «أوصيت؟» فقلت يا رسول الله ان مالي كثير وورثتي غنيا فلم يزل رسول الله ﷺ ينافسني وانقصه حتى قال «أوصيت بالثلث والثلث كثير» وقد ابوا عبد الرحمن لم يكن احداً يتبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول النبي ﷺ «الثلث والثلاث كثير» اذا ثبت هذا فلا نزل اغني الوصية بالثلث ونحو هذا يروى عن ابي بكر الصديق وعلي بن ابي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلماء اهل البصرة ويروى عن عمر رضي الله عنه انه جاءه شيخ فقال يا امير المؤمنين اننا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلاله منزوح نسبهم افاوصي بمالي كما قال لافال فلم يزل يحط حتى بلغ العشر وقال اسحاق السنة الربع الا ان يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة شبهات او غيرها فانه استيعاب الثلث

ولنا ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه اوصى بالثلث وقيل رضيته بما رضي الله به لنفسه يعني

ان عاين لم يذهب من ماله شيء وان مات فهو محتاج الى الثواب فصحت وصيته كعبادته
(فصل) وتصح من الصبي العاقل اذا جاز العشر ولا تصح ممن له دون السبع وفيما يروايتان المنصوص عن أحمد صحة وصية الصبي العاقل اذا جاوز العشر رواه عنه صالح وحنبل قال أبو بكر لا يختلف المذهب ان من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وفيما بين السبع والعشر روايتان وقال ابن ابي مومي لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا التجارية لدون تسع قولاً واحداً وما زاد على العشر فصح على المنصوص وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي اذا عقل وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبد العزيز وترجم وعطاء والزهرري واياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك واسحاق قال اسحاق اذا بلغ اثنتي عشرة، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وعن ابن عباس لا تصح

قوله تعالى (راءلوا انا غنمتم من شئ . فان لله خمسه) وروى ان ابا بكر وعليا رضي الله عنهما اوصيا بالخنس وعن عني رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالخنس احب الى من الربع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع افضل من صاحب الثلث وصاحب الخنس افضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخنس احب اليهم من الثلث فهو متعهي الجامع وعن العلاء ابن زياد وقال اوصى ابني ان اسال العلماء اي الوصية اعدل فما تناهبوا عليه فهو وصيته ؟ فتناهبوا على الخنس

(فصل) والافضل ان يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون اذا كانوا فقراء في قول عامة اهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك اذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للذين والاقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث وبقي سائر الاقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتى المال على حبه ذوى القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة افضل فكذلك بعد الموت فان اوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول اكثر اهل العلم منهم سالم ولبان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وحكي عن طارس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد الى قرابته وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : لذي اوصى له ثلث الثلث والباقي برد الى قرابة الموصي لانه لو اوصى بما له كره لجاز منه الثلث والباقي رد على الورثة واقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كره ولنا ما روى عمران بن حصين ان رجلا اعتق في مرضه مئة أمد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك

وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن وجاهد واصحاب الرأي وللشافعي قولان كاللذهيين ولانه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالمهبة والعنق

ولنا ما روى أن صبيا من غسان له عشر سنين وصى لاقوال له فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواه سعيد ، وروى مالك في موطنه عن عبدالله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفاغا لم يحلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم فقال عمر فليوص لها فأوصى بمال يقال له بتر خشم قال عمرو بن سليم فبعث ذلك المال ثلاثين ألفا وابنة عمه انهي اوصى لها هي أم عمر بن سليم قال أبو بكر وكان الغلام بن عشر أو اثني عشرة سنة وهذه قضية انتشرت ولم تنكر ولانه تصرف محض فصح للصبي فصح منه كالاسلام والصلاة وذلك لان الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ما يملكه فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراجه بخلاف الهبة والعنق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والحطل لا عقل له ولا تصح عبادانه ولا اعلامه وأما من له فوق السبع ولم يبلغ العشر فقد ذكرنا فيه روايتين (احدهما) تصح وصيته وهو ظاهر قول القاضي وأبي الخطاب لانه عاقل يصح اسلامه

النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة اجزاء ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارقى اربعة فاجاز العتق في ثلثة لغير قرابته ولانها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة

(مسئلة) قال (ولا وصية لو ارث الا أن يميز الورثة ذلك)

وجلة ذلك أن لانسان اذا أوصى لو ارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا وجاءت الاخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو امامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لو ارث » رواء أبو داود وابن ماجه والترمذي ولان النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة المالك وامكان تلافى العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم في حال موته أو مرضه وضمف ماله وتعلق الحقوق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى ، وإن أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء ، وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : لا وصية لو ارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وهو قول الشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ « لا وصية لو ارث » وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور العلماء لانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه « إلا أن يميز الورثة » والاستثناء من النبي ائبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الاجازة

يؤمر بالصلاة وتصح منه أشبه من جاوز العشر (والثانية) لا تصح كمن له دون السبع والاول أقيس والله أعلم قال الحزقي ومن جاوز العشر فوصيته جائزة اذا وافق الحق يريد اذا وصى وصية يصح مثلها من البالغ صحت منه ومالا فلا قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزنا وصيته

(مسئلة) (ولا تصح من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرم ، وفي السكران وجهان)

أما الطفل ومن له دن سبع سنين والمجنون والمبرم فلا وصية لهم في قول الأكثرين منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومن تبعهم قال شيخنا ولا نعلم أحد آخا لهم إلا إيس بن معارة فانه قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهما الحق جازت وإيس بصحيح فانه لاحكم الكلامها ولا تصح عبادتهم ما ولا نبي . من تصرفا فهما فكذلك الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلاوه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فأولى أن لا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه فاما من يفتق في الاحيان فاذا أوصى حال جنونه لم يصح ، وان أوصى حال افاقته صحت وصيته لانه بمنزلة العقلاني في شهادته ووجوب العبادات عليه فكذلك وصيته ولا تصح وصية السكران في أصح الوجهين وفيه وجه آخر أنها تصح بنا على

ولو خلا من الاستثناء كان معناه لارضية نافذة أو لازمة أو ماأشبه هذا أو يقدر فيه لارضية لو ارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة، وفائدة الخلاف أن الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث اجزت أو أمضيت أو نفذت فاذا قال ذلك لزم الوصية وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة تفنقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ولو رجع المحيز قبل القبض فما يعتبر فيه القبض صح رجوعه

(فصل) وإن أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بفضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو هني عن جنابة المال فهو كالوصية له، وإن عني عن النكاح وقلنا الواجب الفصاح عينا سقط إلى غير بدل، وإن قلنا الواجب أحد شيئين سقط الفصاح ووجب المال، وإن عني عن حد القذف سقط. مطاقاً، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هر وصية لاوارث لان الوارث يتنفع بهذه الوصية وتستوفي ديونه منها ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه، وان وصى لولد وارثه صح فان كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طائوس في قوله عز وجل (فن خاف بن موص جنفاً أو أماً) قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته . رواه سعيد قال ابن عباس الحذف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(فصل) وان وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابنا وبناتاً وعبداً قيمته

طلاقه والاول أصح لانه غير عاقل أشبه المجنون وطلاقه إنما أرثه من أرثه تبايضاً عليه لارتكابه المصيبة فلا يتعدى هذا الى وصيته فانه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه فأما الضعيف في عتاه فان منع ذلك رشده في ماله فهو كاسفيه وألا فهو كاعاقل والله أعلم

(مسألة) (ونصح وصية الاخرس بالاشارة ولا تصح ممن اعتقل لسانه بها ويحتمل أن تصح) اذا فهمت اشارة الاخرس صحت وصيته بها لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه وابعائه وغيرها فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها ربه قال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته فلا تصح وصيته اذا لم يكن مأبوساً من نطقه ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والارزاعي وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح وهو قول الشافعي وابن المنذر لانه غير قادر على الكلام أشبه الاخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم فعدوا رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأبوس من نطقه فلم تصح وصيته بالاشارة كالتقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن اشارة التقادر لا تصح بها وصيته ولا اقراره وفارق الاخرس فانه مأبوس من نطقه

مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بعبده ولابنته بأمتة احتمل أن تصح الوصية لان حق الوارث في القدر لاني العين بدليل مالو عارض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح اذا كان ذلك ضمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال واحتمل أن تقف على الاجازة لان في الاعيان غرضا صحيحا وكما لا يجوز ابطال حق الوارث في قدر حقه لا يجوز من عينه

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وبهذا قال مالك وبعض اصحاب الشافعي وحكاية الخبري مذهبا للشافعي ولا خلاف بين هؤلاء في أنه اذا ملكه بالميراث انه يعتق ويرث وقال أبو حنيفة ان حمله الثلث عتق وورث والا سعى فيما بقي عليه ولم يرث ولم يفرق بين أن يملكه بعوض أو غيره ، وقال أبو يوسف ومحمد بحسب ميراثهم من قية منهم فان فضل شيء أخذه ، وإن فضل عليهم شيء سعوا فيه

ولنا أن المريض لم يضع فيهم شيئا من ماله وإنما تم على سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال بغير إزالته فلم يحسب عليه من ثلثه كما لو انهب شيئا فرجع الواهب فيه قبل قبضه أو اشترى شيئا فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائتم أو وجد بالثمن عيبا ففسخ البيع أو تزوجت المرأة فطلقت قبل الدخول واذا لم تكن وصية لم يحسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث كالميراث عند من سلمه أو كالميراث عند من سلمه في محنة فان ملكه بعوض كاشراء فخكى الخبري عن أحمد انه يعتق ويرث وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة وقال القاضي في المجرى ان ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث والاعتق منه بقدر الثلث وهذا قول مالك وقال الخبري وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وحكى غيره عن الشافعي أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض

(فصل) وان وصى عبد أو مكاتب أو أم ولد وصية ثم ماترا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم وان عتقوا ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولا صحيحا وأهلية تامة وفارقوا الحر بانهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير ولا نبي له ثم استغنى وان قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعتق ثم مات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

﴿مسئلة﴾ (وان وجدت وصيته بنحطه صحت وعنه لا تصح حتى يشهد عليها)

نقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أنه قال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد عليها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ووجه ذلك قول النبي ﷺ « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده ولم يذكر شهادة » ولان الوصية يتساع فيها ويصح تعليقها على الخطر والغرر وتصح للحمل وبالحمل وبما لا يقدر على تسليمه فجاز أن يتساع فيها بقبول الخط كرواية الحديث وكما لو كتب الطلاق ولم يلفظ به وعن أحمد ما يدل على أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقرأ بما فيه

أو غيره، وأنه إن خرج من الثلث عتق والا عتق منه بقدر الثلث ولا يرث في الحايين لأنه لو ورث
 لكان اعتاقه وصية لو ارث فيبطل عتقه ويبطل ميراثه لبطلان عتقه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه
 فصححنا عتقه ولم نورثه اثلاً بفضي إلى ذلك، ومذهب أبي حنيفة وصاحبيه في هذا كذهبهم
 فيما إذا ملكه بغير عوض

ولنا على اعتاقه قول النبي ﷺ « من ملك ذا رحم محرّم فهو حر » ولأنه ملك وجد. مه ما ينافيه
 فبطل كلاك النكاح مع ملك الرقبة أعني فيما إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه، وإذا أعتق ورث
 لأنه وجد سبب الميراث عربياً عن الموانع فورث كما لو ورثه، وقولهم إن عتقه وصية لا يصح لأن الوصية
 فعله، والعتق هنا يحصل من غير اختياره ولا إرادته، ولأن رقبة الممتق لا تحصل له وإنما تملك مالته
 ونزول فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقيقه أو كاتلاف بعض ماله في بناء مسجد مثل ذلك مريض
 وهب له ابنه فقبله وقيّمته مائة ثم مات المريض وخلف ابناً آخر ومائتين فإنه يعتق ويقاسم أخاه
 المائتين في قول الأكثرين، وعند الشافعي فيما حكى عنه غير الخبري يعتق ولا يرث شيئاً وعند صاحبي
 أبي حنيفة يعتق وله نصف التركة بحسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون، وإن كان باق التركة خمسين
 فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك، وعند أبي حنيفة يمتق نصفه ويسمي في باقيه والخمسون
 كلها لأخيه، وقال أصحابنا نعتق ثلاثة أرباعه وعند الشافعي في قول غير الخبري يعتق نصفه وبرق
 نصفه ونصفه الرقيق والخمسون كلها لأخيه، وإن كان باقي التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة
 وخمسون، وعند الشافعي يعتق ولا يرث شيئاً وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله مائة فإن كان اشترى

وهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأن الحكم لا يجوز برؤية خط
 الشاهد بالشهادة فكذا هنا وأبلغ من هذا إن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه
 حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا
 للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهنا أولى، وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو
 قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكى عن أحمد أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال
 للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسموا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه
 وهو قول من سمينا في المسألة الأولى ويحتمل جوازه على ما نقله عن أحمد إسحاق بن إبراهيم في
 المسألة قبلها وذكره الخرقى؛ ومن قال ذلك عبد الملك بن يعلى ومكحول وغير بن إبراهيم ومالك والليث
 والاوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد وإسحاق وروي عن سالم بن عبد الله وقتادة وسوار بن
 عبد الله بن الحسن ومعاذ بن معاذ الثمريين وهو مذهب فقهاء أهل البصرة وقضائهم وأخرج
 أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ما عمل
 به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولايتهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال

ابنه بمائة ومات وخلف ابنا آخر ومائة أخرى فعلى الرواية الاولى يعق ويقاسم أخاه المائة الباقية وعلى ما حكاه القاضي يعق منه ثلثه ويرث أربعين ويعق باقيه على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئاً لأن عتقه حصل بعد موت أبيه ، وعند الشافعي يعق ثلثه ولا يرث ، وقال ابو حنيفة يعق ثلثه ويسعى في باقيه ولا يرث ، وعند صاحبيه يعق كله ولا يرث شيئاً فان كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أو حابا به لم يعق لأن الثلث قد ذهب

(فصل) وان ملك من ورثته من لا يعق عليه كبنني عمه فأعتقهم في مرضه فعتقهم وصية لانه حصل بفعله واختياره وحكمهم في العتق حكم الاجانب ان خرجوا من الثلث عتقوا والاعتق منهم بقدر الثلث ، وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوا ، لانهم لو ورثوا لكانت وصية لوارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم ، وقد قال ابو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث ، وهذا في معنى ما ذكرنا لان اقراره لوارث غير مقبول فنحننا ميراثه ليقبل اقراره له بالاعتق

(فصل) مريض اشترى أباه بألف لامل له سواء فعلى رواية الخبري يعق كله ، وعلى القول الآخر يعق ثلثه ، على المعتق ويعق باقيه على ابنه وهذا قول مالك وقال ابو حنيفة يعق ثلثه ويسعى الابن في ثلثيه ، وعلى قول صاحبيه يعق سدسه ويسعى في خمسة أسداسه ، وقيل على قياس قول الشافعي يفسخ الشراء الا أن يميز الابن عتقه وقيل يعق ثلثه ويفسخ البيع في ثلثيه وان خلف الفين سواء عتق وورث سدسهما وبه قال مالك وابو حنيفة ، وفي قول صاحبيه يعق نصفه ويسعى في قيمة نصفه

مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فيكون اجماعاً ، ووجه القول الاول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجوز أن يشهد عليه ككتاب القاضي الى القاضي والاولى الجواز ان شاء الله تعالى لظهور دليله والاصل لنا فيه منه

(فصل) وأما اذا ثبتت الوصية بشهادة أو اقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم الرجوع عنه وان تطارلت مدته وتغيرت أحوال الموصي مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لان الاصل بقاءه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لانه أحوط لها وأحفظ لما فيها وقد ذكرنا حديث ابن عمر وروى أنس رضي الله عنه قال كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وان محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وان الله يبعث من في القبور وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله وبصالحوا ذات بينهم وبطيحوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب (إبني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وانتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض

(فصل) واذا وهب الانسان أبوه او وصى له به استحب له أن يقبله ولم يجب، وهذا قول الشافعي
 ويحتمل أن يجب عليه قبوله لان فيه اعتاقا لايه من غير التزام مال
 ولنا أنه استجلاب ملك على الاب فلم يلزمه كما لو بذل له بعوض أو كما لو بذل له ابنة أو غيره من
 أقاربه ولأنه يلزمه ضرر بالهوق المنه به وتلزمه نفقته وكسوته

(فصل) اذا وصى لوارثه وأجنبي بثلته فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما، وان
 وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصية لهما
 وان ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين وللأجنبي السدس في الأولى والمعين الموصى له به في الثانية، وهذا
 قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم، وإن كانت الوصيتان بثلتي ماله فأجاز الورثة لهما
 جازت لهما، وان عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كاملا لانهم خصوا الوارث بالابطال
 فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث نصار كأنه لم يوص له، وان أبطلوا الزائد عن الثلث من
 غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس، هذا الذي ذكره
 القاضي وهو قول مالك والشافعي وذلك لان الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة لوصيتين فيكون
 لكل واحد منهما الثلث فاذا أبطلوا نصيبهما بالرد كان البطلان راجعا اليهما وما بقي منهما بينهما كما لو
 تلف ذلك بغير الرد، واختار أبو الخطاب ان الثلث جميعه للأجنبي وحكي نحو هذا عن أبي حنيفة
 لانهم لا يقدرزون على إبطال الثلث فنادون إذا كان لأجنبي، ولو جعلنا الوصية بينهما للملكوا إبطال ما زاد
 على السدس، فان صرح الورثة بذلك فلو أجزنا الثلث لهما ورددنا ما زاد عليه في وصيتهما أو قالوا

عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس، وروى عن ابن مسعود أنه كذب في وصيته بسم
 الله الرحمن الرحيم هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضه
 هذا أن مرجع وصيتي الى الله تعالى ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله وأنهما في حل وبلى مما وليا
 وقضيا وأنه لا يزوج امرأة من بنات عبد الله الا بأذنهما، وروى ابن عبد قال كان في وصيته أبي
 الدرداء بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده
 لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الجنة حق والنار حق وان الله يبعث من في القبور
 وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحبي ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله بكذا وكذا
 وأن هذه وصيته إذ لم يغيرها .

(فصل) قال رحمه الله (والوصية مستحبة لمن ترك خيراً وهو المال الكثير بخمس ماله ونكره
 لغيره ان كان له ورثة)

وجملة ذلك أن الوصية مستحبة لمن ترك خيراً لقول الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم
 الموت ان ترك خيراً) الوصية فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث، وروى ابن عمر

رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد في جعل السدس لكل واحد منهما لتعربهم به ، وإن قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الأجنبي فهو على ما قالوا لأن لهم أن يميزوا لهما ويردوا عليهما فكان لهم أن يميزوا لأحدهما ويردوا على الآخر ، وإن أجازوا للأجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا ، وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته لم يملكو ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه ، فإن ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فعلى قول الفاضل لهم ذلك لأن لهم أن يميزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم إذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الاجازة والوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للأجنبي لانه إنما ينقص منه بزاحمة الوارث فإذا زالت الزاحمة وجب توفير الثلث لانه قد أوصى له به ، ولو خلف ابني ووصى لهما بثلثي ماله ولأجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب عندي للأجنبي الثلث كاملا وعند الفاضل له الثلث وبجي فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) وإن وصى بثمنه لوارث وأجنبي وقال ان ردوا وصية الوارث فالثلث كله للأجنبي كما وصى وإن أجازوا للوارث فالثلث بينهما لأن الوصية تتعلق بالشرط ، وأما قال أوصيت لفلان بالثي فان مات قبلي فهو لفلان صحح وإن قال وصيت بالثي لفلان فان قدم فلان الغائب فهو له صحح ناز قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الموصي وبطلت وصية الاول وسوا عاد الى الغيبة ولم يعد لانه قد وجد شرط انتقال الوصية اليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وإن مات الموصي قبل قدوم الغائب فالوصية للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم

قال: قال رسول الله ﷺ « يا ابن آدم جهات لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لإطهرك وأزكبك » وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم رواهما ابن ماجه ، وقد الشعبي من أوصى بوصية فلم يجر ولم يجر كان له من الاجر مثل ما لو أعطاه وهو صحيح ، وأما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له ان يوصي لان الله تعالى قال في الوصية ان ترك خيرا وقال النبي ﷺ لسعد « انك ان تدع ورثتك أغنيا ، خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وقال ابدأ بنفسك ثم بمن تعول وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصي انك لم تدع طئلا إنما تركت شيئا يسيرا فدعه لورثتك ، وروي عنه أنه قال في أربعة مائة دينار ليس فيها فضل عن الوارث وروي عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا قال لها لي ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد فأوصي؟ فقالت اجعل الثلاثة للاربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي على صديق له بعوده فقال الرجل اني أريد أن أوصي فقال له علي ان الله تعالى يقول ان ترك خيرا وانك إنما تدع شيئا يسيرا فدعه لورثتك ، واختلف أهل العلم في القدر الذي

ذكره القاضي لان الوصية ثبتت لوجود شرطها فلم تقل عنه كما لو لم يقدم ، وبمحتمل ان الغائب ان قدم بعد الموت كانت الوصية له لانه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك

(فصل) وان وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض فنذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز ، وان أجازوا بعض الوصية دون بعض فنذت فيما أجازوا دون ما لم يجزوا ، فان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك ، فلو خلف ثلاثة بنين وعبداً لا يملك غيره فوصى به لاحد أو وهبه اياه في مرض موته وأجازه له أخواه فهو له ، وان أجاز له أحدهما وحده فله الثلثان وان أجاز له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وان أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف كاملاً : الثالث نصيبه والردس من نصيب المجيز ، وان أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كل له الثلثان وان أجاز له أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلاثة أرباع نصيبه كل له ثلاثة أرباع العبد ، وان وصى بالعبد لثنين منهما فللثالث أن يجز لهما أو يرد عليهما ، أو يجيز لهما بعض وصيتهما ان شاء متساويًا وان شاء متفاضلاً أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لاحدهما جميع وصيته والآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيفما شاء ، فعل فيه

(مسئلة) قال (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت

الموصي جاز وان لم يجزوا رد الى الثلث)

لاستحب الوصية للملكه فروي عن أحمد إذا ترك دون الالف لاستحب له الوصية وعن علي أربعمائة دينار وعن ابن عباس إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال من ترك ستمين ديناراً ما ترك خيراً وقال طاوس الخير ثمانون ديناراً ، وقال النخعي الف الى خمسمائة وقال أبو حنيفة القليل أن يصيب أقل الورثة سهماً خمسون درهماً ، قال شيخنا والذي بقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم نستحب الوصية لان النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله «انك إن ترك ورثتك أغنياً خير من أن تدعهم عالة ، ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون أفضل من الوصية به لغيرهم . فعلى هذا تختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغنائهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال وقد قال الشعبي ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يفتنهم به عن الناس

(فصل) والاولى أن لا يتوعب الثلث بالوصية وان كان غنياً لقول النبي ﷺ «والثلث كثير» قال

ابن عباس لو أن الناس تقصوا من الثلث فان النبي ﷺ قال «الثلث كثير» منفق عليه وقال القاضي وأبو الخطاب إن كان غنياً استحب الوصية بالثلث

وجملة ذلك ان الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير اجازة وما زاد على الثلث يقف على اجازتهم فان اجازوه جازوان ردوه بطل في قول جميع العلماء . والاصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد بن حنين قال اوصي بمالي كله؟ قال «لا» قال فبالثلثين؟ قال لا قال فبالنصف؟ قال لا قال فبالثلث قال «الثلث والثلث كثير» وقوله عليه السلام «ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند مماتكم» يدل على انه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران بن حصين في الملوكين الذين اعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم ندعاهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة اجزاء واقرب بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة وقال له قولاً شديداً يدل أيضاً على انه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث اذا لم يجر الورثة ويجوز باجازتهم لان الحق لهم والقول في بطلان الوصية بزائد عن الثلث كما قول في الوصية للوارث على ما ذكرنا ، وهل اجازتهم تنفيذاً وعطية مبتدأة؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث، والخلاف فيه مبني على ان الوصية به او العطية له في مرض الموت المحوف صحيحة موقوفة على الاجازة او باطلة فظاهر المذهب انها صحيحة وان الاجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز اجزت ذلك او انفذته او نحوه من الكلام ولا ينتفر الى شروط الهبة ويتفرع عن هذا الخلاف انه لو اعتق عبداً لامال له سواد في مرضه او وصى باعتاقه فاعتقوه بوصيته فقد نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على اجازة الورثة فان اجازوه عتق جميعه واختص عصابات الميت بولائه كله اذا قلنا بصحة اعتاقه ووصيته ، وان قلنا هي باطلة والاجازة عطية مبتدأة اختص عصابات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشره بالاعتاق وكذلك لو تبرع بثالث ماله في مرضه ثم اعتق او وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرناه ولو اوصى لابن وارثاً

ولنا ان النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث: ان لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي . وروى سعيد ثنا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن ابي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضاً فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «أوصيت؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله لفقراء وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «أوص بالعشر؟» فقلت يا رسول الله مالي كثير وورثتي أغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال «أوص بالثلث والثلث كثير» قال أبو عبد الرحمن لم يكن منا من يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول رسول الله ﷺ «الثلث والثلث كثير» اذا ثبت هذا فالافضل للمغني الوصية بالخمس نحو هذا عن ابي بكر الصديق وعلي بن ابي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلما أهل البصرة ، ويروي عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال يا أمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير وورثتي اعراب موالي كلاله منهزوح بينهم أأوصي بمالي كله؟ قال لا فلم يزل يحطه حتى بلغ العشر وقال اسحاق السنة الربم الا أن يكون الرجل يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها فله استيعاب الثلث

بعد تبرعه بثلاث ماله أو إعطاه عطية في مرضه فإجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فيما إجازته فله ذلك أن قلنا هي عطية مبتدأة وليس له ذلك على القول بانها إجازة مجردة، وإن تزوج رجل أبنه عنه فأوصت له بوصية أو عطية في مرض موتها ثم ماتت وخلفته وأباه فأجاز أبوه وصيته وعطيته فالحكم فيه على ما ذكرناه، ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا لوقف صح أن قلنا إجازتهم تنفيذ ولم يصح أن قلنا هي عطية مبتدأة ولأنهم يكونون واقفين على أنفسهم، ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال إن أوصى في المرض فهو من الثلث وإن كان صحيحاً فله أن يوصي بما شاء. يعني به العطية قاله القاضي أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فلا يجوز منها الاثالث على كل حال (فصل) ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي فلو إجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لمورثتهم في حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته ثم بدلهم فردوا بعد وفاته فلم يرد سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وروى ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة وأصحابه، وقال الحسن وعطاء وحامد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى ذلك جائز عليهم لأن الحق للورثة فإذا رضوا بتركه سقط عنهم كما لورثي المشتري بالعيب وقال مالك إن اذنوا له في صحته فلم يردوا وإن كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم ولنا أنهم استظفوا حقوقهم فيما لم يلكوه فلم يلزمهم كالمراة إذا سقطت صداقها قبل النكاح أو

وننا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالحنس وقال رضيت بما رضي الله به لنفسه يريد قوله تعالى (واءلموا إنما غنمتم من شيء. فإن لله خمسة) وروى أن أبا بكر وعلياً رضي الله عنهما أوصيا بالحنس، وعن علي رضي الله عنه أنه قال لأن أوصي بالحنس أحب إلي من أن أوصي بالربع وعن إبراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الحنس أفضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الحنس أحب إليهم من الثلث فهو منتهى الجامع، وعن العلاء بن زياد قال أوصى أبي أن أسأل العلماء أي الوصية أعدل فما تتابعوا عليه فهو وصية فتابعوا على الحنس.

(فصل) والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا ذوي حاجة وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ « لا وصية لوارث » وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم وأقل ذلك الاستحباب، وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآت المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل فكذلك بعد

استط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولاها حالة لا يصح فيها ردم للوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية

(فصل) واذا وصى بأكثر من الثلث فاجاز الوارث الوصية وقال انما اجزئها ظنا ان المال قليل فبان كثيرا فان كانت للموصي بيعة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله الا على قول من قال الاجازة هبة مبتدأة فلا الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بيعة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزلت منزلة البراء فلا يصح في المجهول والقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم ويحتمل ان لا يقبل قوله لانه اجاز عقدا له الخيار في فسخا فبطل خياره كالأجواز البيع من له الخيار في فسخه عيب او خيار وان اوصى بمعين كعبد او فرس يزيد على الثلث فاجاز الوصية بهائم قال ظننت المال كثيرا فخرج الوصية من ثابته فبان قليلا او ظهر عليه دين لم اعلمه لم تبطل الوصية لان العبد معلوم لاجهالة فيه ويحتمل ان يملك الفسخ لانه قد يسهح بذلك ظنا منه انه يبقى له من المالك ما يكفيه فاذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الاجازة فذلك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا نصح الاجازة الا من جائز التصرف، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا نصح الاجازة منهم لانها تبرع بالمال فلم نصح منهم كالهبة ، وأما المحجور عليه لفلس فان قلنا الاجازة هبة لم نصح منه لانه ليس له هبة ماله وان قلنا هي تنفيذ وصية

الموت فان اوصى لغريم وتركهم صحته وصيته في قول أكثر أهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي والشافعي واسحاق وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن بلي أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد الى قرابته ، وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد للذي اوصى له ثلث الثلث والباقي برد الى قرابة الموصي لانه لو اوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقي برد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله .

ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أفرع بينهم فاعتق اثنين وارقت اربعة فأجاز العتق في ثلثه لغير أقاربه ولاها عطية تجازت لغير أقاربه كالعطية في الحياة

(مسئلة) (فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله وعنه لا يجوز الا الثلث)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلف من ورثته عصبة ولا إذا فرض فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله ثبت ذلك عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق واسحاق وأهل العراق والرواية الاخرى لا يجوز الا الثلث وبه قال مالك والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي والنعيري

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لان اعتبار الوصية بالموت)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت فلو أوصى ثلاثة اخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم نصح الوصية لغير الاخ من الاب الا بالاجازة من الورثة ، وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعا من غير اجازة اذا لم تتجاوز الوصية الثلث ، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لاخته من أبيه وأخيه من أمه فيكون لها ثلثا الموصى به بينهما نصفين ولا يجوز للاخ من الابوين لانه وارث وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وغيرهم ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لاخته من أبيه ولا لاخته من أمه وجازت لاخته من أبيه ، فان مات الاخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للاخ من الاب أيضا لانه صار وارثا

(فصل) ولو أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما الا بالاجازة من الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لانه صار غير وارث الا أنه أن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعلى أكثر من ميراثها لانه يتهم في انه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث (فصل) وإن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف نعلمه ، وإن

لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من الثلث كما لو ترك وارثاً ولان المسلمين يرثونه وهو بيت المال .

ولنا ان المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة به بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يكففون الناس» وههنا لا وراث له بتعلق حقه بماله فأشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم اشبه حال الصحة والثلث (فصل) وإن خلف ذا فرض لا يرث جميع المال كبت أو أم لم تكن له الوصية بأكثر من الثلث لان سعداً قال للنبي صلى الله عليه وسلم لا يرثي إلا ابنة فتمنع النبي صلى الله عليه وسلم من الزيادة على الثلث، ولانها تستحق جميع المال بالفرض والرد فأشبهه المصبة وان كان للميتة زوج أو كان للرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقص حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقبل بطل في قدر فرضه من الثلثين فاذا كان للميتة زوج فله الثلث وإن كان للميت امرأة فلها السدس وهو ربع الباقي بعد الثلث والباقي للموصى له وهذا أولى إن شاء الله تعالى لان الثلث ليس للوارث فيه أمر إنما اجازته وردده في الثلثين ولم ينقص عليه منهما شيء فأما ذوى

أعنتها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذي عن احمد أنه اعنتق ورث وهذا اختيار أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لأنها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد في حقها مانع من موانع الارث وهي الرق والقنل واختلاف الدين فنزث كما لو كان أعنتها في صحتها ، وقال "شاهي تعنتق ولا ترث لأنها لو ورثت لكان اعنتاقها وصية لو ارثت فيؤدي توريتها الى اسقاط توريتها لان ذلك يقتضي ابطال عنتها فيبطل نكاحها ثم يبطل ارثها فكان ابطال الارث وحده ونصحيح العتق والنكاح أولى (فصل) وإن أعنتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر ، فان مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل وبسقط مهرها إن كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعا ويرق أربعة أسباعا . وحساب ذلك أن تقول عتق منها شي . ولها بصداقها نصف شي . ولورثتها شيان فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء ونصف بنسبتها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولاشي . للميت سواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعا يكرن حرراً والباقي للورثة ، وإن أحب الورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سباعا ويعتق منها سباعا ويسترقوا خمسة أسباعا فانهم ذلك وهذا المذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة بحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي ونسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها ، فان كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال ، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعا ولها ثلاثة أسباعا مهرها وأما ثلث العتق فيها لانها لما أخذت ثلاثة أسباعا مهرها نص المال فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعا . وحسابها أن تقول عتق منها شي . ولها بمهرها نصف شي . ولورثة شيان يعدل ذلك الجارية

الارحام فظاهر كلام الحرفي أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لانه قال ومن أوصى بجميع ماله ولاعصبة له ولا مولى فجاز ذلك لان ذا الرحم إرثه كالفضلّة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى ، ولا تجب نفقتهم في الصحيح ويحتمل كلام شيخنا في الكتاب المنروح أنه لا تفقد وصيته فيما زاد على الثلث لان له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام «إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون اناس» ولانهم ورثة يستحقون ماله بعد موته فأشبهوا ذوي الفروض والمصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين بحسب بعضهم بعضاً (فصل) فان خالف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه أو قال أوصيت لفلان بثلثي على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه أو خالف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو يجعلها من الزائد على الفرض ، فأما المسئلة الثانية فتنبني على الوصية بجميع المال فان قلنا تصح ثم صححت هنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجة وان قلنا لا تصح ثم فهدنا مثله لان يت المال جعل كالوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون

ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباع فهو القدي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباع . فان كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها ، وان كان دخل بها عتق أربعة أسباع ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباع وخمسة أسباع قيمتها وذلك بعدل مثلي ما عتق منها . وحسابها أن نجعل السبعة الاشياء . معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعمي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها ، وان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها ، وان أبت أن نسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضى بعتمها ونكاحها ولا مهر لها لان الجاه يفضي إلى إسقاطه واسقاط عتقها نكاحها فاسقاطه وحده أولى ، وان كان قد دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعمها ونكاحها ، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كالمزوجة وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي في مثل هذه المسئلة التي قبل الاخيرة ما يقضي صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها فانه قال فيمن أعتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لامل له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح لان المائتين صدق مثلها وتزوج المريض بمهر المثل صحيح نافذ . وهذا غير جيد فان ذلك يفضي إلى نفوذ العتق في المرض من جميع المثل ولا أعلم به قائلا ولو أنه أتلف المائتين او أصدقها لامرأة أجنبية ومات ولم يخلف شيئا لبطل عتق ثلثي الامة فاذا أخذتهما هي كان أولى في بطلانه والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى ، وقال ابو حنيفة فيما اذا ترك مثلي

المال إذا عين الوصية من نصيب العصابة منهم ، فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لاجنبي ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة)
وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة فان أجازوه جاز وان ردوه بطل في قول أكثر العلماء لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد حين قال أوصي بما لي كله ؟ قال « لا - الحديث الى أن قال - فبائتكم وائتكم كثير » وقوله عليه السلام « ان الله تصدق عليكم بثلث أهوالكم عند مماتكم » يدل على أنه لا شيء له في الزائد تليه وحدث عمران ابن حصين في المملوكين السنة الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم . فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرث أربعة وقال له قولا شديداً يدل على أنه لا يصح تصرفه فيما زاد على الثلث إذا لم تجز الورثة ونجوز بإجازتهم لان الحق لهم وقد قيل ان الوصية بما زاد على الثلث باطلة كما يذكر فيما اذا أوصى للوارث، وحكم الوصية للوارث كالحكم في الوصية لغيره بالزيادة على الثلث في أنها تبطل بالرد بغير خلاف بين العلماء ، قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا

قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطي مهرها وثالث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثالثها فيعتق ذلك وتسعى في سدسها الباقي ويطلق نكاحها فاما ان خلف أربعة أمثل قيمتها صح عنقها ونكاحها وصدقاتها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث ونزث من الباقي في قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي لانزث وهو مقتضى قول الحرقى لانها لو ورثت لكان عنقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالود

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمتها ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمتها الى المائة فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقول صاحبنا بحسب عليه قيمته أيضاً وتضم الى التركة ريبقى للورثة ستون، وقال الشافعي لا يرث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمتها لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الحرقى ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج المريض امرأة صدقها مائة فاصرفها عشرة لا يملك غيرها ثم مات وورثته بطلت المحاباة لانها وصية لوارث ولها صدقاتها وربع الباقي بالميراث فان ماتت قبله صحت المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو خمسة وشيء بالمحاباة يبقى اورثة الزوج خمسة الاشياء ثم رجع اليهم نصف ماها وهو ديناران ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الانصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يدين أن الشيء ثلاثة فيكون لورثتها أربعة ولورثته ستة وان خلفت مع ذلك دينارين عادالى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء فصار له ثمانية ونصف الانصف شيء أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار اورثته ستة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمسين

وجاءت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فروى أبو أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ولان النبي صلى الله عليه وسلم منع من تفضيل بعض ولده عنى بعض في حال الصحة مع إمكان تلافى العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته وتعلق الحقوق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى فان أجازها باقي الورثة جازت في قول الجمهور من أهل العلم وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وان أجازها الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأه أخذاً من ظاهر قول أحمد رحمه الله في رواية حنبل لا وصية لوارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وقول للشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث» وظاهر مذهب أحمد والشافعي ان الوصية صحيحة في نفسها لانه تصرف صدر من اهله في محله فصح كما وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه «لأن يميز الورثة» والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلاً (المغني والشرح الكبير) (٥٥) (الجزء السادس)

(فصل) وإذا أوصى بجارية لزوجها الحر قبلها انفسخ النكاح لان النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب أن الموصى له انما يملك بالقبول فحينئذ ينفسخ النكاح، وفيه وجه آخر أنه اذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي، وان أنت بولد لم تخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تكون حاملاً به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لائل من ستة أشهر منذ أوصى، فالصحيح أنه يكون موصى له معها لان الحمل حكماً، ولهذا تصح الوصية به، واذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصية به مع امه فيصير كولو كان منفصلاً فأرصى بهما جميعاً وفيه وجه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما ثبت له الحكم عند انفصاله كانه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو له كسائر كسبها، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وإن انفصل بعده فهو للموصى له

(الحال الثاني) أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصي ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملته بعدها فلم يتناولها والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا يشك بالشك فيكون مملوكاً للموصي ان ولدته في حياته وان ولدته بعده وقتلها للحمل حكم فكذلك وإن قلنا لا حكم له فهو للورثة إن ولدته قبل القبول ولا يثبت له إن وضعه بعده وكل موضع كان الرلد للموصى له فانه يمتق عليه لانه ابنه وعليه ولاء لآبيه لانه عتق عليه بالقرابة وأمه أمة ينفسخ بكاحها بالملك ولا نصير أم ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

على صحة الوصية عند الاجازة ولو خلا من الاستثناء جاز أن يكون معناه لارضية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لو ارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة، وفائدة الخلاف ان الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت وان كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) وان أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جنابة موجبها المال فهي كالوصية له وان عفى عن القصاص وقتلنا الواجب القصاص عينا سقط إلى غير بدل وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال وان عفى عن حد القذف سقط مطلقاً، وان وصى لترميم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هي وصية الوارث لان الوارث ينتفع بهذه الوصية ويستوفي دينه منها

ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه، وان وصى لولد وارثه صح فان كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طائوس في توله تعالى فن خاف من موص جنفاً أو إثمياً قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته رواء سعيد وقال ابن عباس الجنتف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(الحال الثالث) أن نموت بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن نضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فإن وضعته قبل القبول أيضاً فهو للوارث في ظاهر المذهب لأن الملك إنما ثبت للموصي له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له وإن وضعته بعد القبول فكذلك لأن الظاهر أن لا يحمل حكماً فيكون حادثاً عن ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له نفى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لأنها أم ولد لكونها علفت منه بحر في ماله فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما تقدمناه ، وقال أبو حنيفة إذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن نسري إلى الولد كالاستيلاء

ولنا أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وإذا أوصى بعق جارية فولدت، وتمازق الاستيلاء لأن له نفلياً وسراية وهذا التفرع فيما إذا خرجت الجارية من الثلث وإن لم يخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لأن ملك بعضها يفسخ النكاح كذلك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فإنه يكون له منه ههنا بقدر ماله من أمه وبسري العتق إلى باقيه إن كان مرسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ماله وحده وكل موضع قلنا نكون أم ولد فإنها تصير أم ولد ههنا سواء كان مرسراً أو معسراً على قول الحنفي كما إذا استولد الأمة المشتركة ، قال القاضي تصير منها أم ولد بقدر ماله منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (فإن مات الموصي له قبل موت الموصي بطلت الوصية)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان

﴿ مسألة ﴾ (فإن وصى لسك ووارث يمين قدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبتناً وعبداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصى للابن بالعبد والبتن بالأمة صححت الوصية في أحد الوجهين) لأن حق الوارث في القدر لافي العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله فإنه يصح إذا كان بثمن المثل وإن تضمن قوات عين المال (والثاني) يقف على إجازة الورثة لأن في الاعيان غرضاً صحيحاً فكما لا يجوز إبطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز من عينه

﴿ مسألة ﴾ (وإن لم يقف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه وأدخل النقص على كل واحد بقدر وصيته

وعنه يقدم العتق)

إذا دخلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث فرد الورثة الزيادة فإن الثلث يقسم بين الموصي لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية كسائل العول إذا زادت افروض عن المال فلو وصى لرجل بثلاث ماله ولآخر بمائة ولآخر بيمين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلاث ماله جمعت الوصايا كلها فبلغت ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فسكان

وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحنفية تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء إذا علم الموصى بموت الموصى له ولم يحدث فيما أرضى به شيئاً فهو لوارث الموصى له لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول
ولنا أنها عطية صادقت المعطي ميتاً لم تصح كما لو وهب ميتاً وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً ، وإن سلمنا صحتها فإن العطية صادقت حياً بخلاف ما مثلنا (فصل) ولا تصح الوصية لميت وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن علم أنه ميت فهي جائزة وهي لورثته بعد قضا ديونه وتفيذه وصاياه لأن الغرض نفعه بها وبهذا يحصل له النفع فأشبهه ما لو كان حياً

ولنا أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له إذا لم يعلم حاله فلم تصح إذا علم حاله كالبيمة وفارق المحي فان الوصية تصح له في الحائنين ، ولأنه عقد يفترق إلى القبول لم يصح للميت كالميتة . إذا ثبت هذا فإذا أوصى بثلثه أو بمائة لائمين حي وميت فلاحي نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله وهذا قول أبي حنيفة وإسحاق والبصريين . وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد : إذا قل هذه المائة لفلان وفلان فهي للحي . إنما ، وإن قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري في أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبين ، وقال أبو الخطاب عندي أنه إذا علمه ميتاً فالجميع للحي ، وإن لم يعلمه يتناحى النصف . وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول فإنه قال في رواية ابن القاسم إذا أوصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتاً فلاحي خمسون فليل له أليس إذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفلان؟ فقال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك؟ فبلى هذا إذا شرك بين من أنصح الوصية له ومن لا تصح مثل أن يوصي

ثلاثاً فيعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك صاحب المائة ولصاحب الخمسين سدسها ولقضاء الأسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان وإن كان فيها عتق ففيها روايتان (أحدها) أن الثلث يقسم بين الوصايا واعتق كما لو لم يكن فيها عتق وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا (والرواية الثانية) يقدم العتق وما فضل منه يقسم بين سائر الوصايا على قدر وصاياهم روي ذلك عن عمر وبه قال شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري وإسحاق لأن فيه حقاً لله وللأدعي فكان أكد ولأنه لا يلحقه فسخ ويلاحق غيره . ولأنه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقولهم إذا مات فاعطوا فلاناً كذا أو اعتقوا فلاناً ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في مقدمتها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق . إنما لأنها تلزم بالموت فتساوي كلها .

لفلان وللهالك وللحائط أو لفلان الميت فالموصى به كله لمن نصح الوصية له إذا كان عالماً بالحال لأنه إذا اشرك بينهما في هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كليهما من نصح الوصية له، وإن لم يعلم الحال فلن نصح الوصية له نصفها لأنه قصد بالوصية نصفها إليه وإلى الآخر النصف الآخر ظناً منه أن الوصية له صحيحة، فإذا بطلت الوصية في حق أحدهما صححت في حق الآخر بقسطه كتنزيق النصفين، ووجه القول الأول أنه جعل الوصية لاثنتين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا بمن نصح الوصية لهما فمات أحدهما، أو كما لو لم يعلم الحال، فأما أن وصى لاثنتين حين فمات أحدهما فلا آخر نصف الوصية لأنهم في هذا خلافاً، وكذلك لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرد لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت بكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً لأنه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه

(مسئلة) قال (وان رد الموصي له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية)

لا يخلو إذا رد الوصية من أربعة أحوال (أحدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد هنا لأن الوصية لم تقم بعد فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولأنه ليس بمحل لقبول فلا يكون محلاً للرد كما قبل الوصية (والثانية) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لأنهم فيه خلافاً لأنه أقط حقه في حال بملك قبوله وأخذ فاشبهه عفو الشفيع عن الشفيع بعد البيع (الثالثة) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فأشبهه رده لساير ملكه إلا أن يرضى الورثة

(فصل) إذا أوصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه وبجيره الحاكم عليه إن أبي لأنه حق واجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية وإن أعتقه الوارث أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لأنه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لأنه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم إعتاقه فإن كانت الوصية بعتقه إلى غير الوارث كان الاعتاق إليه لأنه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره إذا لم يتمم كالوكيل في الحياة :

(مسئلة) (وان أجاز الورثة الوصية جازت)

لأن الحق لهم وإن ردها بطلت بغير خلاف لأن الحق لهم فجاز باجازهم وبطل بردهم وإجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذاهب لأن ظاهر المذهب أن الوصية للوارث وللأجنبي بالزيادة على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة فعلى هذا تكون إجازتهم تنفيذاً وإجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك لزم الوصية ولا خلاف في تسميتها إجازة فعلى هذا لا تقتصر إلى شروط الهبة ولا تثبت فيها أحكام الهبة لأنها ليست هبة وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة فعلى هذا تكون هبة تقتصر إلى شروط الهبة وتثبت فيها أحكامها فلو كان المجيزاً بالمجاز له لم يكن له الرجوع

بذلك فتكون هبة منا لم تفتقر الى شروط الهبة (الرابعة) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكبلاً أو موزوناً صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبهه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فهو كالتقبوض، وبمقتضى أن يصح الرد بنا، على أن القبض معتبر فيه ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان (أحدهما) يصح الرد في الجميع ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن اشافعي لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون للوراث جميعهم لان الاصل ثبوت الحكم لهم وانما خرج بالوصية فاذا بطلت الوصية رجع الى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالمرءود لم يكن له ذلك وكان لجميع لان رده امتناع من ملكه فيبقى على ما كان عليه ولانه لم يملك دفعه الى أجنبي فلم يملك دفعه الى وارث يخصه به وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يختص به واحداً من الورثة لانه ابتداء هبة بملك أن يدفعه الى أجنبي فملك دفعه الى وارث فلو قال رددت هذه الوصية فلان قبل له ما أردت بقوله فلان؟ فان أردت تمامه إياها وتخصيصه بها قبلها اختصاصها وأن قال أردت ردها الى جميعهم ليرضي فلان عادت الى جميعهم إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلن قبل حصته منها .

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى قال أحمد إذا قال

فيه اذا قلنا إنها إجازة مجردة وان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع ولو أعتق عبداً لا مال له سواء في مرضه أو وصى بعتقه فأعتقوه بوصيته نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقية على إجازة الورثة فان أجازوه عتق جميعه واختص عصباء الميت بولائه كله على قولنا بصحة اعتاقه ووصيته . وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم أعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا وان قلنا الوصية باطلة والى إجازة عطية مبتدأة اختص عصباء الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشره بالاعتاق ولو تزوج رجل ابنة عمه فوَصت له بوصية أو أعطته في مرض موتها ثم ماتت وخافته وآباه فأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فليس له ذلك ان قلنا هي تنفيذ وله الرجوع ان قلنا هي هبة مبتدأة ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح ان قلنا اجازتهم تنفيذ وان قلنا هي عطية مبتدأة انبنى على صحة وقف الانسان على نفسه على ما ذكر من الخلاف فيه

(فصل) ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال ان وصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحاً فله أن يوصي بما شاء قال القاضي يريد بذلك العطية أما الوصية فهي عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال

أوصيت لرجل بألف فقال لأقبلها فهي لورثته يعني لورثة الموصي

(مسئلة) قال (فان مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه إذا كان

موته بعد موت الموصي)

اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فذهب الحنفي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد لأنه حق ثبت بالمرور فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه السلام « من ترك حقه فلورثته » وكذا خيار الرد بالعيب وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل لأنه عقد يفترق إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالمية قال القاضي هو قياس المذهب لأنه خيار لا يعتاض عنه فيبطل بالموت كخيار المجاس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لان الوصية قد تلزم من جهة الموصي وإنما الخيار الموصى له وإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات قبل انقضائه .

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كالذي ذكرنا، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيار لأنه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي

(مسئلة) (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية، وإن

أوصى له وهو غير وارث فصار عند الموت وارثاً بطلت لان اعتبار الوصية بالموت)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت، فلو وصى لثلاثة أخوة له مفترقين ولا ولد له ومات ولم يولد لم تصح الوصية لغير الاخ من الاب الا بإجازة الورثة، وإن ولد له ابن صحت الوصية للجميع من غير إجازة إذا لم تتجاوز الثلث، وإن ولد له بنت جازت الوصية لغير الاخ من الابوين فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما، ولا يجوز للاخ من الابوين لأنه وارث، وبهذا يقول الشافعي وأبو نوري وابن المنذر وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلاف ذلك ولو وصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه، وإن مات الاخ من الابوين قبل موته لم تجز الوصية للاخ من الاب أيضاً لأنه صار وارثاً

(فصل) ولو وصى لامرأة أجنبية وأوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتها الا بإجازة الورثة وإن

أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لأنه صار غير وارث الا أنه ان طلقها في مرض موته

وانسا على إبطال قولهم انه عقد ينتقل الى قبول الممتلك فلم يلزم قبل القبول كإبعية والهبية . إذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صححت وثبت الملك بها وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت لتقابل حصته وبطلت الوصية في حق من رد . فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام واية مقامه في القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فان فعل غيره لم يصح فإذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك ، وان كان الحظ في ردها فقبولها لم يصح قبوله لان الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه ، فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتقد بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بأن تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه موصر لم يكن له قبول الوصية وان لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب أو كون المولى عايه فقيراً لا تلزمه نفقته نعمين قبول الوصية لان في ذلك نفعا للمولى عليه له تقربته وتحريره من غير ضرر يعود عليه نعمين ذلك والله أعلم

(فصل) ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء . اذا كانت المعين يمكن القبول منه لانها تملك مال من هو من أهل المالك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما ان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبنى هاشم وتيم

فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لانه يتم أنه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها

﴿ مسألة ﴾ (ولا تصح اجازتهم وردهم الا بعد موت الموصي وما قبل ذلك لا عبرة به)

فلو اجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لمورثهم بالوصية في حياته بجميع المال او بالوصية لبعض الورثة ثم بداهم فردوا بعد وقاته فلمهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي او مرضه نص عليه احمد في رواية ابي طالب وروي ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن ابن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة واصحابه وقال الحسن وعطاء وحماد بن ابي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى ذلك بجائز عليهم لان الحق للورثة فاذا رضوا بتركه سقط حقهم كالورثي المشتري بالعب وقال مالك ان اذنوا له في صحته فلمهم ان يرجعوا وان كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فكذلك جائز عليهم

ولنا أنهم اسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمراة إذا اصدفت صداقها قبل النكاح او أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها رد الموصية فلم تصح فيها اجازتهم كما قبل الوصية .

أو على مصلحة كسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ورثمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذر رحم من الموصي به مثل أن يوصي بعبد للمعراة وأبوه فقير لم يفتق عليه ولأن الملك لا يثبت للموصي لهم بدليل ما ذكرنا من المسئلة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقامه من الاخذ والفعل المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزي ما قام مقامه من الاخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا في الهبة والبيع ، ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكزن الا بعد موت الموصي لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده فاذا قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي

وذكر أبو الخطاب في المسئلة وجها آخر انه اذا قبل تبينا ان الملك يثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة والبيع ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لأن الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأن الارث بعد الوصية ولا يبقى للبيت لأنه صار جهاداً لا يملك شيئاً ، وللشافعي قول ثالث غير مشهور : ان الوصية تملك بالموت وبحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا انه تملك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولأنه لا يخلو من ان يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل : فلو قال لامرأه أنت طالق قبل موتي بشهر ثم ماتت تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق ، ولو قال : اذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح ،

(مسئلة) (ومن اجاز الوصية ثم قال انما اجزت لاني ظننت المال قليلاً فلقول قوله مع يمينه

وله الرجوع بما زاد على ما ظنه في اظهر الوجهين الا ان تقوم به بينة)

وجملة ذلك انه إذا وصى بزيادة على الثلث فأجاز الوارث الوصية ثم قال انما اجزتها ظناً ان المال قليل فإن كثيراً فان كانت للموصي له بينة تشهد باعترافه بقدر المال او كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله اذا قلنا الاجازة تنفيذ فان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بينة باعترافه ولم يكن المال ظاهراً فلقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزل منزلة البراء فلا تصح في الجهول فلقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم فاذا وصى بنصف ماله فأجاز الوارث وكان المال ستة آلاف فقال ظننته ثلاثة آلاف فله الرجوع بخمسة لان نهرضي باجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسة فمساكن الفأ يرجع بخمسة فيحصل للموصي له الفان وخمسة

وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل الا بعد القبول فهو كسئلنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يبر لا يظهر له أثر بخلاف سئلنا . قولهم : ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الاصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فلما المراد به وصية مقبولة بذليل انه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل ان يكون المراد بقوله (فانكم الزرع من بعد وصية) اي انكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو أكد من الوصية وان سلمنا ان الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكا لم يثبت كذا اذا كان عليه دين وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز ان يتجدد له ملك في ديونه اذا قبل وفيها اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجوز ان كان قتل تجهيزه فهذا يبقى على ملكه انعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله الى الوصي قبل تمام السبب فان رد الموصى له او قبل انتقاله حينئذ فان قلنا بالاول وأنه ينتقل الى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة فلو باع الموصى به او رهنه او اعنته او تصرف غير ذلك لم ينفذ شي من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصى به مثل ان تلك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فاذا مات انتقل الملك فيه الى ابنه الى حين القبول ولا يعتق عليه والله اعلم

وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لانه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بسبب أو خيار أو أقر بدين ثم قال غنط

(مسألة) (وان كان الحجاز عيناً أو فرساً يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت باقي المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلاً أو ظهر عليه دين لم اعلمه تبطل الوصية) لان العبد معلوم لاجهالة فيه ، وفيه وجه آخر انه يملك الفسخ لانه قد يسمح بذلك ظناً منه ان يبقى له من المال ما يكفيه فاذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الاجازة فملك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الاجازة إلا من جائز التصرف ولا تصح من الصبي والمجنون والمجور عليه للسفه لانها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالمطبة ، فأما المجور عليه لفاس فتصح منه ان قلنا هي تنفيذ وإن قلنا هي هبة لم تصح منه لانه ليس له هبة ماله

(مسألة) (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت فأمارده وقبوله قبل ذلك فلا عبرة به) بشرط ثبوت الملك للموصى له شرطان (احدهما) القبول إذا كانت لمعين يمكن القبول منه في قول جمهور الفقهاء لانها تملك مال لمن هو من اهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالمطبة والبيع قال احمد الهبة

(فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين)

(من ذلك) أنه إذا حدث للموصى به نساء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة والنتاج والكسب فهو للورثة وعلى الرجاء الآخر يكون للموصى له ولو أوصى بآية لزوجها فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقب للوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولا ولاء عليه، وإما أم ولد لأنها علفت منه بحر في ملكه وإن مات الموصى له قبل القبول والرد فلوارثته قبولها فإن قبلها ملك الجارية وولدها وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئاً وعلى الوجه الآخر تكون الجارية أم ولد ويرث الولد أباه فإن كان يحجب الوارث القابل حجبه، وقن أكثر أصحاب الشافعي لا يرث الولد هنا شيئاً لأن توريثه يمنع كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيفضي إلى الدور وإلى إبطال ميراثه فاشبهه ما لواقع الوارث بمن يحجبه عن الميراث وقد ذكرنا في الإقرار ما يدفع هذا وإن المقربه يرث فكذا هنا ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول كما يعتبر في الإقرار أقرار من هو وارث حال الإقرار والله أعلم

(ومن ذلك) لو أوصى لرجل بآية فمات الموصى له قبل القبول فقبل ابنه صح وعتق عليه الجسد ولم يرث من ابنه شيئاً لأن حربته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر ثبت حربته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السادس، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضاً لأنه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحربته وإذا لم يجز اعتباره لم يمتنع

والوصية واحد فإن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين أو لمن لا يمان لا يمان حصرهم كبنو عم أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يقتصر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ولذلك لو كان منهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يمتنع عليه ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسئلة وإنما يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فعليه قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يحصل بما قام مقامه من الإخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع ويجوز القبول على الفور والتراخي (الثاني) أن يقبل بعد موت الموصي لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده

﴿مسئلة﴾ (وان مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية) هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماة بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن تكون لولد الموصى له وقال عطاء إذا علم المريض بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له لأنه مات بعد عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول

فيؤدي توريثه الى إبطال توريثه وهذا فاسد فإنه لو اقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسيبه وورث ممانه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة (ومن ذلك) انه لومات الموصى له قبيل وارثه لثبت للملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصى لانه جهة موروثه ولم يثبت الموصى له شي، فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه وان كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له، وعلى الوجه الآخر يتبين ان الملك كان ثابتاً للموصى له وانه انتقل منه الى وارثه فتنعكس هذه الاحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه بمخمس به المذكور من ورثته (ومن ذلك) ان الموصى به لو كان امة فوطئها الوارث فارلدها صارت ام ولده وله ولدها حر لانه وطنها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له اذا قبلها، فان قيل كيف قضيم بعقها ههنا وهي لانعتق باعتاقها؟ قلنا الاستيلاء أقوى ولذلك يصح من المجوز والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اتاقهم، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً والامة باقية على الرق، وان وطنها الموصى له قبيل قبولها كان ذلك قبولاً لها وثبت الملك له به لانه لا يجزى الا في الملك فاقدامه عليه دليل على اختياره الملك فاشبهه مالو وطىء من له الرجعة الرجعية او وطىء من له الخيار في البيع الامة المبيعة او وطىء من له خيار فسخ النكاح امرأته

(فصل) ونصح الوصية مطابقة ومقيدة فالمطابقة أن يقول ان مت فثاني للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو في هذه البارة أو في سفري هذا فثاني للمساكين فان برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة. قال

ولنا أنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلا تصح كما لو وهب ميتاً وذلك لان الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً وان سلمنا صححتها فان العطية صادفت حياً بخلاف مسئلتنا. **مسئلة** (وان ردها بعد، وتبطلت أيضاً)

لا يخلو رد الوصية من أربعة أحوال (احدها) أن يردها قبل موت الموصى فلا يصح الرد لان الوصية لم تقع بعد أشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولانه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلاً للرد كما قبيل الوصية (الثاني) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافاً لانه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذة فأشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالث) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فاشبه رده لسائر ملكه الا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تقتصر إلى شروط الهبة (الرابع) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبه رده قبل القبول وان كان غير ذلك لم يصح لان ملكه قد استقر عليه فهو كالقبوض ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه، ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان

أحمد فيمن وصى وصية ان مات من مرضه هذا او من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك ان قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وان كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم يتقضها

وانما وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطالت كما لو لم يكتب كتاباً او كما لو وصى اقوام قاتلوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وان قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي ، وقال للآخر أنت حر ان مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير ، وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله ، ولو وصى لرجل بثقه وقال ان مت قبلي فهو لعمر وصحت وصيته على حسب ما شرطه له وكذلك في سائر الشروط فان النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم»

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا أوصى له بسهم من ماله أعطى السدس وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى يعطى سهما مما تصح منه الزريضة)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما أوصى بسهم فروي عنه ان للموصى له السدس وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن واياس بن معاوية والثوري ، والرواية الثانية أنه يعطى سهما مما نصح منه الزريضة فينظر كم سها صحت منه الزريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا ما لم يزد

(أحدهما) يصح الرد في الجميع فلا فرق بين المكمل والموزون وغيرها وهو المنصوص عن الشافعي لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد ويرجع الموصى به الى التركة فيكون الجميع للوارث لان الاصل ثبوت الحق لهم وإلما خرج بالوصية فاذا بطلت رجع إلى ما كان عليه كان الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحداً فقصد تخريبه بالردود لم يكن له ذلك وكان للجميع لان رده امتناع من تملكه فبقي على ما كان عليه ولانه لا يملك دفعه الى أجنبي فإيملك دفعه الى وارث يخصه به. وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به بعض الورثة لانه ابتداء هبة ولانه يملك دفعه الى أجنبي فملك دفعه إلى الوارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قبل له ما أردت بقولك لفلان؟ فان قال أردت بملكه إياها وتخصيصه بها فقبضها اختص بها وان قال أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان طادت إلى الجميع إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فن قبل حصته منها

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله ما قبلها وما أدي هذا المعنى قال أحمد إذا

على السدس فان زاد السهم على السدس فإنه السدس لانه متحقق . ووجه ذلك أن قوله سها ينبغي أن ينصرف الى سهام فريضته لان وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال : فريضتي كذا وكذا سها لك منها سهم ، وقال الخلال وصاحبه أقل سها من سهام الورثة لان احد قال في رواية أبي طالب والأثرم اذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سها من الفريضة قيل له نصيب رجل أو نصيب امرأة قال أقل ما يكون من السهام قال القاضي ما لم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه الا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . ووجه هذا القول أن سهام الورثة انصباؤهم فيكون له أقلها لانه اليقين فان زاد على السدس دفع اليه السدس لانه أقل سهم برثه ذوقرابة ، وقال ابو ثور يعطى سها من أربعة وعشرين لانها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام ، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاء . ولان ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبهه ما لو أوصى له بجزء أو حظ ، وقال عطاء وعكرمة لاشي . له

ولنا ما روى ابن مسعود أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولان السهم في كلام العرب السدس قال اياس بن معاوية السهم في كلام العرب السدس فتصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولانه قول علي وابن مسعود ولا يخالف لهما في الصحابة ولان السدس أقل سهم مفروض برثه ذوقرابة فتصرف الوصية اليه . اذا ثبت هذا فان السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فان كانت المسئلة كاملة المفروض أعيلت به ، وان كانت عائرة زاد عولها به ، وان

وصى لرجل بألف فقال لا أقلها فهي لورثة الموصى له

(مسئلة) (وان مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه ذكره الحرقى وقال القاضي يبطل على قياس قوله) إذا مات الموصى له بعد موت الموصى وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه في القبول والرد كذلك ذكره الحرقى لانه حق يثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه الصلاة والسلام « من ترك حقاً فلورثته » وكخيار الرد بالعيب وقال أبو عبدالله بن حامد تبطل الوصية لانه عقد يفتقر إلى القبول فاذا مات من له القبول قبل القبول بطل العقد كالمهبة قال القاضي هو قياس المذهب لانه خيار لا يمتاض عنه فبطل كخيار المجلس والشرط وخيار الاخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لان الوصية قد لزمت من جهة الموصى وانما الخيار للموصى له فاذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له مات بعد انقضائه

ولنا على ان الوصية لا تبطل بموت الوصي أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لاحدهما ولانه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل

كان فيهارد او كانوا عصابة أعطي سدسا كاملا قال احمد في رواية ابن منصور وحرب اذا أوصى الرجل بسهم من ماله يعطى السدس الا أن نعول الفريضة فيعطى سهما مع العول فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم في مسألة فيها زوج وأخت كان له السهم كما لو كان معها جدة على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان في المسئلة أم وثلاث أخوات متفرقات فان كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة والموصى له العشر على الروايات الثلاث ، وان كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فله موصى له السدس على الروايات الثلاث وان كانوا زوجا وأبوين وابنتين فالسبعة من خمسة عشرة ونعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الحلال لان أقل سهام الورثة سدس ، وعلى الرواية الأخرى يكون للموصى سهم واحد يزداد على خمسة عشر فتصير ستة عشر وان كانوا زوجة وأبوين وابنا فالفريضة من أربعة وعشرين ونعول بالسدس الموصى به الى ثمانية وعشرين وعلى الرواية الثانية يزداد عاها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين وعلى قول الحلال يزداد عليها مثل سهم الزوجة فتكون من سبعة وعشرين ، وان كانوا خمسة بنين فللموصى السدس كاملا ونصح من ستة على الروايات الثلاث فان كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين فيزيد عليها سهما للموصى على إحدى الروايات نصير احدا واربعين وعلى قول الحلال يزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الأولى يزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فنصيرها في ستة ثم يزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين للموصى أربعون وللزوجة ثلاثون والسكلى ابن اثنتان واربعون ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بهم جمات ذال سهم كالام وأعطيت صاحب السدس سدسا كاملا وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من اثنين وأربعين

بموت الآخر كالذي ذكرناه، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لان ثم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسئلتنا قول أصحاب الرأي

ولنا على إبطال قولهم أنه عقد يفتر إلى قبول المملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة

إذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصى له في الرد والقبول لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه فان رد الوارث الوصية بطلت وان قبها صحت وان كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت المملك لمن قبل في حصته وبطلت الوصية في حق من رد فان كان منهم من ليس له التصرف قام وليه مقامه في ذلك وليس له أن يفعل إلا ما للموولي عايه فيه الحظ فان قبل غيره لم يصح ، فاذا كان الحظ في قبولها لم يصح الرد وكان له قبولها بمد ذلك وان كان الحظ في ردها لم يصح قبوله لها لان الموولي لا يملك التصرف في حق الموولي عليه بغير ماله الحظ فيه فلو وصى لصبي بذى رحم يتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بان تلزمه نفقة الموصى به اكونه فقيراً لا كسب له والموولي عايه موسر لم يكن له قبول الوصية وان لم يكن عليه ضرر اكون

لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ، ويحتمل ان يعطى ذو السهم السبع كاملاً كأنه أوصى له من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فنضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين

(فصل) وإن أوصى بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ماشاء، ولا أعلم فيه خلافاً وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء وكذلك إن قال أعطوا فلانا من مالي أو أرزقوه لأن ذلك لاحد له في اللغة ولا في شرع فكان على اطلاعهم **مسئلة** قال (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل مالاً فانهم نصيباً كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن واربع زوجات فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهماً للزوجات الثمن وهو اربعة وما بقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فللابن)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنتين فله مثل نصيب أحدهم مضافاً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وإن كانوا يتفاضلون كسئلة الخرق فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزداد على فريضتهم وإن أوصى بنصيب وارث

الموصى به إذا كسب أو لكون المولي عليه فقيراً لا تزمه نفقته تعين القبول لأن في ذلك نفعاً للمولي عليه لعنق قرابته من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

مسئلة (وان قبلها بعدالموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح من المذهب) وهو قول مالك وأهل العراق وروى عن الشافعي وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أنه إذا قبل تبيناً أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالمية والبيع ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث لأن الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) والارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لانه صار جماداً لا يملك شيئاً وللشافعي قول ثالث غير مشهور ان الوصية تملك بالموت وبحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا أنه تملك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك لقبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل فلو قال لامرأته انت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبيناً وقوع الطلاق قبل موته بشهر، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق وإنما نتين الوقت الذي يقع فيه الطلاق ولو قال إذا مت فأنت طالق قبله

مبين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة وهذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر ودارد يعطي مثل نصيب المدين أو مثل نصيب أحدكم إذا كانوا يتسارون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لان نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمنزل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وان كان له ابنان فالوصية بالنصف وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث ، وقال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر الى عددهم فاعطي سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار انصابتهم لانهما ضلهم فاعتبر عدد رؤسهم

ولما أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعله مثلا له وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسمية والعبارة تقتضي التسرية وإنما جعل له مثل أقلهم نصيبا لانه البتة ومن زاد فمشكوك فيه إلا ثبت مع الشك وقوله يعطي سهما من عددهم خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي فان هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدكم وتماضهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدكم فيصرفه الى الوصي لقول الموصي وعملا بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء. لا يقتضيه قول المرصي أصلا ، وقوله تعذر العمل بقول المرصي غير صحيح نانه يمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لما جاز أن يوجب في ما حقا لم بأذن فيه ولم يأمر به، وقد مل الخرق في هذه المسئلة بما أعني عن تمثيلها ولو قل أو صيت بمنزل نصيب أولهم ميراثا كان كالأطاق وكان ذلك تأكيدا وإن قال أو صيت بمنزل نصيب أكثرهم ميراثا فذلك مضافا الى المسئلة فيكون له في مسئلة الخرق ثمانية وعشرون تضم الى الفريضة فيكون الجميع ستمين سهما

بشهر لم يصح، وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر المقود فانه لا ينتقل الا بعد القبول فهو كسملنا غير ان ما بين الايجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسملتنا ، قولهم ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الاصل الا أن يمنع منه مانع فأما قول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قلنا المراد به الوصية المقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فلکم الربع من بعد وصية يوصي بها) أي لكم ذلك مستقر ولا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد من الوصية وان سلمنا أن الملك لا يبقى للوارث فانه يبقى ملكا للعتق كما اذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فانه يبقى ماسكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودقته وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في دينه اذا قتل وفيما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجوز ان كان قبل تجهيزه فهذا يبقى على ماسكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله الى الوصي قبل تمام السبب فان رد الموصي له أو قبل انتقال حينئذ فان قلنا بالاول وانه ينتقل الى الوارث فانه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوتها في العين المرهونة

(فصل) وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه وهذا قول مالك واهل المدينة والشافعي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود . والوجه الثاني لانصح الوصية وهو الذي ذكره القاضي وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبه لانه أوصى بما هو حق الابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني . أو بما يأخذه ابني . وجاء الارل أنه أمكن تصحيح وصيته بمثل لفظه على مجازته نصح كما لو طلق بانظ الكناية أو أعنى ويان أمكن التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أي بمثل نصيب وارثي ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورأه كاهم

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعف نصيب ابني فله مثلاً نصيبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل واستدل بقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثليين وقوله (فآتت أكلها ضعفين) أي مثليين وإذا كان الضعفان مثليين فالواحد مثل

ولنا أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (لا ذنالك ضعف الحياة و ضعف المات) وقال (فاولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا - وقال - وما آتيتهم من زكاة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون) ويروي عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة وقال الحذيفة وعثمان بن حنيف لملكنا حملنا الارض مالا نطبق فقال عثمان لو أضعفت عليها الاحتمات قال الازهري الضعف المثل فما فرق . وأما قوله ان الضعفين المثليين فقد روى ابن البارقي عن هشام بن معاوية النهري قال : العرب تتكلم بالضعف مثني فتقول إن أعطيتي درهما ملك ضعفاه أي : بلاء و افراده

فولع الموصى به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابناً للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فإذا مات انتقل الملك فيه الى ابنه حين القبول ولا يعتق عليه

﴿مسئلة﴾ (فما حصل من كسب أو نماء منفصل في الموصى به بعد موت الموصى وقبل القبول كاولد والتمرة والكسب فهو للورثة على الوجه الاول)

لانه ملكهم فان كان متصلاً تبعا لانه يتبع في المقود والفسوخ

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الوصية بأمة فونتها الوارث قبل القبول فأولدها صارت أم ولد له وولدها

حر لانه وطئها في ملكه)

وعليه قيمتها للموصى اذا قبلها لانه فوطها عليه ولا مهر عليه ولا تلزمه قيمة الولد لذلك ، فان قيل فكيف قضيت بعقها ههنا وهي لا تنفق باعتاقه؟ قلنا الاستيلاء أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اعتاقهم ، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً والامة باقية على الرق فان وطئها الموصى له قبل ذلك كان قبولها ويثبت الملك له به لانه لا يجوز الا في الملك

لابأس به إلا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو مثله وضعفاه هو مثله وثلاثة أمثاله وثلاثة أمثاله وعلى هذا (فصل) وإن قال أوصيت لك بضعفني نصيب ابني فله مثلاً نصيبه ، وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله هذا الصحيح بندي وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا إن أوصى بضعفني فله ثلاثة أمثاله وإن وصى بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله ، وعلى هذا كلما زاده ضعفًا زاد مرة وهذا قول الشافعي . واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور ضعفناه أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثله فتثنيته مثلاً مفردة كسائر الأفعال .

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة . بل ثمرة غيرها سنتين ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى بضاعف لها العذاب ضعفين) ان المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين) ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرات فإن الله تعالى إنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات وهذا هو المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فخالفه فيه غيره وأنكروا قوله . قال ابن عرفة لأحب قول أبي عبيدة في (بضاعف لها العذاب ضعفين) لأن الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل معارفة بن هشام النهوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على ما ذهبوا إليه كقوله تعالى العزيز رقول المفسرين من التناهي وغيرهم

فاقدمه عليه دليل على اختياره الملك فأشبه ما لو وطيه من له الرجعة زوجته الرجعية أو وطيه من له الخيار في البيعة المسيعة أو وطيه من له خيار فسخ النكاح امرأته

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بزوجه فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث) وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولا ولاء عليه وأمه أم ولد لأنها علفت منه بجر في ملكه

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بأبيه فمات قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به ولم يرث شيئاً) وجملة ذلك أنه إذا وصى له بأبيه فمات الموصى له بعد موت الموصي وقبل الرد والقبول فلوارثه قبولها على قول الحنفي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى فإن قبها ابنه صح وعتق عليه الجدة ولم يرث من ابنه شيئاً لان حريته إنما حدثت حين القبول بعد ان صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر ثبت حريته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضاً لأنه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته وإذا لم يحز اعتباره لم يعتق فيؤذي تورثه الى ابطال تورثه وهذا فاسد فانه لو أقر جسيم الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرين به عن كونهم جميع الورثة ومن

٤٥٢ الوصية لرجل ثلث ولا آخر برهم ولا آخر بخمس ولا آخر بمثل وصية أحدهم (المغنى والشرح الكبير)

أولى من قول أبي عبيدة الخائف لذلك كله مع مخالفة القياس، ونسبة الخطأ إليه أولى من نخطئة ما ذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية ولا يجوز التمسك بمجرد القياس الخائف لأنقل فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس والله أعلم

(فصل) وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يرصي بنصيب ابنه وهو ممن لا يرث لكونه رقيقاً أو ممالماً لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصى له لأنه لا نصيب له فله لا شيء له

(فصل) وإن أوصى لرجل بثلث ولا آخر برهم ولا آخر بخمس ولا آخر بمثل وصية أحدهم فله الخمس، وإن وصى لرجل بعشرة ولا آخر بستة ولا آخر بأربعة ولا آخر بمثل وصية أحدهم فله أربعة لأنها اليقين، وإن قال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد منهم، وإن وصى لأحدهم بمائة ولا آخر بدار ولا آخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد منهم ذكرها الخبري لأنه هنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي القدومية فلهذا كان له النصف بخلاف الأولين فانهم كلهم مشتركون، وقال ابن القاسم له الربع في الجمع

(فصل) ولو أوصى بمثل نصيب وارث لو كان فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه فإن خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث فله الموصى له الربع ولو وصى بمثل نصيب خامس لو كان فله الموصى له السدس وعلى هذا بدأ ولو خانث زوجاً وأوصت

فروع ذلك أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه ثبت للملك لاوارث القابل ابتداءً من جهة الموصى لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تنقض ديونته ولا تنفذ وصاياه ولا يمتنع من يعتق عليه فإن كان منهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له وعلى الوجه الآخر تبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وإن انتقل منه إلى وارثه فتعكس هذه الأحكام فتتقضى ديونته وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به المذكور من ورثته ويحتمل أن يثبت للملك من حين الموت فتعكس هذه الأحكام وقد ذكرناه

(فصل) وتصح الوصية مطلقاً ومقيدة بالمطلقة أن يقول أزممت فثاني المساكين أو لزيد والمقيدة أن يقول إن مات في مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثاني المساكين فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة دون المطلقة قال أحمد فيمن وصى وصية إن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية وهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك إن قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فالوصية بحالها ما لم ينفذها.

بمثل نصيب أم لو كانت فلاموصى له الخمس لان للام الربع لو كانت فيجعل له سهما مضافا الى اربعة يكن خمسا تقس على هذا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا خاف ثلاثة بنين واوصى لآخر بمثل نصيب أخذهم كان للوصى له الربع)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي وعند مالك وموافقيه لاموصى له الثلث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة وقد دللنا على فسادها ولو خلف ابنا واحدا واوصى بمثل نصيبه فلاموصى له النصف في حال الاجازة والثلث في حال الرد وعند مالك لاموصى له في حال الاجازة جميع المال

(فصل) فان خاف بنتا واوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا عند من يرى الرد لانها تأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله ان يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فان خلف ابنتين وارصى بمثل نصيب احدهما نهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قوله ان لا يرى الرد منها من اربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربه، ويقتضي قوله مالك ان الثلث لاموصى له ولبنتين ثلثا وما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة، فان خاف جدة وحدها وارصى بمثل نصيبها فقياس قولنا ان المال بينهما نصفين وقياس قوله ان لا يرى الرد انهما من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قوله مالك ان لاموصى له السدس والجددة سدس ما بقي والباقي لبيت المال (فصل) واذا خاف ثلاثة بنين واوصى لثلاثة بمثل انصبايهم فللمال بينهم على سنة ان اجازوا

ولنا انها وصية بشرط ام يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فأتوا قبله ولانه قيد وصيته بقيد فلا تعداه كما ذكرناه وان قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي وقال للآخر أنت حر ان مت من مرضي هذا فأت من مرضه فامبدان سواء في التدبير وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله، ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلي فهو لعمر وصحت وصيته على حسب ما شرطه وكذلك سائر الشروط فان النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم» (فصل) قال رضي الله عنه (ويجوز الرجوع في الوصية)

اتفق أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في كل ما وصى به وفي بعضه الا الوصية بالاعتاق فقد اختلف فيها فالأكثر على جواز الرجوع فيها أيضاً روي ذلك عن عمر رضي الله عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقناة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي بغير ما شاء منها الا العتق لانه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

وازدوا فن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فان اجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان الاذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي المجازله وجهان احدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول ابي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والذين من مخرجها وهو ثمانية عشر يبقى احد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين للمجازاة السدس تسعة ولكل واحد من صاحبه ستة ولكل ابن احد عشر (والوجه الثاني ان يضم المجازله الى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم اربعة لا تنقسم فتضرب اربعة في تسعة تكن ستة وثلاثين فاز اجاز الورثة بعد ذلك الاخرين اتوا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداسا على الوجه الاول وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو احد وعشرون من ستة وثلاثين الى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقدر حونه بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثلاثين ومنها تصح ، وان اجاز احد البنين لهم ورد الاخران عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجزوا اربعة اضعاف ثمانية تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة اضعافها في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين وان اجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضرها في ثلاثة تكن اربعة وخمسين والله اعلم

(فصل) واذا وصى لرجل بجزءه مقدر ولا آخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيها وجهان (احدهما) يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى به كأنه ذلك الوارث ان اجازوا وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الاجازة والثاني ان بين الورثة (والوجه الثاني) ان يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية - واهما وهذا قول يحيى بن آدم . ثمانية

ولما أنها وصية فملك الرجوع عنها ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهبه ما يفتقر الى القبض قبل قبضه، وأما التدبير فلنا فيه منع وان سلم فان الوصية تقارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتمليته على صفة في الحياة

﴿مسئلة﴾ (فاذا قال قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو نحو ذلك كقوله غيرتها بطلت)

لانه صريح في الرجوع وان قال في الموصى به هو لورثتي أو في ميراثي فهو رجوع لان ذلك ينافي كونه وصية

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا)

وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره ان ما وصى به مردود الى الثاني أشبه ما لو قال رجعت عن وصيتي لفلان وأوصيت بها لفلان

﴿مسئلة﴾ (وان وصى به لآخر ولم يقل ذلك فهو بينهما) إذا وصى لانسنان معين من ماله ثم وصى به لآخر

أو وصى لرجل بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجمع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما وليس ذلك رجوعا

رجل أوصى بثلاث مائة لرجل ولا آخر بمثل نصيب أحد بنيه وم ثلاثمائة فعلى الوجه الأول للموصى له
بأثلاث مائة وما بقي بين البنين والوصي على أربعة ونصف من ستة لصاحب الثلث سهمان والآخر
سهم فان ردوا فالثالث بين الوصيين على ثلاثة والثمان بين البنين على ثلاثة ونصف من تسعة وعلى الوجه
الآخر لصاحب الثلث وللآخر الربع ان اجيزلها وان رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة
والثمان للورثة ، ونصف من ثلاثة وستين ، وان كان الجزء يزيد على الثلث مثل أن أوصى لرجل بالنصف
ولا آخر بمثل نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين
وهو ربعه لان الثلثين حق الورثة لا يؤخذ منها شيء ، إلا باجازتهم ورضام فيكون صاحب النصيب
كواحد منهم لانتقص من السدس شيئاً إلا باجازته ، فعلى الوجه الأول لصاحب الجزء النصف
والباقي بين الآخر والبنين على أربعة ، ونصف من ثمانية إن أجازوا . وان ردوا قسمت الثلث بين
الوصيين على خمسة والثلثين بين البنين على ثلاثة ، ونصف من خمسة وأربعين . وعلى الوجه الثاني لصاحب
النصف النصف وللآخر الربع ويبقى الربع بين البنين ، ونصف من اثني عشر وان ردوا فالثالث بين
الوصيين على ثلاثة ونصف من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف وللآخر السدس
ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة ونصف من ثمانية عشر ، وان ردوا فالثالث بين الوصيين على أربعة
ونصحب من ستة وثلاثين ، وان أوصى لصاحب الجزء بأثلاثين فعلى الوجه الأول لصاحب النصف
ربع الثلث سهم من اثني عشر إن أجازوا وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة وعلى الوجه
الثاني يكون له الربع في حال الاجازة وفي حال الرد يكون الثلث بين الوصيين ، على أحد عشر ، وعلى
الوجه الثالث يكون له السدس في الاجازة وفي الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة ، وإن أوصى

في الوصية الأولى وبه قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي
وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للأخير منهما لانه وصى للثاني بما وصى
به للأول فكان رجوعاً كما لو قال ما وصيت به لفلان فهو لفلان ولان اثنا عشر تنافي الأولى فاذا أتى
بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورثتي

ولنا انه وصى بها لهما فاستويا فيها كما لو قال وصيت لكما بهذه العين وما قاسوا عليه صرح فيه
بالرجوع عن وصيته للأول وفي مسألتنا يحتمل انه قصد التثريب في تبطل وصية الآخر بالشك
(فصل) اذا وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثبته فهو بينهما أربعاً وعلى قول الآخرين ينبغي
ان يكون للثاني ثلثه كاملاً وان وصى بعبد لاثنتين فرد أحدهما وصيته فلآخر نصفه وان وصى لاثنتين
بثاني ماله فرد الورثة ذلك ورد احد الوصيين وصيته فلآخر الثلث كاملاً لانه وصى له به منفرداً
وزالت المزاحمة فأكمل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن اباه وصى بأثلاث لرجل وأقام آخر شاهدين أنه أوصى له بأثلاث ،
فرد الوارث الوصيين وكان الوارث رجلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف منه الموصى له واشتركا في

لرجل بجميع ماله ولا آخر بمن نصيب أحد ورثته فعلى الوجه الاول لا يصح للموصي الاخر شيء في اجازة ولا رد وعلى الثاني يقسم الوصيان المال بينهما على خمسة في الاجازة والثالث على خمسة في الرد وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة في الاجازة والثالث على سبعة في الرد

(فصل) وان اوصى لرجل بمن نصيب وارث ولا آخر بجزء مما بقي من المال ففيها أيضا ثلاثة اوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية اخرى (والثاني) أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع : ومثاله رجل خلف ثلاثة بنين وصى بمن نصيب أحدهم ولا آخر بنصف ، في المال فعلى الوجه الاول لصاحب النصف الربع والآخر نصف الباقي وما بقي للبنين وتصح من ثمانية وعلى الثاني له السدس والآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين ولا تفريع على هذين الوجهين لوضوحهما ، وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعلها طرق (أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فقط منه سها يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً نصير أربعة فنضربها في المخرج تكون ثمانية فتعصها سها يبقى سبعة فهي المال ، لو وصى له بالنصيب سهم والآخر نصف الباقي وهو ثمانية واكمل ابن سهم (طريق آخر) أن تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكون سبعة (طريق ثالث) ويسمى المكسر أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هي بقية مال ذهب نصفه فإذا أردت تكبيله فزد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكون سبعة (طريق رابع) أن تجعل المال سهمين ونصيباً وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سها يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة .

الثالث ، وبهذا قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشارك المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وان كان المقر ليس يعدل أو كان امرأة فالثالث لمن شهدت له البيعة ، لان وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بيعة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثالث أو بهذا العبد ، أو أقر لآخر به بكلام متصل فالمقر به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل لإقراره لانه ثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الاول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بيعة ، وان أقر للثاني في المجلس بكلام متصل ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأن حق الأول ثبت في الجميع فأشبهه ما لو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة .

﴿مسئلة﴾ (وإن باعه أو وهبه أو رهنه كان رجوعاً)

إذا وهب الموصى به أو تصدق به أو أكله أو أطعمه أو أتلفه أو كان ثوباً ففصله ولبسه

وبالجبر تأخذ مالا فتلقي منه نصيبا يبقى مال إلا نضييا وتدفع نصف الباقي الوصي الآخر يبقى نصف مال الا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء فأجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصفها كاملا يعدل ثلاثة ونصفا فالمال كله سبعة

(فصل) فان كانت الوصية اثمانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث وهو ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال فتدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهماً إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر اكل ابن خمسة وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفها وتضربها في المخرج تكن إحدى وعشرين وبالثلث تعمل كما عملت في الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل أن الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيباً تدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهماً يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين إلى ابنتين يبقى خمسة للثالث فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا فتلقي منه ثلاثة نصيباً وتدفع إلى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الا نصف نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين بصير ثلاثة ونصفاً تعدل خمسة أسداس أثلاث وحول بصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن إحدى وعشرين

أو جارية فأحبها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا وصى لرجل بطعام فأكله أو يشيء فأنلفه أو وهبه أو تصدق به أو بجارية فأحبها أو أولدها فإنه يكون رجوعاً ، وكذلك ان باعها ، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة .

ولنا أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعاً كما لو وهبه وان عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبها الموهوب له كان رجوعاً لأنه يدل على اختياره للرجوع ووصيته ببيعه أو اعتاقه رجوع لكونه وصي بما ينافي الوصية الأولى وان رهنه كان رجوعاً لأنه علق به حقاً يجوز بيعه ، فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزال الملك أشبه اجارته

﴿ مسألة ﴾ (وان كاتبه أو دبره أو جحد الوصية فعلى وجهين)

(أحدهما) يكون رجوعاً لان الكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينتج بالموت فسبق أخذ الموصى له وجحد الوصية رجوعاً لأنه لا يدل على الرجوع ولأن جحده يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له .

(فصل) فان ارصى لثالث بربع المال فخذ المحارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحدا تصر أربعة واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وذلك اثني عشر يبقى أربعة وثمانون فهي المال ثم انظر الاربعة وعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربها لاجل الوصية يبقى أربعة عشر نهي النصيب فادفعها الى المرصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال إحدى وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت إحدى وعشرين ضربتها في أربعة من أجل الربع تكن اربعة وثمانين وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصبا. تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الآخر سهمها والى صاحب الربع سهمها ونصفا وثلاثة ارباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة يعدل ثلاثة أنصبا. فأسقط نصيبا وربعا بثلاثي يبقى ثلاثة أسهم ونصف يعدل نصيبا وثلاثة ارباع فانصيب إذا سهمان فأبسط الثلاثة الا نصيبا تكن ستة فصار المال اثني عشر ومنها يصح اصحاب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثة تبقى ستة لكل ابن سهمان وهذا أخصر واحسن وبالجزر تأخذ مالا تدفع منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال، يبقى ثلث وربعه الا نصف نصيب يعدل

و (الثاني) لا يكون رجوعا لآل الكتابة والتدبير لا يخرج بهما عن ملكه ولان الوصية عقد فلا تبطل بالجهود كسائر العقود وهو رواية عن أبي حنيفة .

﴿ مسألة ﴾ (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا)

لانه يتعذر تسليمه فبدل على رجوعه ، وان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا ، لانه لا يمنع التسليم وان أزال اسمه فطحن الخنطة أو عجن الدقيق أو خبز الخنطة أو جعل الحبز قتيئا فهو رجوع لانه أزال اسمه وذكره القاضي لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، وذلك دليل على رجوعه وبهذا قال الشافعي ، وعلى قياس ذلك اذا نجر الحشبة باباً ونحوه لانه أزال اسمه فهو في معناه ، وان كان قطناً أو كتاناً فنزله ، أو غزلا فنسجه ، أو ثوباً فقطعه ، أو بقرة فضرها ، أو شاة فذبحها كان رجوعاً ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه ، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبو ثور لانه لا يزيل اسمه ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً لأن فعله يدل على الرجوع ، وقولهم انه لا يزيل اسمه لا يصح فان الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يسمى كتاناً .

(فصل) وان حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض

ثلاثة أنصبا، اجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين ثم تضربها في اثنين
ليزول الكسر يرجع الي أربعة وثمانين

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة برقع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاوليين فاعملها بطريق
النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة ارباع تعدل نصيبا ونصفا أبسطهما أرباعا تكن السهام
خمس عشرة والانصبا ستة توافقهما وتردهما الى وفقه ما تصير خمسة اسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل
النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصير سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب
والى الآخر نصف باقي الثلث سهمين والى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة
وهذا الطريق أخصر وان عملت بالطريق الثاني اخذت اربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي
يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البينين سهما ونقصت نصفه وربع الباقي منه يبقى
ثلاثة اثنان ردها على سهام البينين تكن ثلاثة وثلاثة اثنان تضربها في أربعة وعشرين تكن احدى وثمانين
ومنها نصح وبالجزر تفضي الى ذلك ايضا

(فصل) وان خاف أما وأختا وعمما وأوصى لرجل بمثل نصيب العم وسدس ما يبقى ولا آخر بمثل
نصيب الام وربع ما يبقى ولا آخر بمثل نصيب الاخت وثالث ما يبقى فاعملها بالمنكوس وقل أصل
المائة ستة فابدأ بأخر الوصايا قل هذا مال ذهب اية فزد عليه نصفه ثلاثة ومثل نصيب الاخت
ثلاثة صارت اثني عشر ثم قل هذا بقية مال ذهب ربه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الام ستة صار
ثمانية ثم قل هذا بقية مال ذهب سبعة فزد عليه سدسه ، ونصيب العم صار اثنين وعشرين ومنه نصح

فصار زرعاً أو أنهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتاوله الاسم
وهو اختيار القاضي وذكر أبو الخطاب في الدار اذا أنهدمت وزال اسمها وجهاً أنه لا يكون رجوعاً
لان الموصي لم يقصد ذلك والاول أولى وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه .

﴿مسئلة﴾ (وان زاد في الدار عمارة أو أنهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له ؟ على وجهين :
(أحدهما) : لا يستحقه لان الزيادة لم تتناولها الوصية والاتقاض لا تدخل في معنى الدار وإنما
يتبع الدار في الوصية وما يتبعها في البيع . و (الوجه الآخر) : يدخلان في الوصية لان الزيادة تابعة
للموصى به فأشبه سمن العبد وتعليمه والمهدم قد دخل في الوصية فتبقى الوصية ببقائه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بغير من صبرة ثم خلط الصبرة بأخرى لم يكن رجوعاً سواء خلطها
بمثلها أو خير منها او دونها لانه كان مشاعا وبقي مشاعا وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لانه
لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم
بخلاف ما اذا خلطه بمثلها او دونه .

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن احمد في رجل قال هذا ثاني لفلان ويعطي فلان منه مائة

(فصل) في الاستثناء، إذا خلف ثلاثة بنين وأوصى بمنزل نصيب أحدهم الأربعة المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهماً تكن خمسة، فهذا النصيب يزدد على عدد البنين واحداً واضرب به في مخرج الكسر تكن ستة عشر ندفع إلى الوصي خمسة ونستثنى منه أربعة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة، وإن شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة فإن قال الأربعة الباقي بمد النصيب فزد على سهام البنين سهماً وربعاً واضرب به في أربعة تكن سبعة عشر للوصي سهماً ولكل ابن خمسة وبالجزء تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً إلى الموصى له ونستثنى منه ربع الباقي وهو ربع مال الأربعة نصيب صار معك مال وربع الأوصياء وربعاً يعدل أنصباة البنين وهي ثلاثة اجبر وقابل بمخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر فإن قال الأربعة الباقي بمد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه ثلثه صار أربعة فهو النصيب وتزيد على عدد البنين نصيباً وثلاثاً وتضرب به في ثلاثة تكن ثلاثة عشر فهو المال وإن شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباة، ووصية والوصية هي نصيب الأربعة الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصية وتبين أن المال كله ثلاثة وربع أبسطها تكن ثلاثة عشر، ولهذا المسائل طرق سوى ما ذكرنا والله أعلم

(فصل) وإن قل أوصيت لك بمنزل نصيب أحد بني الأثاث ما يبقى من الثلث فخذ مخرج الكسر ثلث الأثاث وهو تسعة وزد عليها سهماً تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصباة البنين سهماً وثلاثاً واضرب ذلك في تسعة تكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة إلى الوصي واستثنى منه ثلث بقية الثلث سهم يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة، وإن قال الأثاث ما يبقى من الثلث بمد الوصية جعلت المال ستة

في كل شهر إلى أن يموت فهو للأخر منها ويعطى هذا مائة في كل شهر فإن مات وفضل شيء رد إلى صاحب الثلث فحكم بصحة الوصية وانقازها على ما أمر به الموصى .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل بشيء ثم قال ان قدم فلان فهو له ، فقدم في حياة الموصي فهو له لانه جعله له بشرط قدومه وقد وجد الشرط ، وان قدم بعد موت الموصي فهو للأول في احد الوجوهين ، لانه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم الشرط في الثاني وقدم الثاني بعد ملك الأول له وانقطاع حق الموصي منه فيبقى للأول ، ذكره القاضي ، وفي الوجه الثاني هو للأقدم لانه مشروط له بقدومه فأشبهه مالو قال ان حملت نخلتي بعد موتي فهو لفلان ، فحملت بعد موته فانه يستحق حملها ، بعد ملك الورثة لأصلها .

(فصل) اذا وصى بأمة لزوجها الحر فقيلها انفسخ النكاح ، لان النكاح لا يجتمع مع ملك البين وظاهر المذهب ان الموصى له انما ملك الموصى به بالقبول فينفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر انه اذا قبل تبين ان الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين ان النكاح انفسخ من حين موت الموصي فان انت بولد لم يخل من ثلاثة احوال .

وزدت عايتها شهما صارت سبعة فهذا هو النصيب وزدت على أنصبا البنين شهما ونصفا وضربته في ستة صار سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وإنما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء فلم يقل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد ابن الحسن والبحريين يكون بعد الوصية

(فصل) فان قال الا خمس ما بقي من المال بعد النصيب ولا آخر بثلث ما بقي من المال بعد وصية الاول فخذ الجميع خمسة وزد عايتها خمسا تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ شهما وزد عليه خمسة وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصبا البنين واضربها في خمسة تصير تسعة عشر فهي المال ادفع إلى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم فادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثني عشر لكل ابن أربعة وبالجزر خذ مالا والقي منه نصيبا واسترجع منه خمس الباقي بصير معك مال وخمس الا نصيبا وخمسا الق منه ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب تعدل ثلاثة أنصبا أجبر وقابل وابسط يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة، وإن شئت قلت أنصبا البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصير أربعة أنصبا ونصفا ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية أسقطه من النصيب يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية تعدل وصية أجبر وقابل وابسط تصير ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر شهما من

(احدها) ان تكون حاملا حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة اشهر منذ اوصى فالصحيح انه يكون موصى به معها لان للحمل حكماً ولهذا تصح الوصية به وله واذا صححت الوصية به منفرداً صححت به مع امه فيصير كما لو كان مناصلاً فلو وصى بهما جميعاً وفيه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما يثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فملى هذا ان انفصل في حياة الموصى فهو كسائر كسبها، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وان انفصل بعده فهو للموصى .

(الحال الثاني) ان تحمل به بعد الوصية ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة اشهر من حين اوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملته بعدها فلم تتناوله والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا تثبته بالشك فيكون مملوكا للموصى ان ولدته في حياته وإن ولدته بعده وقتلنا للحمل حكم فكذلك وان قلنا لا حكم له فهو للورثة ان ولدته قبل القبول ولا يبه ان ولدته بعده وكل موضع كان الولد للموصى له فانه يعتق عليه بأنه ابنه وعليه ولاء لا يبه لانه عتق عليه بالقرابة وامه امة يتفسخ نكاحها بالملك ولا تصير ام ولد لانها لم تعلق منه بحر في ملكه

الوصية وهي تمتنع بالاثلاث فردها على وقفها بصير سهما يعدل أربعة فالوصية سهم والوصيب أربعة فابسطها تكن أربعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس البقي وهو تسعة أعشار نصيب يتنى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل أعشاراً تكن الانصبا خمسة واربعين والوصية سهم وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية أجبر بصير العشر يعدل وصية وخمسا ابسط بصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون التي منها ستين واستخرج منه خمس المال وهو خمسة وخمسون يبقى له خمسة والآخر ثلثا الباقي نهون ويبقى مئة وثمانون لكل ابن ستون وترجم بالاختصار الى خمسة اود ذلك خمسة وخمسون للوصي الاول سهم وثلثاني ثمانية عشر لكل ابن اثنا عشر وبالجملة تأخذ مالاً تلقى منه نصيباً وتزيد على المال خمسة بصير مالا وخمسا الا نصيباً التي ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الاثني نصيب يعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلاثة اضربها في ثلاثة ليوزل الكسر بصير خمسة وخمسين وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسا ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصبا البنين سهما واضربه في المال يكن ستين وهو المال ، وان كان استثنى خمس البقي وأوصى بثلث المال كله فاعمل كذلك الا أنك تزيد على سهام البنين سهما وخمسا ونضربها تكن ثلاثة وستين ، وان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهما واحداً نصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهو النصيب ثم زدت سهام البنين سهما وخمسا وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع الى الوصي الاول

(الحال الثالث) ان تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة اشهر من حين الموت فان وضعته قبل القبول فهو للوارث في ظاهر المذهب لان الملك انما يثبت للموصي له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له ، وان وضعته بعد القبول فكذلك لان الظاهر ان للحمل حكماً فيكون حادثاً على ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له فعل هذا يكون حراً لا ولاء عليه لانها ام ولد لكونها علقته منه بجر في ملكه فهو كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال ابو حنيفة اذا وضعته بعد موت الموصي ذلك في الوصية بكل حال لانها تستقر بالموت وتنزيم فوجب ان تسرى الى الولد كالاستيلاء

ولنا انها زيادة متفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وكما لو وصى بتق جارية فولدت وبفارق الاستيلاء لان له تفليها وسراية وهذا التقريع فيما اذا خرجت من الثلث وان لم يخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لان ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد لايه فانه يكون له منه ههنا بقدر ما ملك من أمه ويسري العتق الى باقيه إن كان موسراً وان كان معسراً فقد عتق منه ما ملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فانها تصير أم ولد ههنا

أحد عشر وتسنني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعة وتدفع الى صاحب الثلث إحدى وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية واربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهماً وزد عليه خمسة ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة واربعين تكن مائة وإحدى وسبعين منها تصح

(فصل) فان خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم أو أوصى له بشكلة الباك على نصيب أحدهم فيه التمس وحسابها أن تدفع الى الوصي وابن ثلث المال يبقى ثلثه لثلاثة بنين لكل واحد تسعان فعلمت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى تسع الوصي وان وصى لآخر بخمس ما يبقى من المال بعد الوصية الاولى عزات ثلث المال ثم أخذت منه نصيباً ورددته على الثلثين ودفعت الى الوصي الثاني خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب للورثة فاقطع أربعة أخماس نصيب بثلاثين يبقى له ثلاثة وخمسة تعادل ثلثاً وخمسة فنصف المال إذا يعادل ثلاثة أنصباء والمال كله ستة للوصيين والباقي لكل واحد سهم

(طريق آخر) سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسة فرد عليه ربه الوصي الثاني صارت خمسة ثم زد على سهم ابن ما يكل به الثلث وهو سهم آخر فصارت ستة، وان شئت فرخت المال خمسة أسهم ونكلة ودفعت النكلة الى صاحبها وخمس الباقي الى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم، وقد

سواء كان موسراً أو معسراً على قول الحرقى كما إذا استولد الامة المشتركة وقال القاضي يصير منها أم ولد بقدر ما ملك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

(فصل) قال رضي الله عنه (وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم يوص كفضاء الدين والحج والزكاة) لان حق الورثة بعد أداء الدين لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية زواه الترمذي والواجب لحق الله سبحانه بجزلة الدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «دين الله أحق أن يقضى» فان وصى معها تبرع اعتبر الثلث من الباقي فيخرج الواجب أولاً من رأس المال ثم يخرج ثلث الباقي كما تكون تركته أربعين فيوصي بثلث ماله وعليه دين عشرة فتخرج العشرة أولاً وتدفع إلى الموصى له بالثلث عشرة وهي ثلث الباقي بعد الدين

(مسئلة) (وان قال اخرجوا الواجب من ثلثي أخرج من الثلث وتهم من رأس المال على ما قال الموصي كأنه قصد إرفاق ورثته بذلك فان كان معها وصية تبرع فقال القاضي يبدأ بالواجب فان فضل عنه من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع وإن لم يفضله شيء سقط وذلك لان الدين نجيب

علمت أن سهم ابن مع التكلفة ثلث المال وان البقي بعدها الثلثان وهي أربعة أسهم تقابل بهما نصف الأربعة وهي سهمان فتبين أن التكلفة سهم

(فصل) وان أوصى لرجل بثل نصيب أحد بنيه وم ثلثه ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث ولا آخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا فادفع الى الوصي الاول نصيبا وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين الى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب سنة والمال سبعة وعشرون

(فصل) وان ترك ستمائة ووصى لاجنبي بمائة ولا آخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة فان رد الاول وصيته فلا آخر مائة، وان وصى للاول بمائتين والاخر بياقي الثلث فلا شيء. والثاني سواء رد الاول وصيته وأجازها، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة، وقال أهل العراق ان رد الاول فللثاني مائتان في المسألتين

ولنا أن المائتين ليست باقي الثلث ولا تمنه فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قبل الاول، ولو وصى لوارث بثمته ولا آخر بتمام الثلث فلا شيء. والثاني وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا

(فصل) وان أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة وثلثا بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام، وإن زاد على مائة وأجاز الورثة امضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وان ردوا ففيه وجهان (أحدهما) برد كل واحد منهما إلى نصف وصيته لان الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل القصد على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا (والثاني) لا شيء لصاحب

البداء به قبل الميراث والتبرع فاذا عينه في الثلث وجب البداية به وما فضل للتبرع فان لم يفضل شيء سقط لأنه لم يوص له بشيء إلا أن يجيز الورثة فيعطى ما أوصى له به وقال أبو الخطاب يزاحم به أصحاب الوصايا فيحتمل ما قاله القاضي ويحتمل أن يقسم الثلث بين الواجب والتبرع بالحصة فما بقي من الواجب تم من الثلثين فيدخله الدور ويحتاج إلى العمل بطريق الخبر فلو كان المال ثلاثين فالواجب عشرة والوصية عشرة فاجعل تمة الواجب شيئاً يبقى ثلاثون إلا شيئاً فثلاثة عشرة إلا ثلث شيء اقسما بين الواجب والتبرع يحصل للواجب خمسة إلا سدس شيء فاذا أضفت إليها الشيء الذي هو تمة الواجب كان عشرة فاجبر الخمسة من الشيء بسدسه يبقى خمسة أسداس شيء تعدل خمسة فتبين ان الشيء ستة وللوصي الآخر وهو صاحب التبرع أربعة

(فصل) فان كان عليه دين خمسة أيضا عزات تمة الواجب شيء وتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة الا نصف شيء فانقسمه بين الوصايا فيحصل للواجب أربعة الا خمس شيء اضم إليها تتمته يصير شيئاً وأربعة الا خمس شيء يصير عشرة وبعد الجبر تصير أربعة ائحاس تعدل ستة فرد على الستة ربهما تكن سبعة ونصفها تعدل شيئاً فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف ورب

التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصية الآخرين نصفين ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئاً لأنها بما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ومأنت له ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كالأخ من الابوين يزاحم الجد بالأخ من الاب ولا يعطيه شيئاً

(مسئلة) قال (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة

فالثالث بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ولزيد سهمان)

وجعلته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقدمت الباقي على الورثة ، وإن لم يجزوا قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سهامهم في حال الاجازة وقدمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لم ين تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأبي يوسف ومحمد . وقل أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث لأن ما جاوز الثلث باطل فكيف يضرب به ؟ ولنا أنه فاضل بينهما في الوصية فلم يجز التسوية كما أوصى بثلاث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربع مائة وهذا يبطل ما ذكره ، ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فتقسم بينهم على قدر الرصايا كالثالث والرابع وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى ، ففي هذا إذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فلما وصى لهما ثلاثة أرباع المال إن أجاز الورثة ويبقى لهم الربع ، وإن ردوا فالثالث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة ، وإن أجازوا

وبقية للمال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع للدين خمسة أحد وربع إذا ضمت إليه تتمته كل خمسة وللواجب اثنان ونصف بكل تتمته وللهدنة اثنان ونصف ، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكامله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذته من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ففي المسئلة الأولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة وفي المسئلة الثانية حصل للواجب أربعة وبقي له ستة وحصل للدين دينار وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما وذلك تسعة من الورثة نصفها وثلثها وذلك سبعة ونصف ومن صاحب التبرع سدسها دينار ونصفها للواجب منها ثلثها وللدين ثلثها فإن أوصى بالواجب واطلق فهو من رأس المال فيبدأ باخراجه قبل التبرعات والميراث فإن كانت وصية ثم يتبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالتقسيم الذي قبله لأنه إنما يملك الوصية بالثلث .

ولنا إن الواجب من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به وقولهم لا يملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع وأما في الواجبات فلا ينحصر في الثلث

لا تحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الرد في مسألة الاجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الاجازة في مسألة الرد والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الاجازة ، وان أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقيون عليهما أعطيت المجهز سهمه من مسألة الاجازة في مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الاجازة وقسمت الباقي بين الرصيين على ثلاثة ، وان انفقت المسئلتان ضربت وفق إحداهما في الاخرى ومن له سهم من إحدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى ، وان دخلت إحدى المسئلتين في الاخرى اجتزأت بأكثرهما ففي مسألة الخرق هذه إذا كان الورثة أما وثلاث أخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من أربعة : للرصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين ، وان ردوا فللرصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسئلة وهي ستة ونصح من تسعة وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون والآخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الام لهما ورد الباقيون عليهما أعطيت الام سهما في ثلاثة والباقيين خمسة أسهم في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الرصيين على ثلاثة ، وان اجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة والباقي الورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون والآخر ثلاثة عشر

(فصل) اذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة اذا زادت على المال، وان ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك

ولا يتقيد به فان اوصى بالواجب وقرن به الوصية تبرع مثل ان يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (اضحهما) ان الواجب من راس المال لان الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا نمر وآتوا حقه يوم حصاده) والاكل لا يجب والابناء يجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواءهما في محل الاخراج (والثاني) انه من الثلث لانه قرن به ما مخرجه من الثلث والله سبحانه وتعالى اعلم .

(باب الموصى له)

تصح الوصية لكل من يصح تملكه من مسلم وذمي وحربي ومرند، أما صحة الوصية للمسلم والذمي فلا نعلم فيه خلافا وبه قال شريح والشعبي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي قال محمد بن الحنفية في قوله تعالى (إلا أن تعلموا إلى أولياءكم معروفًا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ولان الهبة تصح له فصحت الوصية كالمسلم ونصح وصية الذمي للمسلم لانه اذا صححت وصية المسلم للذمي

السهم ، وهذا قول النخعي ومالك والشافعي ، قال سعيد بن منصور ثنا أبو معاوية ثنا عاصم الثقفي قال قال لي ابراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربيع ماله ؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لا أدري ؟ قال امسك اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلاث مائة وربعمائة ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ، وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية مما يفضل به على من دونه ثم يقتسمون الباقي ان أجازوا وفي الرد لا يضرب لأحدهم بأكثر من اثبات وان نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه ، ومثال ذلك رجل أوصى بثلاثي ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كسنة فيهما زوج وأختان لأب وأختان لام ، وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فيأخذه وهو صاحب النصف بفضلان صاحب اثبات بسدس فيأخذه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم اثلاثا ، ونصح من ستة وثلاثين : لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بثلاثة فالمال بينهما على أربعة إن أجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان يتفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وإن ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا السدس في الاجازة والرد جميعا ، ولو جعل مكان الثلث سدسا لكان لصاحب المال خمسة أسداسه في الاجازة ويقاسم صاحب السدس

فوصية الذمي للمسلم أولى وحكم وصية الذمي حكم وصية المسلم فيما ذكرناه ، وتصح الوصية للحربي وان كان في دار الحرب نص عليه أحمد وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا تصح وهو قول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤم وتفسطوا اليهم) الآية الى قوله (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم) الآية فدل على أن من قاتلنا لا يحل برة

ولنا انه تصح هبة فصحت الوصية له كالذمي وقد روي ان النبي ﷺ اعطى عمر حلة من حرير يقال با رسول الله كموثنيها وقد قلت في حلة تطارد ما قلت فقال « اني لم اعطكها لتلبسها » فكساها عمر خاله مشركا بمكة وعن اسماء بنت ابي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة تعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله أتتني أمي وهي راغبة افاصلها ؟ قال « نعم » وهذان فيما صلة اهل الحرب وبرهم والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانما هي عن توليه لا عن برة والوصية له وان احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على صحة الهبة للحربي والوصية في معناها .

فياخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيجعل لصاحب السدس الثلث سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له في الاجازة وهذا دأبل على فسائ هذا القول لزيادة سهم الموصي له في الرد على حالة الاجازة وهي كان للموصي له حق في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه الى غيره مع ان ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العزل في الفرائض والديون على المفلس وما ذكره لانظير له مع أن فرض الله تعالى لوارث آكد من فرض الموصي ووصيته ثم إن صاحب الفضل في الفرض المفروض لا يتفرد بفضله فكذا في الرصايا

(فصل) وإذا خلف ابنين وأوصى لرجل بماله كله ولا آخر بنصفه فالمل بين الوصيين على ثلاثة ان اجزاء لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصيبين فاذا ضمنت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كمشكلة فيها زوج وأم وثلاث اخوات متفرقات فاذا ردوا فالثالث بينهما على ثلاثة ، وان اجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال الثلثان ولصاحب النصف النصف في احد الوجهين لانه موصى له به وانما منعه اخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فاذا زالت مزاحمته اخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له الا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك انما كان حقا لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخذه الوارثان وان

(مسئلة) (ونصح المرتد كانصح الهبة له) ذكره أبو الخطاب وقال ابن ابي موسى لانصح لان ما سكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ولان ملكه يزول عن ماله برده في قول ابي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية (مسئلة) (ونصح المكاتبه ومديره وأم ولده)

نصح الوصية للمكاتب سواء كان مكاتبه او مكاتب وارثه او مكاتب اجنبي سواء وصي له بمجرد شائع او معين لان وراثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله ولانه يملك المال بالعقد فصحت الوصية له كالحر فان قال ضوعا عن مكاتبه بعض كتابته او بعض ماله وضوعا ماشاوا وان قال ضوعا عنه نجمان نجومه فاهم ان بضوعا اي نجم شاؤا وسواء كانت نجومه متعقبة او متخلفة لتنازل الامله فان قال ضوعا عنه أي نجم شاؤا رجح الى مشيئته لان سيده جعل المشيئة اليه وان قال ضوعا عنه أكثر نجومه وضوعا عنه أكثرها مالا لانه أكبرها قدرا ، وان قال ضوعا عنه أكثر نجومه وضوعا عنه أكثر من نصفها لان أكثر الشيء يزيد على نصفه فان كانت نجومه خمسة وضوعا ثلاثة وان كانت ستة وضوعا اربعة ويحتمل ان ينصرف الى واحد منها ا أكثرها مالا فان كانت نجومه سواء تعين القول الاول فان قال ضوعا عنه اوسط نجومه ولم يكن فيها الاوسط واحد تعين مثل ان تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعادها مفرد فتعين الاوسط في العدد فان كانت خمسة تعين الثالث ، وان كانت

أجاز لصاحب السكك وحده فله ثمانية أنساع على الوجه الأول والتسم للآخر ، وعلى الوجه الثاني ليس له الا الثلاثان اللذان كانا له حال الاجازة لهما والتسمان للورثة فان اجاز احد الابنين لهما دون الآخر فلا شيء للمعجز وللآخر الثلث والثلاثان بين الوصيين على أربعة وان اجاز أحدهما لصاحب المال وحده فلا شيء للتسم والآخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين وفي الآخر له أربعة أنساع والتسم الباقي للمعجز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسم ونصف سدس في أحد الوجهين وفي الآخر يدفع اليه التسم فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان والمعجز تسعان والثالث الذي لم يحجز ونصيب من تسعة وعلى الوجه الأول نصيب من ستة وثلاثين والذي لم يحجز اثنا عشر وللمعجز خمسة واصحاب النصف أحد عشر واصحاب المال ثمانية وذلك لان مسألة الردم من تسعة لصاحب النصف منها سهم ، فلو اجاز له الابن كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا اجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم وثلاثة ارباع سهم فيضرب بخرج الربع في تسعة يكن ستة وثلاثين

هو مسألة قال (واذا أوصى لولد فلان فهو الذكر والانثى بالسوية وان قال لبني فهو للذكور دون الاناث)

أما اذا أوصى لولده أو لولد فلان فانه للذكور والاناث والخنايا والاختلاف في ذلك لان الاسم يشتمل الجميع قال الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وقال تعالى (ما اتخذ الله من ولد) في الذكر والانثى جميعا ، وإن قال ابني أو بني فلان فهو للذكور دون الاناث والخنايا هذا قول الجمهور وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن واسحاق وأبو ثور وهو للذكر والانثى جميعا لانه لو أوصى ابني فلان وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى ، وقال الثوري إن كانوا ذكورا وأناما فهو بينهم وإن كن بنات لا ذكر معن فلا شيء لمن لانه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ الذكر ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين والمشركين

سبعة فالرابع فان كان عددها مزدوجا وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فيتعين وان كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان الى شهر شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية في الذي الى شهرين ، وإن اتفقت هذه المعاني في واحد تعين ، وان كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد بخالف بعضها بعضاً يرجع الى قول الورثة ، وإن اختلفت الورثة والمسكات في ارادة الموصي منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد ، ومتى كان العدد ورأ فأوسطه واحد وان كانت شفا كأربعة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما إذا أوصى بأوسط نجومه ، وان قال ضعوا عنه ما يخف أو ما يشقل أو ما يكتر رجع الى تقدير الورثة لان كل شيء يخف الى حيث ما هو أثقل منه ، ويشقل الى حيث ما هو أخف منه ،

وانا ان لفظ البنين يختص المذكور قال الله تعالى (اصطفى البنات على البنين؟) وقال تعالى (ام اتخذنما مخلوق بنات واصفاكم بالبنين؟) وقال (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال (الماء والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد اخبر انهم لا يشتهون البنات فقال (وبمعملون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون واذا بشر احدكم بالاشي الآية وانما دخلوا في الاسم اذا صاروا قبيلة لان الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا نقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا نقول ذلك اذا انتسبت الى ابيها

(فصل) وان اوصى لبنات فلان دخل فيه الإناث دون غيرهن لانهم فيه خلافا ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لانا لانعلم كونه انثى

(فصل) وان اوصى لولد فلان او لبني فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لواده لصلبه واما اولاد اولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم مثل ان يوصى لولد فلان وليس له الا اولاد اولاده ارقال ولا يعطى ولد البنات شيئا او قال الاولاد فلان ارفضلوا ولد فلان علي غيرهم ونحو ذلك دخلوا لان اللفظ بجنسهم وقرينة صارفة له اليهم فصار كالتصريح بهم وان دلت القرينة على اخراجهم فلاشي لهم وان انتفت القرائن لم يدخلوا في الوصية لان اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب فان قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم لذكركم مثل حظ الانثيين) قلنا انما دخلوا فيه اذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ودخلوا مع الإناث علي انهم انما يرثون ما فضل عن البنات علي ما ذكر تفصيله في الفرائض ولا يمكن ذلك هاهنا فانثني دخولهم ويحتمل ان يدخل ولد البنين في الوصية اذا لم تكن قرينة يخرجهم لانهم دخلوا في اسم الولد في كل موضع ذكره الله تعالى من الارث والحجب وغيره

(فصل) وان وصى لولد فلان او لبني فلان وهم قبيلة كبني هاشم وبني نعيم دخل فيهم المذكور والانثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لان ذلك اسم لقبيلة ذكرها واثاها قال الله تعالى (يا بني آدم - وانذركمنا بني آدم) يريد الجميع وقال (ولقد آتينا بني اسرائيل الكتاب) وروي أن جوارمي من الانصار قلن شعر

نحن جوارم من بني النجار باحبذا محمد من جار

كما قال أصحابنا فيها إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو ثمين أو خفيف ، وان قال ضموا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة وان قال ضموا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة وان قال ضموا أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها وان قال ضموا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع لتناوله اللفظ فان قال ضموا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يضموا عنه الكمل ، لان من للتبعض ومذهب الشافعي علي نحونا ذكرنا في هذا الفصل .

ويقال امرأة من بني هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم لانهم لا ينتسبون الى القبيلة
(فصل) وان اوصى لاخوانه فهو للاناث خاصة وان اوصى لاخوته دخل فيه الذكر والانثى
جميعاً لان الله تعالى قال (وان كانوا إخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له إخوة فلأمه السدس)
وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى ، وان قال لعمومته فالظاهر انه مثل الاخوة يشمل الذكر
والانثى لانهم إخوة أبيه ، وان قال لبني اخوته أو لبني عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا
قبيلة ، والفرق بينهما ان الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا
اللفظ وبنوا الاخوة والعم لم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد ، فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ
البنين دل على ارادة الذكور ، ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني
فلان وقد دلنا عليهما بالحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبنبي العم والاخوة حكم ما ذكرنا في
ولد الولد مع القرينة وعدتها

(فصل) والفاظ الجوع على اربعة اضرب (احدها) مايشمل الذكر والانثى بوضعه كالاولاد
والدربة والعالمين وشبهه (والثاني) موضوع للذكور وبدخل فيه الاناث اذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين
والقانتين والصابرين والصادقين والمؤمنين والمشركين والناسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالواو في
قاموا والناء والميم في قسم وم مفردة وموصولة والكاف والميم في لكم وعليكم ونحوه فهذا متى اجتمع الذكور
وعليه الاناث وغلب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والانثى (الثالث) ضرب يخص الذكر
كالبنين والذكور والرجال والعلمان فلا يدخل فيه الا الذكور (الرابع) لفظ يخص النساء كالنساء
والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائر الموضوعه لمن فلا يتناول غير الاناث

(فصل) وان وصى للارامل فهو للنساء اللاتي فارقن أزواجهن بموت أو غيره . قال احمد في
رواية حرب ، وقد سئل عن رجل اوصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم هو

(مسئلة) (ونصح الوصية لمديره)

لانه بصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد فان لم يخرج من التلت هو والوصية
جميعاً قدم عتقه على الوصية لانه أنفع له ، وقال القاضي يعقق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه .
ولنا أنه وصى لبعده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كولو وصى لبعده القن
بمشاع من ماله .

(مسئلة) (ونصح الوصية لام ولده لانها حرة حين لزوم الوصية)

وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه انه اوصى لامهات اولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ، رواه سعيد
وروي ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال ييمون بن مهران ، والزهرى ، ويحيى الانصاري ،
ومالك ، والشافعي ، واسحق .

للرجال والنساء، والذي يعرف في كلام الناس أن الارامل النساء، وقال الشعبي وإسحاق هو لرجال
والنساء . وأنشد أحدهما

هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لاجحة هذا الارمل الذكر ؟

وقال الآخر

أحب أن أصطاد ظيباً سخبلاً رعى الربيع والشتاء أرملاً

ولنا أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصي إلا عليه . ولأن الارامل جمع
أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر لأن ما يختلف لفظ الذكر والائتي في واحدهم يختلف في جمعه وقد
أنكر ابن الأنباري على قائل القول الآخر وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فإنه لو
كان لفظ الارامل يشمل الذكر والائتي لقال حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ
متى كان للذكر والائتي ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الإناث
علم أنه موضوع لمن على الانفراد وسمي نفسه أرملاً مجازاً تشبيهاً بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر
ويدل على إرادة المجاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن
وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكان قد خص به أهله
العرف النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مفهومة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يثقل بها حكم
كسائر الالفاظ العرفية .

(فصل) فأما لفظة الأيبي فهو كالارامل لأنه لكل امرئ أزواج لما قال الله تعالى (وانكحوا
الايبي منكم) وفي بعض الحديث « أعوذ بالله من بوار الأيم » وقال أصحابنا هو رجال والنساء الذين
لا أزواج لهم لما روي عن سعيد بن المسيب قال آمت حفصة بنت عمر عن زوجها ، وآم عثمان
من رقية وقال الشاعر

فان تنكحي انكح وان تنأجي وإن كنت أنتي منكم أنأم

﴿ مسألة ﴾ (ونصح لعبد غيره) وتكون الوصية لسيدة والقبول من العبد لأن العقد مضاف إليه
أشبهه مالو وهبه شيئاً فإذا قبل ثبت لسيدة لأنه من كسب عبده وكسب العبد للسيد ولا يفتقر في القبول
إلى إذن السيد لأنه كسب من غير إذن سيده كالاختطاب وهذا قول أهل العراق والشافعي ولاصحابه
وجه آخر أنه يفتقر إلى إذن السيد لأنه تصرف العبد فهو كبيعه وشرائه

ولذا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر إلى إذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح

(فصل) وإن وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه تقف على اجازة الورثة وبه قال الشافعي
وأبو حنيفة ، وقال مالك إن كان بشيراً جاز لأن العبد يملك وإنما سيده أخذه من يده فإذا أوصى له
بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده .

وانا أن العرف يخص النساء بهذا الاسم والجماع للاسم العرفي وقول النبي ﷺ «أعوذ بالله من دوار لاجم» إنما أراد به المرأة فاتها التي توصف بهذا وبغيره إزارها
(فصل) والعزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزوبة
وانما عبي عزباً لانفراده وكل شيء انفرد فهو عزب. قال ذو الرمة يصف نورا من الوحش انفرد
بجلو البرازق عن مجلد زلق كأنه متقي يلق عزب

ويحتمل أن يخص العزب بالرجال لانه في العرف كذلك والثيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة قال النبي ﷺ «البكر بالبكر جلد مائة ونقي سنة» والثيب بالثيب الجلد والرجم والنمانس من الرجال والنساء الذي كبير ولم يتزوج، قال قيس بن ذؤيب بن رفاعه الواقفي: «...»
فينا الذي هو ما إن طر شاربه... والعائنون وفيها المراد والثيب...
والكحول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى (ويكلم الناس في المهد وكهلا) قال المفسرون
ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النبات اذا تم وقوي ثم لا يزال كما لا حتى يبلغ خمسين ثم يشيخ
ثم لا يزال شيخاً حتى يموت
(فصل) واذا اوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صبح
وأجزأ الدفع الى واحد منهم وبه قال الشافعي في أحد الوجهين الا أنه قال يدفع الى ثلاثة منهم لانه
أقل الجمع وقال أبو حنيفة لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها لانها يدخل فيها الاغنياء والفقراء
واذا وقمت للاغنياء لم تكن قرابة وانما تكون حقاً لا دمي وحقوق الا دميين اذا دخلت فيها الجمالة
لم تصح كما لو أقر لمجهول

ولنا أنها وصية لعبد وارثه أشبه الوصية بالكثير وما ذكره من ملك العبد ممنوع لا اعتبار به
فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير.

(فصل) واذا وصى بعق أمة على أن لا تزوج ثم مات فقالت لا تزوج عنقت فان تزوجت
بعد ذلك لم تبطل عقبتها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي نور وابن المنذر وأصحاب الرأي لان
العق إذا وقع لم يمكن رفعه فان وصى لام ولده بألف على أن لا تزوج أو على أن تبيت مع ولده ففعلت
وأخذت الألف ثم تزوجت أو تركت ولده فقنها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانه فالت شرط ففعلت
الوصية، وقارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها
صححت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى

(مسئلة) (وتصح ابده بمشاع كثنائه فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيه وان
لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث)

وهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة إلا أنهم قالوا إن لم يخرج من الثلث سقى في قيمة باقيه
(الغني والشرح الكبير) (٦٥) (الجزء السادس)

ولنا أن كل وصية سحت لجماعة محصورين سحت لهم وان لم يكونوا محصورين كالفقراء ، وما ذكروه غير صحيح فان الوصية للاغنياء قرينة وقد نذب النبي ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني وأما جواز الدفم إلى واحد فمبني على الدفم في الزكاة وقد مضى الكلام فيه هناك

﴿مسئلة﴾ قال (والوصية بالحمل وللحمل جائزة اذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكاً بأن يكون رقيقاً أو حل بهيمة مملوكة له لان الفرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فحرمى إعتاق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان انفصل حياً وعلينا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وان لم يكن كذلك لم نصح لجواز حدونه ، ولو قال أوصيت لك بما يحمل جاريتي هذه أو ناتي هذه أو نختلي هذه جاز لما ذكرنا من صحتها مع الفرر ، وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضاً لانها لم ينفى خلافها وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته الى المرص له بغير عوض كانتقاله الى وارثه ، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله

وقال الشافعي الوصية باطلة إلا أن يوصي بعقده لانه أوصى لمال بصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين .

ولنا ان الجزء الشائم يتناول نفسه أو بعضها لانه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحققه لانه بصير حراً فلك الوصية فيصير كأنه قال أعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه ما فضل منه ، وفارق ما إذا وصى له بمعين لانه لا يتداول شيئاً منه على أن لتسا في الاصل المقيس عليه مناعاً .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بمعين ككثوب أو دار أو مائة لم تصح الوصية في قول الاكثريين منهم الثوري وأصحاب الرأي والشافعي واسحاق وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين ان شاء الورثة أجازوا وان شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه ، وفارق ما إذا وصى له بمشاع لما ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ (ونصح الوصية للحمل إذا علم أنه كان موجوداً حين الوصية بان تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين ان لم يكن كذلك في أحد الوجهين) وفي الآخر لأقل من سنتين

لانعلم في صحة الوصية للحمل خلافاً وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

في أولادكم لذكر مثل حظ الاثنيين وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أوسع من الميراث فانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بمخطر وغرر فتصح للحمل كالتعلق فان انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لانه لا يرث ولانه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بيننا من أنه لا يرث ، وان وضعته حياً صحت الوصية له إذا حكمتنا بوجوده حال الوصية تنقل الحرقى إذا أنت به لأقل من ستة أشهر ، وليس ذلك شرطاً في كل حال لكن ان كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها فانت به لستة أشهر فما درن علمنا وجرده حين الوصية وان أنت به لاكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية ، وان كانت بائناً فانت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أنت به لأقل من ذلك صحت الوصية له لان الولد يعلم بوجوده إذا كان لستة أشهر وبمحكم بوجوده إذا أنت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة ، وهذا مذهب الشافعي ، وان وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به وان كان متنياً بالعلان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط في الوصية فأما ان كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد الا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو مجبوراً أو علم الورثة أنه لم يطأها وأفروا بذلك فان أصحابة لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما اذا كان يطؤها لانها لم يفرقا

وذلك لان الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الانسان بعد موته الى الموصي له بغير عوض كاتقاله الى وارثه ، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الاثنيين) وقال سبحانه (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولان الوصية أوسع من الميراث لانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فاذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولان الوصية تتعلق بمخطر وغرر فصحت للحمل كالتعلق فان انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لانه لا يرث ولانه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك ، وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بيننا من أنه لا يرث وان وضعته حياً صحت الوصية له إذا حكمتنا بوجوده حال الوصية بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر ان كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها فانها تعلم بوجوده حين الوصية فان أنت به لاكثر منها لم تصح الوصية لاحتمال حدوثه بعد الوصية ، وان كانت بائناً فانت به لاكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وان أنت به لأقل من ذلك صحت الوصية لان الولد يعلم بوجوده إذا كان لستة أشهر وبمحكم بوجوده إذا أنت به لأقل من أربع سنين من حين

في حقوق النسب ، لزوج والسيد فكانت في حكم من بطؤها ، ويحتمل أنه منى أمت به في هذه الحال
لوقت يقرب على الظن أنه كان موجوداً بحال الوصية مثل أن تضعه لاقبل من غالب مدة الحمل أو
تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت به على وجه يلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث
يحكم لها بكونها حاملاً صحت الوصية له لأنه ثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم وقيل إن ثبتت
أسباب حدوته ظاهره فينبغي أن ثبت له الوصية والحكم بالحلقه بالزوج والابن في هذه الصور إنما
كان احتياطاً للنسب فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً ولا يلزم من إثبات النسب بطلاق الاحتمال
نفي استحقات الوصية فإنه لا يمتنع لابطال الوصية كما يمتنع لإثبات النسب فلا يلزم الحلق ما لا يمتنع
له بما يمتنع مع ظهور ما يثبت ويصحح به من الأدلة في هذا الشأن فإنه لا يمتنع في الوصية
(فصل) وإن وصى بالحمل المرحوم اعتبر وجوده في حمل الأمة بما يعتبر وجود الحمل الموصى به
وإن كان حمل مبهمة اعتبر وجوده بما ثبت به وجوده في سائر الأحكام (فصل) وإذا وصى
بالوصية بما يحتمل هذه الحاربه ثبتت له الوصية ولو كان من غير ذلك لم يمتنع كما نصح
والنا أن الوصية بذلك فلا تصح له المندوم بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده وإن
الوصية أجريت بجزى الميراث ولو مات الإنسان لم يرعه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الوصية
ولو تجدد له مال بعد موته بان يمتنع في شريكه صيد الورثه ورثته ولما لا يمتنع في ورثته إلا من
في دينه وهي تتجدد بعد موته فيجاز إن يملك بالوصية ، فأقول فلو وقف على نفي يمدد أمين ورثته أو

الفرقة وهذا مذهب الشافعي ، وإن وصى بالحمل المرحوم من زوجها أو سيدة صحت الوصية له مع اشتراط
الحلقه به ، فإن كان منفياً بالعمان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشرط في الوصية
فإن كانت المرأة فراساً لزوج أو سيداً إلا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً عرضاً
يمنع الوطء أو كان أسيراً أو مجبوراً أو عظم الورثه أنه لم يطأها أو أفروا بذلك فإن أصحابنا لم يفرقوا
بين هذه الصور وبين ما إذا كان بطؤها لأنها لم يفرقا في حقوق النسب بالزوج والسيد فسكانت في
حكم من يطؤها ، قال شيخنا ويحتمل أنها منى أمت به في هذه الحال أو لوقت يقرب على الظن أنه كان
موجوداً بحال الوصية مثل أن تضعه لاقبل من غالب مدة الحمل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو
أتت به على وجه يقرب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملاً صحت
الوصية له لأنه ثبت له أحكام الحمل في غير هذا الحكم وقد اقتضت أسباب حدوته ظاهره فينبغي أن
ثبت له الوصية والحكم بالحلقه بالزوج والسيد في تلك الصور إنما كان احتياطاً للنسب فإنه يلحق
بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً ولا يلزم من إثبات النسب بطلاق الاحتمال نفي استحقات الوصية فإنه
لا يمتنع لابطال الوصية كما يمتنع لإثبات النسب فلا يلزم الحلق ما لا يمتنع له بما يمتنع مع ظهور ما يثبت

ولد فلان صحح فالوصية أولى لأنها تصح بالمدوم والمجهول بخلاف الوقف، قلنا الوصية أجريت بحري الميراث ولا يحصل الميراث إلا ما يوجد فكذا الوصية والوقف براد للدوام فمن ضرورية إيجابه للمدوم (فصل) وإذا أوصى رجل امرأة فولدت ذكراً وأنى فالوصية لها بالوصية لأن ذلك عطية وهبة فأشبهه بالزوجهما شيئاً بعد ولادتهما، وإن فاضل بينهما فهو على ما قلنا كالوقف، وإن قل إن كان في بطنها غلام فله ديناران وإن كان في جارية فله ديناران غلاماً وجارية فأكمل واحد منهما ما وصى له به لأن الشرط وجد فيه وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته، ولو قال إن كان جملها أو إن كان ماني بطنها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فله دينار فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جيم الحمل ولا كل ما في البطن وهذا قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور

(فصل) وإن أوصى بشجرة أو غلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في زمان كله هذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها مضمومة ولنا أنه يصح تملكها بعد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويتهر خروج ذلك من ثلث المال نص عليه أحمد في سكنى الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها فإن لم يخرج من الثلث أجز منها بقدر الثلث وبهذا قال الشافعي، وقال مالك إذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور

ويصححها، وفيه وجه آخر أنه إذا أمت به لا أكثر من سنتين إذا كانت بائناً لا تثبت له الوصية بناء على أن أكثر مدة الحمل سنتان

مسئلة () وإن وصى بما تحمل هذه المرأة لم يصح

وقال بعض أصحاب الشافعي تصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية ولنا أن الوصية تملك فلا تصح للمدوم بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده ولأن الوصية تجز بحري الميراث ولو مات انسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الوصية، ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط في شبكته صيد لورثه ورثته ولذلك قضينا بنبوت الارث في دينه وهي تجدد بعد موته بخلاف الميراث بالوصية، فإن قبل فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمدوم والمجهول بخلاف الوقف، قلنا الوصية أجريت بحري الميراث ولا يحصل الميراث إلا ما يوجد فكذلك الوصية، والوقف براد للدوام فمن ضرورية إيجابه للمدوم. (فصل) وإذا أوصى رجل امرأة فولدت ذكراً وأنى فالوصية لها بالوصية لأن ذلك عطية وهبة فأشبهه بالزوجهما شيئاً بعد ولادتهما، وإن فاضل بينهما فهو على ما قلنا كالوقف، وإن قال إن كان في

إذا أوصى بخدمة عبده سنة فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فإن أراد الورثة يوم العبد يوم على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان . إذا ثبت هذا فتنى أريد تقويمها فإن كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها ، وإن كانت الوصية مطلقة في زمان كله فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعها جميعاً ويثبت خروجها من الثلث لأن عبداً لا منفعة له وشجراً لأمر له لا قيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فإذا قيل قيمته مائة قيل كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فإذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون

(فصل) وإن أراد الموصى له اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها جازوبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز اجارة المنفعة المدتمحة بالوصية لأنه إنما أوصى له باستيفائه ولنا أنها منفعة ملكها ملكاً تاماً فذلك أخذ العرض عنها بالأعيان كما لو ملكها بالأجارة وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يخرج إلا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجهم إلى أهله . ولنا أنه مالك لمنعه فذلك إخراجهم كالمسأجر (فصل) وإذا أوصى له بشجرة شجرة مدة أو بما يثمر أبداً لم بذلك واحد من الموصى له

بطها غلام فله ديناران وإن كانت فيه جارية فلها دينار فولدت غلاماً وجارية فلكل منهما ما وصى له به لأن الشرط وجد فيه ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال إن كان حملاً أو إن كان مافي بطها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فلها دينار فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي وأبو ثور .

﴿مسئلة﴾ (وإن قتل الوصي الموصى بطلت الوصية وإن جرحه ثم أوصى له فأت من الجرح لم تبطل في ظاهر كلامه وقال أصحابنا في الوصية للقاتل روايتان)

اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد يجوز الوصية له واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فمما الجروح فقال أحمد تعتبر من الثلث قال وهذه وصية لقاتل وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قول الشافعي لأن الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تديره والتدير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأن القتل يمنع المبرات الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية

والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره ، وان اراد احدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منه ، واذا بدست الشجرة كان حطبها للوارث وان وصى له بثمرها سنة بعينها فلم يحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له ، وان قال لك ثمرها اول عام تدمر صرح وثمرتها اول عام تدمر وكذلك اذا وصى له بما يحمل جاريته او شانه ، وان وصى لرجل بشجرة ولا آخر بثمرها صح وكان صاحب الرقبة قائما مقام الوارث وله ماله ، وان وصى له بابن شاة وصرفها صح كما تصح الوصية بثمر الشجرة وان وصى بابنها خاصة او صرفها خاصة صح ويقوم الموصى به دون العين (فصل) فاما نفقة العبد الموصى بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها فيجوز ان تجب على صاحب الرقبة هذا الذي ذكره الشريف ابو جعفر مذهباً لا حده وهو قول ابي ثور وظاهر مذهب الشافعي لان النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكا لو لم يكن له منفعة . قال الشريف ولان الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه ، وبمقتضى ان يجب على صاحب المنفعة وهو قول اصحاب الرأي والاصطخري وهو اصح ان شاء الله لانه يملك نفعه على التأييد فكانت النفقة عليه كالأزواج ولان نفعه له فكان عليه ضره كالمالك لهما جميعاً بحقه ان يجازى النفقة على من لا نفع له ضرر بمجرد فيصير معنى الرقبة أوصيت لك بنعم عبدي وأبقيت على ورثتي ضره وان وصى بنفعه لانسان ولا آخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع بنى هذا بقوله لا ضرر ولا ضرار ، ولذلك جهل الخراج بالضم ان يكون ضره على من له

أولى ، ولان الوصية أجريت مجرى الميراث فمنها ما ينمى وقال أبو الخطاب ان وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي احمد في الموضعين ، وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن ، لان الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما اذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها فانه يبطل ما هو آكد منها ، بحقه ان القتل إنما يمنع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فمعرض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفماً لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضاً وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فانه ربما استعجلها بقتله وفارق القتل قبل الوصية لانه لم يقصده استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصى راض بالوصية له بعد ما صدر منه في حقه وعلى هذا لا فرق بين الخطأ والعمد كما لا تفرق الحال بذلك في الميراث .

(مسألة) (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة أو لجميع الاصناف صح)

لانهم من أبواب البر فصحت لهم كغيرهم ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة قياساً عليها ، لان المطلق من كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أطلق الله تعالى أعطاهم من الزكاة حمل على ذلك كذلك هذا

نفعه ، وقارق المستأجر فان نفعه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن منافعه وقيل تجب نفقة في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها إلى النفقة فصار كما لو صرف اليه شي من ماله سواء

(فصل) وإذا عتق الورثة العبد عتق ومنفعته باقية الموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشي وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان المعتق للرقبة وهو لا يملكها وان هرب صاحب المنفعة منافعته للعبد وأسقطها عنه فلو رثه الانتفاع به لان ما يهرب للعبد يكون لسيده وان اراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ويباع مملوك المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لان ماله المنفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والنبات وقيل يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لان مالك منفعته يجمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض

ولنا انه عبد مملوك تصح الرصبة به فصح بيعه كغيره ولانه يمكنه اعانته ونحصيل ولائه وجره ولاه من ينجر ولاؤه بعنقه بخلاف الحشرات. وان وصى لرجل برقبة عبد ولا آخر بنفعه صح رقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا اقل الثاني وابو ثور واصحاب الرأي

(فصل) واذا وصى لرجل بمنفعة امته فأنت بولد من زوج اوزنا فهو مملوك حكمه حكمه لان الولد ينعم الام في حكمها كولد المسكينة والمدبرة ويجوز ان يكون للمالك الرقبة لان ذلك ليس من التمتع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها وان وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطئ. لصاحب

قال شيخنا واذا وصى لاصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية ، كما لو وصى لثمان قبائل ، والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاختصاص على صنف واحد ان آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية اريد بها بيان من يجب الدفع اليه ، ويجوز الاختصاص من كل صنف على واحد في ظاهر المذهب لانه لا يمكن استيعابهم وحكي هذا عن اصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن انه قال لا يجوز الدفع الى أقل من اثنين ، وعن أحمد رواية ثانية انه لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف حكاهما أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا ذلك وأدلته في الزكاة ولا يجوز الصرف الا الى المستحق من أهل بيته كما ذكرنا في الزكاة (فصل) وإذا وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين وكذلك إن وصى للمساكين دخل فيهم الفقراء لانهم صنف واحد في غير الزكاة الا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل ذلك على أنه أراد الغايرة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداءة بأقارب الموصى كما ذكرنا في الزكاة .

(مسألة) (وإن وصى لكتبة القرآن أو العلم أو لمسجد أو لفرس حبيس يتفق عليه صح لان ذلك قرينة يصح بذل المال فيه ، نصحت الوصية له كالوصية للفقراء فان مات الفرس رد الموصى به

المنفعة عند اصحابنا وعندى انه اصحاب الرقبة لان منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير التوزيع وانما هي تابعة للرقبة فتكون اصحابها ولا يستحق صاحب المنفعة اخذ بدلها وان أنت بولد فهو حر ونجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في احد الوجبين وفي الآخر يشترى بها عبد يقوم مقامه وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة ولو هو الان صاحب المنفعة لا يملك رقبته اولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرها لقول الله عز وجل (الا على ازواجهم او ما ملكت ايمنهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاما لا يامن ان تحبل منه فربما افضى الى اهلاكا وايها وظنها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملاك لكل واحد منهما فيها وولده حر لانه من وطء شبيهة فان كان الواطيء مالك المنفعة لم تصرام ولده لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه، وحكما على ما ذكرنا فيما اذا وطئها غيرها بشبهة، وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت ام ولد له لانها عقلت منه بجر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، واما المهر فعندي انه ان كان الواطيء مالك الرقبة فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعة اذا كان هو الواطيء، وعند اصحابنا واصحاب الشافعي بعكس ذلك فيهما وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطئ لانه لا يملك الا المنفعة فلزمه الحد كالسنة أجر فعلى هذا يكون ولده مملوكا

(فصل) وليس لواحد منهما تزويجها لان مالك المنفعة لا يملك رقبته ومالك الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر لصاحب المنفعة بتزويجها فان طلبت ذلك لم تزويجها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليها بدليل انها او طلبته من سيدها الذي يملك رقبته انفسها اجبر عليه وقدم حقها على حقه وكذلك ان اتى على

أو باقية الى الورثة لانه عين للوصية جهة فاذا قامت عادت الى الورثة كما لو وصى أن يشتري عبد زيد فيعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده أو تعذر شراؤه، وان أنفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبيدين معينين فاشترى أحدهما ومات الآخر قبل شرائه قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها؟ قال لا، انما يعرف الناس السبيل الغزو.

(فصل) اذا قال يخدم عبدي فلان سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة لا أقبل الوصية أو قال قد وهبت الخدمة لم يعتق في الحال وهذا قال الشافعي، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال. ولنا انه أرفع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية

(فصل) وان وصى أن يشتري عبد زيد بخمسةائة فيعتق فلم يبعه سيده فالتسائة للورثة وكذلك ان امتنع عن بيعه بالتسائة أو تعذر شراؤه بموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فالتن للورثة لان الوصية بطلت

تزوجها قبل طلبها جاز ووابها في الموضعين مالك رقبتها لانه مالها كالسكيا والكلام في مهرها وولدها على ما تقدم في الفصل الذي قبله

(فصل) وان قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشتري بها ما يقرم مقام الموصى به لان كل حق تعلق بالعين تعلق بيدها اذا لم يبطل سبب استحقاتها، ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان سبب الاستحقات يبطل بتلفهما ويحتمل ان تجب القيمة للوارث أو مالك الرقبة وتبطل الوصية لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل بالاجارة

(فصل) واذا اوصى لرجل بحب زرعه ولا آخر بذبته صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع احدهما من الاتفاق فها بمنزلة الشريكين في اصل الزرع اذا امتنع احدهما من سقيه والاتفاق عليه في ذلك وجهان (احدهما) يجبر على الاتفاق عليه هذا قول ابي بكر لان في ترك الاتفاق ضرراً عليها واضاعة المال وقد قال النبي ﷺ لا ضرر ولا ضرار، ونهى عن اضاعة المال (والوجه الآخر) لا يجبر لانه لا يجبر على الاتفاق على مال نفسه ولا مال غيره اذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك اذا اجتمعا. واصل الوجهين اذا استهدم الحائط المشترك فدعا احد الشريكين الآخر الى مباناته فامتنع وبنبغي ان تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منها كما لو كانا مشتركين في اصل الزرع

(فصل) وان اوصى له بخاتم ولا آخر بنفسه صح وايسر لو احدهما الانتفاع به الا باذن صاحبه وابهما طلب قاع الفضي من الخاتم اجيب اليه واجبر الآخر عليه وان اتفقا على بيعه أو اصطالحا على ابيه جاز لان الحق لهما لا يهدرها

لتعذر العمل بها فأشبهه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بمده ولم يدع وارثاً ولا يلزم الورثة شراء عبد آخر لان الوصية لمعين فلا تصرف الى غيره فان اشتروه بأقل من ذلك فالباقي للورثة وقال الثوري يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد ارفاقه بالثمن ومحاباته فأشبهه مالو قال يعوه عبيدي بخمسة وقيمته أكثر منها وكما لو وصى أن يحج عنه فلان بخمسة وهي أكثر من أجر المثل وقال اسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كما لو وصى أن يحج عنه بخمسة رد ما فضل في الحج ولنا أنه أمر بشرائه بخمسة فكان ما فضل من الثمن راجعاً اليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما اذا اوصى أن يحج عنه رجل بخمسة لان القصد ثم ارفاق الذي يحج بالفضلة، وفي مستلثنا المقصود العتق، ويفارق ما اذا اوصى أن يحج عنه بخمسة لغير معين لان الوصية ثم للحج مطلقاً تصرف جميعها فيه وهبنا لمعين فلا تتعداه، وقوله انه قصد ارفاق زيد ومحاباته به قلنا ان كان ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائع صديقه أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو كان يعلم حصول العبد بدون الخمسة لقله قيمته فانه يدفع جميع الثمن الى زيد كما لو صرح بذلك فقال ادفعوا اليه جميعها

(فصل) وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها دیناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دینار فله منهم منه لأنه يجوز أن ينهض أجره عن الدينار، وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث فلهم بيع ما زاد عليه وعليهم ترك الثلث فإن كانت غلته دیناراً أو أقل فهو للموصى له وإن كانت أكثر فله دینار والباقي للورثة

(فصل) وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمال الشارد والطيور في الهواء والسماك في الماء لان الوصية اذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى ولان الوصية أجريت بحرى الميراث وهذا يورث فيرصى به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه اخذه اذا خرج من الثلث

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا أوصى بجزارة لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما)

وجملة ذلك أنه انا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى وبهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال جابر ابن زيد والحسن وعطاء وطارس وداود وصيته الآخر منهما لانه وصى لأبني بما وصى به للأول فكان رجوعاً كما لو قال ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولان الثانية تنافي الأولى فاذا أتى بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورثتي

وإن بذله بدونها وإن عدت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد المتق وقد حصل فكان الثمن عائداً الى الورثة كما لو أمره بالشراء في حياته قال شيخنا وهذا الصحيح ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو وصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشترى عبد بالثلث وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لانه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للأموال الشراء بدونه كالوكيل . ولنا أنها وصية يجب تنفيذها اذا احتملها الثلث فاذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعتق عبد فلم يحمله الثلث، وفارق الوكالة فانه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه، ولو وصى اليه باعتاق عبد أعتق منه ما يحتمله الثلث فان حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق ان كان اشتراه بين المال لانا تبيننا أن الشراء باطل لكونه اشترى بمال مستحق للتمراء بغير اذنه وان كان اشتراه في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه لا يرجع به على أحد لان البائع ما غره انما غره الموصي ولا تركته له فيرجع عليها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لان الدين غرمه بتغير الموصي فيرجع به عليه فاذا كان ميتاً لزمه في تركته كارش جنائته

ولنا أنه وصى لها بها فالتوى بها كما لو قال لها وصيت لكما بالجارية وما قالوا عليه صرح فيه بل رجوع عن وصيته لبشر وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك (فصل) وإن وصى بعد لرجل ثم وصى لآخر بثله فهو بينهما أرباعاً راعى قول الآخر بنذفي أن يكون ثلثي ثلثه كما لا وإن وصى بعده لآخر فإحدى وصيته فلا آخر نصه وإن وصى لآخرين بثلثي ماله فرد الوارثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فلا آخر اثباتاً كما لا لأنه وصى له به منفرداً وزيات المزاحمة فكل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلاً عاتلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف معه الموصي له واشتركا في الثلث وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي، وقال أصحاب الرأي لا يشارك المقر له بناءً منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية، وقد ثبت أن النبي ﷺ قضى بشاهد وبين رواه مسلم، وإن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثالث لمن ثبت له البيعة لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بيعة فأقر الوارث أنه أقر لملان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل فالمقر به بينهما وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ولا تعلم فيه مخالفاً، وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه يثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص بحق الأول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بيعة وإن أقر لآخر في المجلس بكلام متصل ففيه وجهان

(فصل) وإن وصى بشراء عين وأطلق أو ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا فإن وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية ويبع كذلك لأن في البيع نفعاً للعبد بالعتق فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد يعتق فلم يبعه سيده، وإن وصى ببيعه لرجل بيمينه بمن معلوم يبيع لأنه قصد إرفاقه بذلك في الغالب وإن لم يسم ثمناً يبع بقيمة ونصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد المعين إلى رجل بيمينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملك واعتاق الرقاب ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبي أن يشتريه بالثمن أو بقيته إن لم يعين الثمن بطلت الوصية

﴿سنة﴾ (وان وصى في أبواب البر فقال شيخنا يصرف في القرب كلها)

لأن اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومته ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل، وقيل عن أحمد تصرف في أربع جهات في الأقارب والمساكين والحج والجهاد، وعنه فداء الأسرى مكان الحج لأن الصدقة على الأقارب صدقة وصلة والمساكين مصارف الصدقات والزكاة والحج والجهاد من أكبر

(أحدهما) لا يقبل لان حق الاول ثبت في الجيم فأشبهه ما لو أقر له في مجلس آخر (وانثاني) يقبل لان المجلس الواحد كالحال الواحدة فان الحرقى قال واذا خلف ابنا وأب درهم فأقر بها لرجل ثم أقر بأب لآخر فان كان في مجلس واحد فالأب بينهما وإن كان في مجلسين فهي للارل ولاشيء لثاني والاول أقر لان حق الاول ثبت في اثبات كمالا لقراره به منفرداً فأشبهه ما لو كان في مجلسين وكما لو أقر بدراهم ثم سكت ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو الى شهر أو كما لو استثنى مما أقر به بكلام منفصل في المجلس

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما أوصيت به لبشر فهو لبيكر كانت لبيكر)

هذا قولهم جميعاً وبه قال الشافعي وأبو نزر وأصحاب الرأي وهو أيضاً على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره ان ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبهه ما لو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبيكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فإنه بمنزلة انه قصد التثريب بينهما وقد ثبتت وصية الاول يقيناً فلا نزول بالشك (فصل) وان قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعاً في القدر الذي وصى به لثاني خاصة وبقيه للاول

(فصل) وأجمع أهل العلم على ان للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالاعتاق والاكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً. روي عن عمر رضي الله عنه انه قال يغيب الرجل

شعائر الاسلام وفداء الاسرى من أعظم القربات، وقد نقل المروزي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء جزء أي الجهاد وجزء يتصدق به في أقاربه وجزء في الحج وقال في رواية أبي داود الفزوي يبدأ به وحكي عنه أنه جعل جزءاً في فداء الاسرى، قال شيخنا وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومته ولانه ربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق فقد تدعو الحاجة الى تكفين ميت واصلاح طريق واعتاق رقبة وقضاء دين واغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجبا وتعباً كأن الله تعالى قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله تعالى فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بنير دليل تحكم لا معنى له

(فصل) وان قال ضع ثلثي حيث أراك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملاً بمقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه الى الفقراء والمساكين، والافضل صرفه الى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع فان لم يكن فالى جيرانه وقال أصحاب الشافعي يجب ذلك لانه رده الى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولنا أنه قد برى غير هذا أهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم ونقل أبو داود عن أحمد

ما شاء من وصيته وبه قال عملاً. وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي بغير منها ما شاء إلا العتق لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتيدير

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهيئة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه، وفارق التديبر فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة

(فصل) وبمحصل الرجوع بقوله رجعت في وصيتي أو أبطأتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي، وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوباً غير مفصل ففصله وابسه أو جارية فأحبها أو ما أشبه هذا فهو رجوع، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنا إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبها أو أولدها أنه يكرز رجوعاً، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ يده بخلاف الهبة

ولنا أنه أزال ملكه عنه فكاز رجوعاً كما لو وهبه، وإن عرضه على البيع أو وصي ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى باعتقه أو دبره كان رجوعاً لأنه يدل على اختياره للرجوع بمرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو اعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى والكتاتبة بيع والتديبر أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له، وإن رهنه كان رجوعاً لأنه علق به

أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محايج فلم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم قائم أحق قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أعطى اخوته وهم فقراء؟ قال نعم هم أحق بمطون خمسين درهما لا يزدادون على ذلك يعني لا يزداد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذي يحصل به التقى

(مسئلة) (وإن وصى أن يحج عنه بألف صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ)

إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال صرف جميع ذلك في الحج إذا حمه الثلث لأنه وصى به في جهة قرينة فوجب صرفه فيها كما لو وصى في سبيل الله تعالى وليس للوصي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لأنه أطلق له التصرف في المعارضة فاقتضى عوض المثل كالتوكيل في البيع ثم لا يخلو أما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصاً فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر نصوص أحمد فإنه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته وهذا قول العنبري وقال القاضي يمان به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري وعن أحمد أنه مخير في ذلك فإنه قال في

حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر انه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لانه لا يزبل الملك فأشبهه أجارته وكذلك الحكم في الكتابة

(فصل) وان وصى بحب ثم طعمه أو بدقيق فعدجه أو بهجين فخرزه أو بمخبز ففتته أو جعله فتينا كان رجوعاً لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وهذا قال الشافعي ، وان وصى بكنان أو قطن ففرله أو بفزل فندسخه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فضررها أو شاة فذبها كان رجوعاً ، وهذا قال أصحاب الرأبي والشافعي في ظاهر مذهبه واختار أبو الخطاب انه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لانه لا يزبل الاسم . ولنا انه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً كائني قبلها ولا يصح قوله انه لا يزبل الاسم فان الثوب لا يسمى غزلاً والغزل لا يسمى كتاناً

(فصل) وان وصى بشي. معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً لانه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه ، فان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعاً لانه يمكن تسليمه ، وان وصى بغيره فح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعاً سواء خلطها بمثله أو بخير منها أو دونها لانه كان مشاعاً وبقي مشاعاً . وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعاً لانه لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله أو دونه

(فصل) واذا حدث بالموصى به ما يزبل اسمه من غير فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتنارله الاسم ، وان كان انهدام الدار لا يزبل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها لان الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع

رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها: أرى أن يؤخذ ذلك ما لها فبعان به في الحج أو يحج به من حيث يبلغ فان كان يفضل عن الحجة دفع في حجة ثانية وثالثة الى أن ينفذ أو يبقى ما لا يبلغ حجة فيحج به من حيث يبلغ أو بعان به في الحج على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستتبع في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنيوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يحل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً فان كان فرضاً أخذ أكثر الامرين من الثلث أو القدر السكاني لحج الفرض ان كان قد أوصى بالثلث فان كان الثلث أكثر أخذ ثم بصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفذ كما ذكرنا من قبل ، وان كان الثلث أقل تم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي واسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحامد بن أبي سليمان واثوري وأبو حنيفة وداود ابن أبي هند ان وصى بالحج من ثلثه والا فليس على ورثته شيء فملى قولهم ان لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا يلزم الوارث كالصلاة

(فصل) رات جرد الوصية لم يكن رجوعا في أحد الزوجين ، وهو قول أبي حنيفة في احدى الروايتين ولانه عمدة فلا يطل بالجرد كسائر العقود (والنائي) يسكون رجوعا لانه بدل على انه لا يريد ابصاله الى المرص له ، وارت غسل اثوب أو ايسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الامة أو زوجها أو عليها أو وطنها لم يكن رجوعا لان ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا بدل على الرجوع ويحتمل أن وط. الامة رجوع لانه يعرضها للخروج عن جواز النقل والاول أولى لانه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفضي اليه يقينا فأشبهه ايس الثرب فانه ربما أتلفه وليس برجوع

(فصل) نقل الحن بن ثواب عن أحمد في رجل قال هذا اثني افلان ويعطى فلان منه مائة في كل شهر الى أن يموت فهو الآخر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فان مات وفضل شي رد الى صاحب الثالث فحكم الوصية وانفاذاها على ما أمر به المرصي

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها)

نص أحمد على هذا في رواية اسحاق بن ابراهيم فقال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها . وروى عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المحتمة حتى يدعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها وبهذا قال الحن وأبو قلابه والشافعي وأبو ثرر وأصحاب الرأي لان الحكم لا يجز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا ههنا

ولنا قول النبي ﷺ « لو كان على أهلك دين أكنت قاضيه ؟ » قال نعم قال « فدين الله أحق أن يقضى » والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولاه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي وان كان تطوعا اخذ الثالث لا غير اذا لم يجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا

(مسألة) (وان وصى ان يحج عنه حجة بألف دفع الكل الى من يحج)

اذا وصى ان يحج عنه حجة واحدة بقدر من المال وكان فيه فضل عما يحج به فهو لمن يحج لانه قصد ارفاقه بذلك فكانه صرح فقال حجوا عني حجة واحدة بألف وما فضل منها فهو لمن يحج

﴿ مسألة ﴾ (فان عينه في الوصية فقال يحج عني فلان بألف صرف ذلك اليه وان لم يعين

فلموصى اليه صرفه الى من شاء)

لانه فوض اليه الاجتهاد الا انه لا يملك صرفها الى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة وان لم يكن فيها فضل جاز لانه لا محابة فيها ثم ينظر فان كان الحج الموصى به تطوعا اعتبر من الثالث وان كان واجبا فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثالث وان لم يف الموصى به بالحج اتم من رأس المال وفيه من الخلاف ما ذكرنا

وأبلغ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهنا أولى ، وقد نص أحمد على هذا في الشهادة ، ووجه قول الخريقي قول النبي ﷺ « مامن امرئ مسلم له شيء يوصي فيه ببيت آيتمن إلا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادته وما ذكرناه في الفصل الاول الذي يلي هذا ، ولأن الرصية يتسامح فيها ولهذا صح تأييدها على الخطر والفرار وصحت للعمل به وبما لا يقدح على تسليبه والمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث

(فصل) وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكى عن أحمد أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوها منه مافية أو يقرأ عليه فيقرأ مافية وهو قول من سمينا في المسئلة الاولى ويحتمل كلام الخريقي جوازه لانه اذا قبل خطه المجرى فهذا أولى ، وعن قول عبد الملك بن يعلى ومكحول ونمير بن ابراهيم ومالك واليث والارزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق

واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمراته في أمر ولايته وأحكامه وصفته ثم ما علمت به الخلفاء الراشدون المهديون بهذه من كتبهم الى ولائهم بالاحكام التي فيها الدماء والفروج والاموال يهترن بها مخترمة لا يعلم حاملها ما فيها وامضوها على وجورها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ولا نعلم أحداً أنكر ذلك دم شهرته وانفشاره في علماء العصر فكان اجراء روجه الاول انه كتاب لا يعلم الشاهد مافية فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي الى

﴿مسئلة﴾ (فان أبي الحج وقال اصرفوا لي الفضل لم يعطه وبطلت الوصية في حقه)

اذا قال المعين ذلك بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن انسان ثقة سواء ويصرف الباقي الى الورثة ويحتمل أن تبطل الوصية ان كان الحج تطوعاً لانه عين لها جهة فاذا لم يقبها بطلت كما لو قال يعوا عبدي لفلان بمائة فأبى شراءه والظاهر أنها لا تبطل لانه قصد القرية والتعيين فاذا بطل التعيين لم تبطل القرية كما لو قال يعوا عبدي لفلان وتصدقوا بئسمة فلم يقبل فلان فانه يباع من غيره ويتصدق بئسمة فان قال المعين اصرفوا لي افضل عن ثقة الحج لانه موصى لي به لم يصرف اليه شيء لانه إنما أوصي له بالزيادة بشرط ان يحج فاذا لم يوجد الشرط لم يستحق شيئاً

(فصل) فاذا قال حجوا عني حجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لا يدفع الى من يحج الا قدر نفقة المثل لما ذكرنا والباقي للورثة وهذا ينبغي على أنه يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي وما بقي للورثة فان تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب أمام الحج وإن قلنا يجوز الاستئجار على الحج فلا يستأجر الا ثقة بأقل ما

التقاضي ، فأما ما ثبت من الوصية بشهادة أو اقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعارجه عنه وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصى به ، بل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الاصل بقاءه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لأنه أحفظ لها وأحوط لها فيها وقد صح أن النبي ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» وروي عن أنس أنه قال : كانوا يكتبون في صدور وصاياهم (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما وصى به فلان أنه يشهد أن لا إله الا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله (وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور) وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب (يا بني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد بن مسعود عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس

وروي عن ابن مسعود أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ذكر ما وصى به عبد الله بن مسعود ان حدثني حادث الموت من مرضي هذا ان مرجع وصيتي الى الله والى رسوله ثم الى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله وانهما في حل وبل فيما وليا وقضيا وأنه لا تزوج امرأة من بنات عبد الله إلا باذنها وروي ابن عبد البر قال كان في رصبة ابي الدرداء (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما وصى به ابو الدرداء انه يشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له وان محمداً عبده ورسوله وان الجنة حق وان

يمكن وما فضل فهو للاجير لانه مالك ما أعطي بمقدار الاجارة وان تلف المال في الطريق بمسد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه اتمام الحج ، وإن قال حجوا عني ولم يقل حججة واحدة لم يحج عنه إلا حججة ولانه أقل ما يقع عليه الاسم فان عين مع هذا فقال يحج عني فلان دفع اليه بقدر نفقته من بلده إذا خرج من اثنتان فان أبي الحج إلا بزيادة تصرف اليه فينبغي أن يصرف اليه أقل قدر يمكن ان يحج به غيره فان ابني الحج وكان واجباً استتيب غيره بأقل ما يمكن استتابته والله اعلم

(فصل) وان وصى ان يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بنهما الثلث ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة امضيت على ما قال الموصي فان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما وصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فالعمرو فان لم يفضل منه شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما وصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمتنع المزاحمة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل انه متى كان في الثلث فضل عن المائة ان يرد كل واحد إلى نصف وصيته لان زيدا ، إنما استحق المائة بالاجارة فمع الرد يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا

النار حق وان الله يبعث من في القبور وانه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا وان هذه وصيته ان لم يغيرها
(مسئلة) قال وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث)

وجهة ذلك ان التبرعات المنجزة كالعتق والهابة والهبة المفبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والنفقة عن الجنابة المرجبة للمال اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لانعلم في هذا خلافاً وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء ، وحكي عن اهل الظاهر في الهبة المتبرعة منها من رأس المال وليس بصحيح لما روي ابو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم » رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على انه ليس له اكثر من الثلث وروي عمران بن حصين ان رجلاً من الانصار اعنى مئة أعبد له في مرضه لامال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فاعتق اثنين وأوق أربعة متفق عليه واذا لم ينفذ العتق مع مرايته فغيره اولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حقوقه لا تتجاوز الثلث كالعطية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت المحرف حكم الوصية في خمسة اشياء (احدها) ان يقف نفوذها على خروجها من الثلث او اجازة الورثة (الثاني) انها لا تصح لو ارث الا باجازة قية الورثة (الثالث)

(فصل) وان وصى لزيد بعبد بعينه ولمعرو ببيعة الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع إلى زيد ودفع إلى ببيعة الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو، وان مات العبد بعد موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون العبد ثم تقوم العبد لو كان حيا فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لمعرو وإلا بطلت وصيته، ولو قال لاحد عبديه أنت مدبر ثم قال لا آخر انت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول بموته فهي كالتي قبلها على ما ذكرنا او رجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك

(مسئلة) (وان وصى لاهل سكتة فهو لاهل دربه)

لان السكة الطريق والدرب مضاف اليه

(مسئلة) (وان وصى لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب)

نص عليه احمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال ابو حنيفة الجار الملاصق لان النبي ﷺ قال « الجار احق بصقبه » يعني الشفعة وإنما ثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة وقال قتادة الجار الدار والداران وروي عن علي عليه السلام في قول النبي ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد قال من سمع النداء وقال سعيد بن عمرو بن جمدة من سمع الإقامة وقال ابو يوسف الجيران اهل الحلة ان جمعهم مسجد فان تفرق اهل الحلة في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وان كانوا عظيمين فكل اهل مسجد جيران واما الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الاخذ

ان فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ولان النبي ﷺ سئل عن افضل الصدقة قال « ان تصدق وانت صحيح صحيح تأمل العني وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الخلقوم قلت افلان كذا وافلان كذا وقد كان افلان » متفق عليه ولغناء قال: قال رجل يارسول الله اي الصدقة افضل؟ (الرابع) انه يزاحم بها الوصايا في الثلث (الخامس) ان خروجها من الثلث معتبر حال الموت لانه لا يملكه ولا بعده وبفارق الوصية في سنة اشيا (اخذها) انها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وان كثرت ولان المنع على الزيادة من الثلث انما كان لحق الورثة لالحق فلم يملك اجازتها ولاردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك اجازتها ولاردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع مشروط بالموت فبقيا قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطي. التبرع فلزمت كالوصية اذا قبلت بعد الموت وقبضت (الثاني) ان قبولها على الفرض في حل حياة المعطي وكذلك ردها، الوصايا لا يحكم لقبولها ولاردها الا بعد الموت لما ذكرنا من ان العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) ان العطية تقتصر الى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق والوصية بخلافه (الرابع) انها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف وزفر الا في العتق فانه حكى عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى وبسري وقنه وينفذ في ملك الذبح فيجب تقديمه

ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة وكما لو تسارى الحقان (الخامس) ان العطايا اذا عجز العتق عن جميعها بدى بالاول فالاول سوا. كان الاول نية أو غيره وبهذا ولنا ما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهذا نص لا يجوز العدول عنه ان صح وان لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف وقال ابو بكر مستدار اربعين داراً من كل جانب والحديث يحمّله (مسئلة) (وان وصى لا قرب قرابته اولا قرب الناس اليه او اقربهم به رحماً لم يدفع بنفسه من غير واسطة والاخ والجد سواء)

لان كل واحد يدلي الى الابد مع وجود الاقرب فان كان له اب وابن فهما سواء، لان كل واحد منها يدلي بالاب من غير واسطة ويحتمل تقديم الابن على الاب لانه يسقط تعصيبه والاولى أولى لان إسقاط تعصيبه لا يمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب مه بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويحتمل تقديم الاخ على الجد لان الاخ يدلي ببنة الاب والجد يدلي بالابوة فهما كالأب والابن والاولى ولا يصح قياس الاخ على الابن لانه لا يسقط تعصيب الجد بخلاف الابن ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن ونال اصحاب الشافعي يقدم ابن الابن على الاب في وجه لانه يسقط تعصيبه ولنا ان الاب يدلي بنفسه وبلي ابته من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بخلاف ابن الابن والاب والام سواء وكذلك الابن والبنت والجد ابو الاب وابو الام وام الاب وام الام كلهم سواء

قال الشافعي وقال ابو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد، وان كانت من اجناس وكانت الهباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينهما وبين العتق ، وإنا كان كذلك لان الهباة حق آدمي على وجه المعارضة فقدمت إذا تقدمت. كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوي بينهما لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوي بينهما كالوصية وقال ابو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم او تأخر

ولنا أنها عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى محاباة عند ابي حنيفة أو عتقا عند صاحبيه ولان العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فاذا كانت خارجة من الثلث لزم في حق الورثة فلو شاركها الثانية لزم ذلك لزومها في حق المعطي لانه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة في حقه وإنا نلزم بالموت في حال واحدة فاستوي بالاستوائها في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة غير صحيح فانها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعارضة أو الدين لما كانت من الثلث فاما ان وقعت دفعة واحدة كأن وكل جماعة في هذه التبرعات فأوقعها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقا أفرعنا بينهما فنكنا العتق كله في بعضهم ، وان كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطايهم لأنهم تساوا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وإنا خولف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين ولان القصد بالعتق بكل الاحكام ولا تنكّل الاحكام الا بتكثير العتق بخلاف غيره ولان في قسمة العتق عليهم إضرراً بالورثة والميت والعبيد على ما بذكر في موضعه، وان وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان (احدهما) يقدم العتق لتأكيده (والثانية) بسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد وذلك لان استحقاقها حصل في حالة واحدة

(السادس) أن الواهب اذا مات قبل تقيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة، إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا والوصية تلزم بالذول بعد الموت بغير رضام

هكذا ذكره شيخنا ويحتمل تقديم ابي الأب على اب الام لانه يسقطه ثم بعد الاولاد اولاد البنين وان سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث وفي اولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الاجداد الاقرب منهم فالاقرب لانهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات ثم ولدن وان سفلوا ولا شيء لولد الاخوات إذا قلنا لا يدخل ولد البنات

﴿مسئلة﴾ (والاخ من الاب والأخ من الأم سواء والأخ من الابوين أحق منها)

الأخ من الأب والأخ من الام سواء لانها على درجة واحدة وكذلك ولداها والأخ من الابوين أحق منها لان له قرابتين فهو أقرب عن له قرابة واحدة

(فصل) والأخ للاب أولى من ابن الأخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا وبستوي العم من الاب والعم من الام وعلى الاحتمال الذي ذكرناه في تقديم ابي الاب على ابي الأم تقديم العم من الاب على العم من الام وكذلك أبنائها وعلى هذا الترتيب ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي إلا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والحالات وهذا القول يخرج

(فصل) إذا قال المريض اذا أعتقت سعداً فسهيد حر ثم أعتق سعدا عتق سعيد أيضاً ان خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يفرع بينهما لوجهين (أحدهما) ان سعداً سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط لعتق سعيد فلورق بعضه لغات إعتق سعيد أيضاً لغوات شرطاً، وإن بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وإن قال ان أعتقت سعداً فسهيد وعمرو حران ثم أعتق سعدا ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وإن خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأفرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقها في حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطاً في عتق الآخر ، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أفرعنا بينهما لتكامل الحرية في أحدهما وحصول التثقيص في الآخر ، وإن قال ان أعتقت سعداً فسهيد حر أو فسهيد وعمرو حران في حال اعتقني سعداً فالسكسوا. لا يختلف لان عتق سعد شرط لعتقهما فلورق بعضه لغات شرط عتقهما فوجب تقديمه ، وإن كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكيم على ما ذكرنا

(فصل) وان قال ان تزوجت فبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فزيادة محاباة معتبرة من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث إلا المحاباة أو العبد فالمحاباة أولى لأنها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطاً في عتقه فقد سبقت عتقه ويحتمل أن يذابوا لان التزويج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحاباة؟ على روايتين وهذا فيما إذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث أو لفارقه إياها في

على مذهب أحمد على الرواية التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليه اسم القرابة فاما على الرواية التي تقول ان اسم القرابة يختص من كان من أولاد الآباء وهي التي اختارها الحنفي فلا تدخل فيه الام ولا أقاربها لان من لم يكن من القرابة لم يكن من أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا تعدوهم فإن وصى جماعة من أقرب الناس إليه أعطي ثلاثة من أقرب الناس إليه فان وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كاخوة فالوصية للجميع لان بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم وان لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كملت من الثانية فان كان في الدرجة الثانية جماعة سوي بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى ، وان لم يكمل من الثانية فن الثالثة فاذا وجد ابن واخ وعم فالوصية بينهم أثلاثاً وكذلك إن كان ابن واخوان وان كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية ويتبني أن يكون الابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فان كان الابن وارثاً سقط حقه من الوصية ان لم يجز له والباقي للاخوة وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كان من يرث في الحال أو يكن وبسوي بين قريبهم وببيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا تصح الوصية لكنيسة ولا يتبارولان لهما والافتاق

حياته اما بموتها او طلاقها او نحوه فاما ان ورثته نبينا أنها غير ثابتة لها إلا باجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدما، وإن قال أنت حر في حال ترد يحمى فتزوج وأصدق أكثر من مهر النبل فعلى القول الاول يتساويان لان الترويج جعل جملة لا يقام العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحاباة لا يبطل الترويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذي ذكرته يكون العتق سابقا لان المحاباة انما ثبتت بتمام الترويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقا على المحاباة فيقدم لهذا المعنى سيما إذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث

(فصل) اذا اعتق المريض شقصا من عبده ثم اعتق شقصا من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين يلفظ باعتاق شقصه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان اعتق الشقصين دفعة واحدة فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورتي باقي العبدين وان لم يخرج الا أحدهما فخرج بينهما، وان خرج عتق الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان (أحدهما) يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما كما او اعتق العبدين فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (والثاني) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لانه أرقم عتقا مشقصا فلم يكمله بخلاف ما اذا اعتق العبدين ولهذا إذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما ولم يقرع بينهما ولم يكمله من أحدهما، ولو أوصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فنخرجت قرعته كل العتق فيه لان المرصى أوصى بتكميل العتق فجري مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالمهبة والميراث عتق وورث المريض اذا

عليها وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وسواء كان الموصي مسلما أو ذميا وقال أصحاب الرأي تصح وأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبني كنيسة وخالفه أصحابه وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة

ولنا أن هذه الافعال محرمة وفماها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بمبده أو مته للفجور ولانها لا تجوز في الحياة فلا تجوز في المات

(مسئلة) (وان وصى لكسب التوراة والانجيل ام تصح)

لانها كذب منسوخة وفيها تبديل والاشغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئا مكتوبا من التوراة وذكر القاضي أنه لو أوصى لحصر البيعة وقتادياها وما شاكل ذلك ولم يقصد اعظامها بذلك صحت الوصية لان الوصية لأهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لهم صحيحة والصحيح أن الوصية لا تصح بهذا لان ذلك انما هو اعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكسبهم ونقل عن أحمد ما يدل على صحة الوصية من الذي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح وان وصى ببناء بيت ليسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

مات وبهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعق ولا يرث لأن عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لأنه لو كان وصية لا يعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق عتق المرهون وصية يعتبر خروجه من الثلث فإن خرج من الثلث عتق وورث وإن لم يخرج من الثلث يسعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد بحدس بقيمة من ميراثه فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه

ولنا إن الوصية هي التبرع بماله به طية أو اتلاف أو اتسبب إلى ذلك ولم يوجد واحد منهما لأن العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره وقبول الهبة ليس بهطية ولا اتلاف لماله وإنما هو تحصيل شيء يتألف بتحصيله فأشبهه بقوله شيء لا يمكنه حفظه أو لما يتألف بقيائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فإنه تضييع لماله في شيء وقال القاضي هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد لأنه قال في مواضع إذا وقف في مرضه على وراثته صح ولم يكن وصية لأن الوثف ليس بمال لأنه لا يباع ولا يورث ، قال الخبري هذا قول أحمد وابن الملقين وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافاً فأما إن اشترى من يعتق عليه فقال القاضي إن حمل الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة وإزالم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما يه من الحرية وباقيه على الرق فإن كان الوارث ممن يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه إذا ورثه وقال أبو يوسف ومحمد لا وصية لو ارث ويحتمس بقيمة من ميراثه فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوثف وصية ، إجازة للوارث فهذا أولى لأن العبد لا يملك رقبته فيجعل

(فصل) ولا تصح الرصية لسكانر بتصحف ولا عبد مسلم لأنه لا يجوز هبتهما له ولا بيعهما منه وإن وصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصى بطلت الوصية وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول وقتلنا إن الملك إنما ثبت حين القبول بطلت لأنه لا يجوز أن يتبدى الملك على مسلم وإن قلنا ثبت الملك بالموت قبل القبول فالوصية صحيحة لانا تتبين أنه أسلم بعد أن ملكه ويحتمل أن لا يصح أيضاً لأنه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنه كابتداء الملك

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح للملك ولا لبيمة ولا لحي)

لأنه تمليك فلم يصح لهم كاهبة ولا تصح أيت لذلك وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن علم أنه ميت صحت الوصية وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لأن النرض نفعها بها فأشبهه ما لو كان حياً .

ولنا أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له لو لم يعلم حاله فلا تصح إذا علم حاله كالبهيمة وفارق الحي فإن الوصية تصح له في الحالين ولأنه عقد يفترق إلى القبول فلم يصح للميت كاهبة

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى لحي وميت يعلم موته فالكل لحي ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف وإن لم يعلم فللحي نصف الموصى به

ذلك وصية له ولا يجوز ان يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية للبايم لانه قد عارض عنه وانما هو كينا، مسجد وقنطرة في انه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك لميراث واختلاف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم اذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا وقيل يعتق ولا يرث لانه لو رثت اصارت وصية لو ارث فتبطل وصيته ويطل عتقه وارثه فيفضي توريثه الى ابطال توريثه فكان ابطال توريثه أولى وقيل على مذهبه شراؤه باطل لان ثمنه وصية والوصية تقف على خروجها من الثلث أو اجازة الورثة، والبيع عنده لا يجوز ان يكون مرفوقا، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنة فقبله وقيمتها مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فانه يعتق وله مائة ولا خيه مائة وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي، قيل على قول الشافعي لا يرث المائتان كلها لابن الحر وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه وان كان قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه وبهذا قول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لانه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لان المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع (الرجل) يعتق أمته على أن تزوجه (والمرأة) تعتق عبدها على أن تزوجها فيما يبين ذلك (والعبد المراهون يعتقه سيده) والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما مجسران ففي هذه المواضع يسرى كل واحد في قيمته وهو حر يرث، وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسرى في ربع قيمته لأخيه وان وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك، وان كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبزي عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة

اذا وصى بثلثه أو بمائة لحي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موته أو لم يعلم، وهذا قول أبي حنيفة واسحق والبصريين وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد اذا قال هذه المائة لفلان وفلان الميت فهي للحي منها، وان قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري على أن نصفها للحي وعن الشافعي كالذهبين وقال أبو الخطاب عندي اذا علمه ميتا فالسك للحي وان لم يعلمه ميتا فللحي النصف وقد نقل عن احمد ما يدل على هذا القول فانه قال في رواية ابن القاسم اذا وصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتا فللحي خمسون، فقيل له أليس اذا قال ثلثي لفلان وللحائط أليس كله لفلان؟ قال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك؟ فعلى هذا متى شرك بين من تصح الوصية له وبين من لا تصح مثل أن يوصي لفلان وللملك أو للحائط أو لفلان وللميت فالوصى به كله لمن تصح الوصية له اذا كان عالما بالحال لانه اذا اشرك بينهما في هذه الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له وان لم يعلم بالحال فلن تصح الوصية له نصفها لانه قصد ايصال نصفها اليه والى الآخر النصف ظنا منه ان الوصية له صحيحة فاذا بطلت الوصية في حق أحدهما صححت في حق الآخر بقسطه كتفرق

وبعض أصحاب مالك . وعلى قول القاضي يعق ثلثين في أحد الوجهين وهو قول مالك ، وفي الآخر يعتمن كاهن لكن وصية من لا وارث له جائزه في جميع ماله في أصح الروايتين ، وإن ترك مالا يخرج من ثلثه عنقن وورثن ، وقال أبو حنيفة إذا اشتراه من أو وهب له ولا مال له سواه من ولا وارث عنقن ونسب كل واحد من الأخت للزب والأخت للام في نصف قيمتها للأخت من الأب والام وإنما لم يرثا لأنها لو ورثا لكان لها خمس الرقاب وذلك رغبة وخمس بينهما نصفين فكان يمتى عليهما سعاية وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لها الوصية وهي رغبة بينهما نصفين ، وأما الأخت للأبوين فإذا ورثت عنقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها ، وقال أبو يوسف ومحمد تبعض ونسب كل واحدة من الأخت للأب والأخت من الأم للأخت من الأبوين في خمس قيمتها لان كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رغبة وعلى قول الشافعي يعتمن

(فصل) وان اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابناً فعلى القول الذي حكاه الخبر يعق كله على المريض وله ولاؤه ، وعلى قول القاضي يعق ثلثه بالوصية ويعق باقيه على الابن لانه جده ويكون ذلك ولانه للمشتري وثلاثة لابنه وهذا قول مالك وقيل هو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يعق ثلثه بالوصية ويسمى الابن في قيمة ثلثه

وقال أبو يوسف ومحمد يعق سدسه لانه ورث ويسمى في خمسة أسداس قيمته الابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي يفسخ البيع الا أن يجيز الابن عنقه ، وقيل يفسخ في ثلثه ويعق في ثلثه وللبايع الخيار لتفرق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لانه مناف فان ترك اثنين سواه عنق كله وورث سدس الاثنين والباقي للابن ، وهذا قال مالك وأبو حنيفة وقيل نحوه على قول الشافعي وقيل على قوله يعق ولا يرث ، وقيل شرأؤه مفسوخ

وقال أبو يوسف ومحمد يرث الأب سدس التركة وهو خمسمائة بخمسة بها من رغبة ، ويسمى في نصف قيمته ولا وصية له ، وان اشترى ابناً بألف لا مال له غيره ومات وخلف أباه عنق كله بالشراء

الصفقة ووجه القول الاول انه جعل الوصية لائنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما أو كما لو لم يعلم الحال ، فاما ان وصى لائنين حين فمات أحدهما فلا خير نصف الوصية لا تعلم في هذا خلافاً ومثله او بطات الوصية في حق أحدهما لرددها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً لانه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه .

(مسئلة) (فان وصى لوارثه واجنبي بثائه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما نصفين) وان وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصيتان

في الوجه الاول ، وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلاثة على جده عند الموت وولاؤه بينهما أذلاً ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الاب . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثه للاب ولا يرث

وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه ، وان ترك ألفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الألفين وللاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : للاب سدس التركة خمسمائة وباقها للأب يعتق منها ويأخذ ألفاً وخمسمائة ، وان خلب مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الأول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الاصل ، وعلى الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فان لم يخلف المشتري أباً حراً ولكن خلف أخاً حراً ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ذلك على الثاني ويرث الاخ ثلثه ثم يعتق عليه . وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثه . وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وان خلف ألفين سواء عتق وورث ألفين ولا شيء . للاخ في الأقوال كلها الا ما قيل على قول الشافعي انه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنيه بألف لا يملك غيره وقيمة ثلثه الف وخالف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حابه به ولم يبق من التركة سواء فيكون له ثلثه وهو ثلث ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثه فيعتق عليه وللأب ثلث المضافة ويرد ثلثها فيكون ميراثاً

لها وان ردوا بطلت وصية الوارث في المسئلتين وللأجنبي السدس في الاولى والمعين الموصى له به في الثانية وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وغيرهم

﴿مسألة﴾ (وان وصى لها بثاني ماله وأجاز الورثة لها جازت وان عينوا نصيب الوارث بالرد وحده

فللأجنبي الثلث كاملاً)

لأنهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له وان أبطوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدها فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس وهذا الذي ذكره القاضي هو قول مالك والشافعي لان الوارث يزاحم الأجنبي اذا أجاز الورثة الوصيين فيكون لكل واحد منهما الثلث فاذا أبطوا نصفها بالرد كان البطلان راجعاً إليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد ، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي وحي نحوه عن أبي حنيفة لأنهم لا يقدر على إبطال الثلث فما دون اذا كان لأجنبي ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا ابطال ما زاد على السدس فان صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه من وصيتكما أو قالوا ورددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك أكد

وقال أبو حنيفة الثلث للبائع وبسعى المشتري في قيمته لاختيه وقال أبو يوسف ومحمد يبي في نصف رقبته ويرث نصفها ، وقال الشافعي المحاباة مقدمة لتقدمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه وقبل يفسخ البيع في ثنيه ويعتق ثنيه ، ولا تقدم المحاباة لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده ، وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلث الاف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أسباع ألف فتكون بين الابن وعلى الوجه الآخر بحتمل وجهين (أحدهما) تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الاف فيكون بينهما (والثاني) أن يعتق ثنيه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أسباعها كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالمحابة الثلث ويرد الثلث وبسعى الابن في قيمته لاختيه وفي قول أبي يوسف ومحمد يرث البائع ثلث الاف فيكون الابن الحر ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث وقيل على قول الشافعي يرث البائع ثلث الاف فيكون ذلك مع الابن المشتري لحره وقبل غير ذلك ، وإن اشترى بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقية على أخيه الا في قول الشافعي ومن وافته فان الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن

في جمل السدس لكل واحد منها لتصرفهم به وان قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا وصية الاجنبي فهو على ما قالوا لان لهم أن يجيزوا لها وان يردوا عليها فكان لهم أن يجيزوا الاحدها ويردوا على الآخر ، وان أجازوا للاجنبي جميع وصيته ورددوا على الوارث نصف وديته جاز كما قلنا وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه فان ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لان لهم أن يجيزوا الثلث لها فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منها نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ما كان له في حالة الاجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للاجنبي لانه إنما ينقص منه بمزاحمة الوارث فاذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث عليه لانه قد أوصى له به

﴿مسئلة﴾ (ولو وصى بماله لابنيه وأجنبي فردوا وصية الوارث فهو على ما قال وان أجازوا

للوارث فالثلث بينهما)

لان الوصية تتعلق بالشرط ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فان مات قبلي فهو لفلان صح فان وصى لوارثه فأجاز بعض باقي الوتة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز وحده وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا وان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردوها فهو على ما فعلوا من ذلك فلو خلف ثلاثة بنين وعبد لا يملك غيره فوصى به لاحدم أو وهبه إياه في مرض موته فأجاز له أخواه فهو له وان أجاز أحدها وحده فله ثلثاه وان أجاز له نصف العبد فله نصفه ولها نصفه وان أجاز أحدها له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف الثلث بنصيبه والسدس من نصيب الحيز ، وان أجاز كل واحد منها له نصف نصيبه كمل له الثلثان وان أجاز له

وذلك نسما رقبة لانه يجمل ثمنه من الثالث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثه وقيل في جميعه، وقال أبو حنيفة يسعى لأخيه في قيمة ثلثه

وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فان ترك ألفين سواء عتق كله لان التركة هي الثمن مع الألفين والثمن يخرج من الثالث فيعتق ويرث نصف الألفين وهو قول الشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الألفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منا قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لأخيه في الألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لأخيه في خمسة أسداس الألفان لأخيه في قولهم جميعا، ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منها ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاة فان قياس قول القاضي ان شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أسداسه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لانه يسير بالأعتاق وارثا لثلثي التركة فننفذ اجازته في اعتناق باقيه فتكفل له الحربة ثم بكل الميراث له وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث

أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلثه أو باع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد وان وصى بالعبد لثنتين منهما فلثالث أن يجيز لها أو يردها أو يجيز لها بعض نصيبها ان شاء منساو أو ان شاء متفاضلا أو يردها على أحدها أو يجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لأحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيف شاء فعل فيه **﴿مسئلة﴾** (وان وصى لزيد والفقراء والمساكين بثلثه فلزيد التسم)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد، وعن محمد لزيد الخمس والفقراء الخمسان وللمساكين الخمسان لان أقل الجمع اثنان ولاصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) كقولنا (والثاني) له السبع لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا سبعة

ولنا أنه وصى لثلاث جهات فوجب أن يقسم بينهم بالسوية كما لو وصى لزيد وعمرو وخالد وان كان زيد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واستحاق لان عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهم اذ الظاهر بين المعطوف والمعطوف عليه المغايرة ولان تجوز ذلك يفضي الى تجوز دفع نصيب المساكين كله اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فهي كالتالي قبلها ويحتمل أن يكون كأحدهم لانه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساوا فيه كما لو قال هذا لكم

لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل ارضه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا قول المشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للولى وقال ابو حنيفة يمتق ثلثا المعتق وبسعي في قيمة ثلثه ولا يرث وقال ابو يوسف ومحمد يمتق كله ويمتق عليه اخوه بالهبة ويكونان احق بالميراث من المولى فان كان له بيت مال سواهما اخذا ذلك المال بالميراث وبغرم بالمعتق لاخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لان عتق الاول وصية له ولا وصية لو ارث وقد صار وارث مع اخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة اخيه وورث اخوه الباقي وكان اخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يمتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالمعتق الذي جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لاخيه واما قول ابو حنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا وغرم الاول لاخيه نصف قيمته اخيه ولم يغرّم له نصف قيمته نفسه لانه اذا لم يدع وارثا جازت وصيته لانه لا يرثان ولا يعنفان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحدهما ولم يمتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية ليصبر حراً فيعتق اخوه بعنقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لان الميت اذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله وبرثان جميعا ويرجع الثاني على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت انا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية وعنتت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فان كان معسر او هناك مال غيرهما اخذ اثنائي نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميراثاً لاخيه الاول

باب الموصى به

تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالأبق والشارد والطيخ في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع لان الوصية اذا صححت بالمعدوم فيغيره أولى ولانها أجريت بحري الميراث وهذا يورث فيوصى به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه اذا خرج من الثلث .

(فصل) وتصح بالحمل اذا كان مملوكاً بان يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة لان الفرر والحطير لا يمنح صحة الوصية فحري مجرى اعتناق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان خرج حياً وعلمنا بوجوده حال الوصية أو حكنا بوجوده صححت الوصية وان لم يكن كذلك لم يصح لجواز حدوثه

(مسئلة) (وتصح بالمعدوم)

فلو قال أوصيت لك بما تحمله جاريتي هذه أو ناقتي هذا أو نخلتني هذه صح ما ذكرنا من صحتهما مع الفرر سواء وصى بما تحمله أبدأ أو مدة بسينها لان المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية فان حصل منه شيء والا بطلت وصيته لان الموصى به عدم فبطلت الوصية به كالوهوب اذا عدم لان الوصية كالهبة وان وصى له بمائة لا يملكها صح فان قدر عليها عند الموت أو على شيء منها والابطلت لما ذكرنا في المسئلة قبلها

(مسئلة) (وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال كاليلكب والزيت والتجس)

(فصل) وإذا كان للمريض ثلاثاً ألفاً تبرع بألف ثم اشترى أباه مما بقي وله ابن فعلى قول من قال ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فلاب سده وباقيه للابن ، على قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق اب لان تبرع المريض انما ينفذ في الثلث ويقدم الاول فالاول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه انما يعتق بعد الموت ، وان وهب له أبوه يعتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه في حق العبي والمجنون فأولى أن لا ينفذ بالقول

(فصل) وإن ملك المريض من برثه ممن لا يعتق عليه كان عمه فأعتقه في مرضه كان اعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبي ﷺ أقرع بين العبيد الذين أعتقهم مالكم عند موته ولم يكن له مال سواهم فاعتبر عتقهم من الثلث ، فعلى هذا يعتبر خزوج المعتق من الثلث فان خرج من الثلث عتق ولم يرث ذكره أبو الخطاب في مرض ملك ابن عمه في مرضه فأقر بأنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان إقراره لو ارث فلا يقبل فيؤدي ترثه إلى ابطال عتقه ثم يطل ميراثه

تصح الوصية بالكلب المباح اقتناؤه ككلب الصيد والماشية والحرب لان فيه نفعاً مباحاً وتقر البدعيه والوصية تبرع فصحت في المال وفي غير المال كالهبة ، وإن كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلباً من كلابي أو من مالي لانه لا يصح شراء الكلب لانه لا قيمة له بخلاف ما اذا أوصى له بشاة ولاشاة له فانه يمكن تحصيلها بالشراء فان كان له كلب ولا مال له سواء فله ثلثه وإن كان له مال سواء فقد قيل للموصى له جميع الكلب وإن قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به

(فصل) وان وصى لرجل بكلابه ولا آخر بثلث ماله فلموصى له بالثلث الثلث للموصى له بالكلاب ثلثها وجهاً واحداً لان ما حصل الورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوس بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي ان يقرع بينهم وان وصى له بكلاب وله كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرب فله واحد منها بالقرعة او ما احب الورثة على الرواية الاخرى وان كان له كلب يباح اتخاذه وكلب هراس فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا إلا انه يجعل للموصى له بكلب ما احب الورثة دفنه اليه ولا تصح الوصية بالجر والصغير في احد الوجهين وتصح في الآخر بناء على جواز اقتنائه وترثه للصيد وقد سبق ذلك في كتاب البيع

فكان اعتاقه من غير تورث أولي ومقتضى قول القاضي أنه يعتق ويرث لأنه حر حين موت موروثه ليس بقائل ولا مخالف لدينه ويرث كما لو ورثه وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول الاول وعلى قول القاضي ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرية على ما يذكر في المعتق بعضه (فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واستقاطه كإرش الجنابة وجناية عبده وما عارض عليه بمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لانعلم فيه خلافا وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية بسنتعها كثيرة الثمن بمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لأنه صرف لماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه اقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الدينون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها فبها وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقوقهم تعلقت بماله بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها (والثاني) أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول احمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجبا عليه فصح كولو اشترى شيئا فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثيابا من ثمنه صح

(فصل) فاما الزيت النجس فان قلنا بجواز الاستصباح به فهو كالسكب الذي يباح اتخاذه وان قلنا لا يجوز لم تصح الوصية لانه ليس فيه نفع مباح أشبه الخنزير (فصل) ولا تصح الوصية بالخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للصيد كالاسد والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح بشيء ليس فيه منفعة مباحة من غيرها كالخمر والمبته ونحوهما لان الوصية تملك فلا تصح بذلك كالهبة ولان ذلك محرم فلا تصح الوصية به كالخنزير

(مسئلة) (وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة لان الوصية تصح بالمعدوم فالمجهول بطريق الاولى ولان المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به كالعالموم ويعطيه الورثة ما شاءوا وما يقع عليه الاسم لانه اليقين كما لو أقر له بعبد فان لم يكن له عبيد اشترى له ما سمي عبداً وان كان له عبيد اعطاه الورثة ما شاءوا لما ذكرنا وقال القاضي يعطيه الورثة ما شاءوا من ذكر أو أنثى قال شيخنا والصحيح هندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فان الله تعالى فرق بين البيد والاماء بقوله سبحانه (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف ينابر المعطوف عليه ظاهراً ولانه في العرف كذلك فانه لا يفهم من اطلاق اسم العبد إلا الذكر فانه او وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة وان وصى له بأمة لم يكن له أن يعطيه إلا أنثى وليس له أن يعطيه حنتى مشكلا لانه لا يعلم كونه

ولو وصى بتكفينه في ثياب مشتمة لم يصح يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمانه، وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذا لا أثر لتراخيه

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد إلى الرق وهذا لأن الحق يثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره

(فصل) ويثبت في المريض الذي هذه أحكامه شرطان (أحدهما) أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لأنه ليس بمرض الموت (الثاني) أن يكون مخوفاً بالأمراض على أربعة أقسام (غير مخوف) مثل وجع العين والضرس والصداع البسير وحى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه في العادة

[الضرب الثاني] الأمراض الممتدة كالجدام وحى الربع والفالج في أزمانه والسيل في ابتدائه والحى الغب، فهذا الضرب أن أضى صاحبها على فراشه فهي مخوفة وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجي، فعطايه من جميع المال. قال القاضي: هذا لتحقيق انه ذهب فيه، وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمنلوج من الثلث وهو محمول على انها صاراً صاحب فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري

ذكر أ ولا أنى وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت بينه دخل في وصيته الذكر والانثى والحشى .

(مسئلة) فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة في العرف اسم للانثى والبعير والثور اسم للذكر غلب العرف

في اختيار شيخنا لان الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه ولا يريد إلا ما يفهمه أهل بلده وقال أصحابنا تغاب الحقيقة ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله . فعلى هذا إذا أوصى له بشاة يتناول الضأن والمعز قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والانثى لان اسم الشاة يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار وقال شيخنا لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في عرفهم في بلد يتناول ذلك ، فاما من لا يتناول عرفهم إلا الاناث فان وصيته لا تتناول إلا ما يسمى في عرفهم لما ذكرناه والكباش الذكور الكبار من الضأن والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المعز فان وصى بعشرة من النعم تناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصى بجمل فهو الذكر وان وصى بناقة فهي الانثى وان قال عشرة من إبلتي وقع على الذكر والانثى جميعاً ويحتمل أنه إن قال عشرة بالهاء فهي للذكور وان قال عشر فبوللانات وكذلك الغنم لان العدد في العشرة من الثلاثة إلى العشرة الذكور بالها وللمؤنث بغيرها قال الله تعالى (سخرها

ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور ، وذكر أبو بكر وجهان في صاحب الامراض الممتدة ان عظيمته من صاحب المال وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ فهو كالمهرم ولنا انه مريض صاحب فراش يخشى اللف فأشبهه صاحب الحى الدائمة ، وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كمثلنا

[الضرب الثالث] من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أيدت حسوته فهذا لاحكم لكلامه ولا لهطيته لانه لا يبقى له عقل ثابت وان كان ثابت العقل كن خرقت حسوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح نصرته وتبرعه وكان تبرعه من الثالث فان عمر رضي الله عنه خرقت حسوته فقبلت وصيته ولم يختلف في ذلك ، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم بيطان قوله

(الضرب الرابع) مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كالمهرسام وهو بخار يرتق إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل والحى الصالب والرعاف الدائم لانه يصح في الدم فيذهب القوة ، وذات الجنب وهو قرح يبطن الجنب ، ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، والقولنج وهو أن يتعقد الطمام في بعض الامعاء ولا ينزل عنه ، فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حى أو لم يكن وهي مع الحى أشد خوفاً ، فان تاورده الدم واجتمع في عضو كان مخوفاً لانه من

عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان وصى بغير فقيه وجهان (أحدهما) هو الذكر وحده لانه في العرف اسم له (والثاني) هو الذكر والانثى لانه يتناولها جميعاً في لسان العرب فيقول حابت البعير يريد الناقة ، والجل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك الفلوص والبعير كالانسان وان وصى له بثور فهو ذكر وان وصى ببقرة فهي أنثى

(مسئلة) (والدابة اسم للذكر والانثى من الخيل والبغال والحمير)

لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك فان قرن به ما بصرفه إلى أحدها كقوله دابة يقاتل عليها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر وان وصى له بحمار فهو ذكر والاتان انثى وان وصى بحصان فهو ذكر والفرس يتناول الذكر والانثى

(مسئلة) (وان وصى له بغير معين كعبد من عبده صح ويعطيه الورثة ما شاءوا)

الوصية بغير معين كعبد من عبده وشاة من غنمه صحيحة وقد ذكر ناصحة الوصية بالمجهول فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي واسحاق ، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة اختارها الخرقى ونقل ابن منصور أنه يعطى أحدهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا وهو قول الشافعي وقال مالك قولاً يقتضي أنه إذا وصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم وان كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا وصى بعشر من ابله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك ، والصحيح ان

الحرارة المفرطة ، وان هاجت به الصفراء فهي مخوفة لأنها تورث يوسة وكذلك البيلغم إذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الفريزية فطفتها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة الا انه يكون في جيم البدن ، وأما الاسهال فان كان منخرقا لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أمرع في هلاكه ، وان لم يكن منخرقا لكنه يكون تارة وينقطع أخرى فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقطيع كأن يخرج متقطعا فانه يكون مخوفا لان ذلك يذهب ، وان دام الاسهال فهو مخوف سوا . كان معه زحير أو لم يكن ، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الاطباء . لانهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل الا قول طبيين مسلمين ثقتين بالعين لان ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا لم يقبل فيه إلا ذلك ، وقياس قول الحرقي انه يقبل قول الطيب العدل إذا لم يقدر على طبيين كما ذكرنا في باب الدعوى ، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياا صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضي الله عناه فانه لما جرح سقاء الطيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطيب : اعد الى الناس ، فهد اليمم ورعى فاتفق الصحابة على قبول عهد . ووصيته ، وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد الى عمر فنفذ عهده

شاه الله تعالى أنه يعطى عشرة بالعدة لانه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقضى فلا يعدل عنه لكن يعطى واحدا بالقرعة لانه يستحق واحدا غير معين وليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كما أو أعتق واحدا منهم وعلى مانقله ابن منصور يعطيه الورثة ما شاءوا من صحيح أو معيب جيد أو ردي . لانه يتناوله اسم العبد فاجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يصفه إلى عبيده

﴿مسئلة﴾ (وان لم يكن له عبيد لم تصح الوصية في أحد الوجين)

لانه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له وهذا أحد الوجين ، فان اشترى قبل موته عبيدا احتمل أن لا تصح الوصية لانه وقعت باطلا فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئا ، ولان الوصية تقتضي عبدا من الموجودين حال الوصية ، وقد روى ابن منصور عن أحمد بن قال في مرضه أعطوا فلانا من كيسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء يعطى مائة درهم فلم يبطل الوصية لانه قصد اعطاء مائة درهم وظننها في الكيس فاذا لم يكن له في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده اذا لم يكن له عبيد يشتري له عبد ويطاه وهذا الوجه الثاني ووجهه أنه لما تعذرت العفة بقي أصل الوصية فأشبه ما لو وصى له بألف لا بما كذا ثم ملكه

﴿مسئلة﴾ (فان كان له عبيد فأتوا إلا واحدا تعينت الوصية فيه وكذلك ان لم يكن له إلا عبد واحد لتعذر تسليم الباقي ، وان تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها إنما تلزم بالموت ولا عبيد له حينئذ ، وان تلفوا بعد موته بغير تقرير من الورثة بطلت أيضا لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، وان قتلهم قاتل للموصي له قيمة أحدهم مبنيا على

(مسئلة) قال (وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر)

يعني عطيتها من الثلث وهذا قول مالك وقال اسحاق اذا انفكت لا يجرز لها الا الثلث ولم يجد وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة : عطية الحامل من الثلث . وقال أبو الخطاب عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المحاض فاذا ضربها المحاض فعطيتها من الثلث وبهذا قال النخعي ومكحول ومجيب الانصاري والاوزاعي واثوري والزهري وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنها قبل ضرب المحاض لا تخاف الموت ولأنها انما تخاف الموت اذا ضربها الطاق فأشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فرائض ، وقال الحسن والزهري : عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ، ووجه قول الحرقى ان ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف ، والصحيح ان شاء الله أنها اذا ضربها الطاق كان مخوفاً لانه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الامراض المخوفة ، وأما قبل ذلك فلا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله . بعيد مع عدمه كالصحيح فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف ، وإن مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضرب بان شديد فهو مخوف وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي

الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة إما قيمة أحدهم بالقرعة أو قيمة من يختاره الورثة لانه بدل عما وجب له .

(مسئلة) (وان وصى له بقوس وله أقواس للرمي والبندق والندف فله قوس النشاب لانه أظهرها إلا أن يقتن به قرينة تصرفه إلى غيره وعند أبي الخطاب له أحدهم بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده) إذا وصى له بقوس صحت الوصية لان فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو الرمي أو قوس مجرى أو قوس جرح أو ندف أو بندق فان لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القوس تعينت الوصية فيه وان كانت له جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرفه إلى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوس يندف به أو يتعمش به أو نحو ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف وان قال قوس ينزو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وان كان الموصى له ندافا لاعادة له بالرمي أو بندقانياً لاعادة له بالرمي بشيء سواء أو يرمي بقوس غيره ولا يرمي بسواء انصرف الوصية إلى القوس الذي يستعمله عادة لان ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالاتفاق به فان انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أنه يأخذ أحدها بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده أو يعطيه الورثة ما يختارونه لان اللفظ يتناول جميعها . قال شيخنا والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ، ولا البندق ولا العربية في بلد لا عادة لهم بالرمي بها ، وهذا مذهب الشافعي ، إلا أنه لم يذكر العربية ،

عن أحمد في النفساء ان كانت ترى الدم فمطيتها من اثنتي عشرة ويحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم لزومه لذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها اذا كانت ترى الدم كانت كالربض وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام ، وإن أسقطت مضفة أو علقه فلا حكم له الا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بخوف

(نصل) ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة ، وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفتحتين في الدين أو مترقبين وبه قال مالك والاوزاعي والثوري ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (أحدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بخوف لانه ليس بمرض

ولنا أن توقع التاف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يالحق به ولأن المرض إنما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك ، قال أحمد اذا حضر القتال كان عنقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وتسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ولكونها عند الموت ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله لكن

ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها اسم القوس في المادة من غير أهلها حتى يضيفها فيقول قوس القطن أو الندف أو البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخاطر بيال الموصي غالباً ويعطى القوس معمولاً لانها لا تسمى قوساً إلا كذلك ، ولا يستحق ورثها لان الاسم يقع عليها دونه ، وفيه وجه آخر أنه يعطاها بورثها لانها لا ينتفع بها إلا به فكان كجزء من أجزائها .

(مسئلة) (وإن وصي له بطل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطل طه لا يصلح إلا لله ولم تصح لعدم المنفعة المباحة، فإن كان إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة، فإن كان يصلح لها صحت الوصية به لان المنفعة به قائمة، وإن وصي له بطل وأطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى الطبل المباح فإن كان له طبول تصح الوصية بجميعها فله أحدها بالقرعة أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين . وإن وصي بدف صحت الوصية به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اعدوا التكاح واضربوا عليه بالدف » ولا تصح الوصية بزمارة ولا طنبور ولا عود لانهما محرمة وسواء كانت فيها الاوتار أو لم تكن لانها ميسأة لفعل المصيبة فأشبهه مالو كانت فيه الاوتار .

(مسئلة) (وتنفذ الوصية فيما علم من ماله أو لم يعلم)

وقال مالك لا تنفذ الا فيما علم ، وحكي ذلك عن ابان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك

يقف الزائد على اثبات على اجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف الخائف واحد (الثانية) اذا قدم ليقبل فهي حالة خوف سواء أريد قتله لاقتصاص أو لغيره ولشأنه فيه قولان (أحدهما) أنه مخوف (والثاني) ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه

ولنا أن التهديد بالتل جعل اكرهاها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم ثبتت هذه الاحكام واذا حكم للمرض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبتاً لهذا الحكم لانه بل لخوف افضائه إلى التلف ثبت الحكم ههنا بطريق التنبه لظهور الخائف

(الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكناً فليس بمخوف وإن توج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فان الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه (هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءهم ربيع عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين انهم أنجيتنا من هذه لكونن من الشاكرين)

(الرابعة) الاسير والمخوس اذا كان من عادته القتل فهو خائف عطية من اثبات وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ابي وأحد قولي الشافعي ، وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية: ليس له من ماله لا الثلث ، وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق وبه قال الزهري

إلا في المدبر فانه يدخل في كل شيء .

ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم ولان الوصية بجزء من ماله لفظ عام فيدخل فيه ما لم يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلته

﴿ مسألة ﴾ (وإن وصي بثلته فاستحدث ما لا دخل ثلثه في الوصية)

في قول أ كثر أهل العلم ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد في أنه يعتبر ثلث الجميع وعن قال ذلك التخمي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه من ماله برته ورثته وتقضى منه ديونه أشبه ما ملكه قبل الوصية ولما ذكرنا في التي قبلها .

﴿ مسألة ﴾ (وإن قتل وأخذت ديته فهل تدخل الدية في الوصية ؟ على روايتين)

(احدهما) ندخل قال مهنا روي عن أحمد فيمن أوصى بثالث ماله أو جزئه مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته فقال يستحق منها ، وروي عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ مثل ذلك ، وهو قول الحسن ومالك (والثانية) لا تدخل في وصيته نقلها ابن منصور وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق ، وقال مالك في دية العمد لان الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي لان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن يجب الميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك فلا تدخل في الوصية لان الميت إنما

والثوري واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وتأول القاضي ماروي عن أحمد في هذا على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء ، وقال الشعبي ومالك القاضي عطية من الثلث ، وقال مسروق إذا وضعت رجله في الغرز ، وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو في ثلثه والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل لأن مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز إلحاقه به ، وإذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطية من رأس ماله فغيره أولى

(الخامسة) إذا وقع الطاعون ببلدة فمن أحمد أنه مخوف وبمحملة أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمرض وإنما يخاف المرض والله أعلم

(فصل) وبعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فبها خرج من الثلث نبينا ان العطية سحت فيه حال العطية فان نما المعطى أو كسب شيئاً قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر ما لها فيه فربما افضى الى الدور فمن ذلك إذا اعتق عبداً لآمال له سواء فكسب مثل قيمته في حياة سيده فلعبد من كسبه بقدر ما اعتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حق من كسبه فينتص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه ، فيخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء ، لأن كسبه مثله وللورثة من العبد وكسبه شيئان لأن لهم من كسبه ما عتق منه وقد عتق منه شيء ، ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده

يوصى بجزء من ماله لا بماله ورثته ، ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ، ولأن بدل أطرافه في حياته له فكذلك بدل نفسه بعد موته ، ولذلك تقضى منها ديونه ويجز منها إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يجوز ورثته من أملاكه ما استغنى عنه فاما ما تعلقت به حاجته فلا ولا نه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسمقت فيها شيء بعد موته فإنه يملكه بحيث تقضى منه ديونه ويجز فكذلك دية لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبه قضاء دية .

(مسئلة) (فان وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل الدية على الورثة من الثلثين ؟ على وجهين) بناء على الروايتين فعلى الرواية الاولى تحسب الدية من ماله فان كانت وصيته بقدر نصف الدية أو أقل منه نفذت الوصية والا أخرج منه قدر ثلثها ، وعلى الرواية الثانية لا تحسب الدية وتخرج الوصية من تلاك ماله دون دية بناء على أن الدية ليست من ماله .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وتصح الوصية بالمنفعة المفردة وتصح بخدمة عبد ومنفعة أمة وغلة دار وبثمرة بستان أو شجرة سواء وصى بذلك مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله وهذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة المفردة لأنها معدومة .

ولنا أنه يصح تملكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال

فصار للعبد شيان وللورثة شيان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما، وان كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيان صار له ثلاثة اشياء، ولهم شيان فيقسم العبد وكسبه اخماسا يعتق منه ثلاثة اخماسه وله ثلاثة اخماس كسبه وللورثة خمسا وكسبه، وان كسب ثلاثة امثال قيمته فله ثلاثة اشياء من كسبه مع ما عتق منه ولهم شيان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منهم وان كسب نصف قيمته عتق منه شيء، وله نصف شيء، ولهم شيان فالجيم ثلاثة اشياء ونصف اذا بسطتها انصافا صارت سبعة، له ثلاثة اشياء فيعتق ثلاثة اسباعه وله ثلاثة اسباع كسبه والباقي لهم فان كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقل عتق منه مائة شيء، وله من كسبه تسعة اشياء، ولهم مائتا شيء، ويعتق منه مائة جزء، وتسعة اجزاء من ثلثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه، وان كان على السيد دين يستغرق قيمته وقبلة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء، لان الدين مقدم على التبرع وان لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضي به الدين وما بقي منها يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه، فلو كان على السيد دين كقيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين، وكذلك بقية الكسب وان كسب العبد مثل قيمته ولا سيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثلي قيمته على الاشياء الاربعة فللكل شيء، ثلاثة ارباع فيعتق من العبد ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه ولو اعتق عبداً قيمته عشرون ثم اعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته

نص عليه أحد في سكنى الدار وهو قول من قال بصحة الوصية بها، وان لم يخرج من الثلث أجزء منها بقدر الثلث، وقال مالك اذا وصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين المال، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور اذا وصى بخدمة عبده سنة فان العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فان اراد الورثة بيع العبد يبيع على هذا ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها اذا اخرجت من الثلث أو بقدر ما خرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان

اذا ثبت هذا وأريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها

(فصل) فان اراد الموصى له بمنفعة العبد او الدار اجارة العبد أو الدار في المدة التي اوصى له بنفعها فله ذلك، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تجوز اجارة المنفعة المستحقة بالوصية لانه اوصى له باستيفائه .

ولنا أنها منفعة يملكها مملوكاً تماماً فذلك أخذ العوض عنها بالأعيان كما لو ملكها بالاجارة وإن اراد الموصى له اخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور، وقال أصحاب الرأي لا يخرج به إلا أن يسكون أهله في غير البلد فيخرج به إلى أهله .

لسككت الحربة في العبد الاول فيعتق منه شيء، وله من كسبه شيء. وللورثة شيطان ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه والباقي لهم وان بدأ يعتق الاذني عتق كله واخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرقى ثلاثة ارباعه ويتبعه ثلاثة ارباع كسبه وذلك ما اعتق منهما وان اعتق العبدين دفعة واحدة قرعنا بينهما فنخرجت له قرعة الحربة فحكه كالمو بدأ باعتاقه (فصل) وان اعتق ثلاثة اعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة اقدم وكسب اقدم مثل

(١) قوله اقرعنا

بينهم لاخراج الدين فيه نظر لان القرعة لا تدخل لها في تعيين الدين لتعلق الدين بكل جزء من اجزاء التركة بخلاف العتق فانه يتعين بها فلذلك يجب أن يقرع للعتق أو لأتم قوله ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقتضينا الدين بنصفه ونصف كسبه تحكيم لا وجه له ويحتاج الى جعل العتق في عبيد لذلك وهو خلاف للاصول اذ كان يمكنه جعل العتق بكسبه في واحد والله اعلم

قيمتهم اقرعنا بينهم لاخراج الدين (١) فان وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله للورثة وان وقعت قرعة الحربة على المكتسب عتق منه ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقتضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم اقرعنا بين باقيه وبين العبد الآخر في الحربة فان وقعت على غيره عتق كله وللورثة ما بقي وان وقعت على المكتسب عتق باقيه واخذ باقي كسبه ثم تفرع بين العبدين لانعام الثالث فن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه وبقي ثلثاه والعبد الآخر للورثة ولو كان العبد موهوباً لانسان كان له من العبد وكسبه مثل ما لعبد من كسبه ونفسه في هذه المسائل كلها (فصل) وان اعتق عبيد متساويي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما قرع

ولنا أنه مالك لنفسه فلك إخراجه كالمستأجر .

﴿مسألة﴾ (إذا أوصى بمنافع عبده أو أمته أبدأ أو مدة بعينها فللورثة عتقها لانها مملوكة لهم ومنفعتها باقية للعوصى له ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان العتق للرقبة وهو لا يملكها فان وهب صاحب المنفعة منافعه للأبد أو أسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لان ما يوهب للعبد يكون لسيد .

(فصل) ولهم بيعها وتباع مسلوقة المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لا يجوز بيعها لان ما لا يقع فيه لا يصح بيعه كالحشرات والنبات وقيل يجوز بيعها لما لك منفعتها دون غيره لان مالك منفعتها يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك يبيع الزرع لصاحب الارض ، ووجه الاول انها أمة مملوكة تصح الوصية بها فصح بيعها لغيره ولانه يمكنه اعتاقها وتحصيل ولائها وثواب عتقها بخلاف الحشرات .

(مسألة) (ولهم ولاية تزويجها لأنهم يملكون رقبتها)

وليس لهم ذلك إلا باذن صاحب المنفعة وليس لواحد منهما تزويجها منفرداً لان مالك المنفعة لا يملك رقبتها وصاحب المنفعة يتضرر به فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لها وكذلك لو طت

بين الحي والميت فان وقعت على الميت فالحى رقيق وتبين أن الميت نصفه حر لان مع الورثة ثلثي نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم
 (فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواء قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي اسيدته بالولاء وتبين أنه مات حراً وكذلك إن خلف أربعين وبناتاً وإن خلف عشرة عتق منه شيء. وله من كسبه شيء، واسيدته شينان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيتين فتبين أن نصفه حر ونصفه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء، فان خلف العبد ابناً فله من رقبته شيء، ومن كسبه شيء، يكون لانيه بالميراث واسيدته شينان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد ثلثها وتبين أنه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتاً فلهما نصف شيء، وللسيد شينان فصارت العشرة على خمسة للبت خمسا وللسيد أربعة أخماسها تعدل شيتين فتبين أن خمسي العبد مات حراً، وإن خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شينان يكونان لابنه ولسيده شينان فصارت العشرة بين السيد وبين ابنة نصفين وتبين أنه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد وكان ابن معتقه ورثه السيد لانا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلاً قيمته فعتق وجر ولأبائه الى سيده فورثه وإن لم يكن ابن معتقه لم يجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه

الزويج وجب تزويجها عند طلبها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليها لأنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبته ومنفتها لزمه ذلك وقدم حقها على حقه ووليها في الموضوعين مالك الرقبة لانه مالكها .

(مسئلة) (ومررها ههنا وفي كل موضع واجب للورثة) في اختيار شيخنا لان منافع البضع لا تصح الوصية بها مفردة ولا مع غيرها، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بعد الزويج وإنما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها وعند أصحابنا المهر للموصى له بالمنفعة لانه من منافعها .

(مسئلة) (وان وطئت بشبهة فالولد حر لان وطء الشبهة يكون الولد حراً لا لتفاد الواطيء انه يطاق في ملك فهو كوطء المغرور بأمة وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في أحد الوجهين وفي الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها ويجب على الواطيء لانه الذي فوت رقه وإنما اعتبرت قيمته يوم الوضع لان مقتضى الدليل أن تجب قيمته حين العلوق لانه وقت نفويت الحرية فلما لم يمكن ذلك قومناه في أول حال الامكان وذلك حالة وضعه وهي للورثة ولا شيء للوصي فيها لانه إنما وصى له بنفع الام وليس الولد من المنافع ولا وصى له بمنفعته فلا يستحقه .

(مسئلة) (وان قتلت فللورثة قيمتها في أحد الوجهين)

لانهم مالكوها لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل الاجارة وفي الوجه الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها لان كل حق تعاقق بالعين تعاقق يبدلها إذا لم يبطل استحقاقها ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان الاستحقاق يبطل بتلفها

شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت، إن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن إليه لأن أباه لم يعتق وإن اعتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فانك تقول اعتق من العبد شيء ويجر من ولاء أبيه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته وهما بعدلان شئنين وفي العشرة لمولى أمه فيقسم بين السيد ومولى الأم نصفين وتبين أنه قد اعتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ما اعتق من العبد فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكنا باعتق الاب أو اعتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً وفي هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة التطويل

(فصل) في المحاباة في المرض وهي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عرضه وهي على أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد في قول الجمهور . وقال أهل الظاهر العقد باطل .

ولنا عموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولأنه نصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المرض فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابا المشتري بثاني ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثالث فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار امضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع

﴿مسئلة﴾ (والوصي استخدامها واجارتها واعارثها) لان الوصية له بتمها وهذا منه
(مسئلة) (وليس لواحد منها وطؤها)

لان صاحب المنفعة لا يملك رقبته ولا هو زوجها ولا يباح وطء بغيرها لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكاً تاماً ولا يأمن أن تحمل منه فربما أفضى الى هلاكها وإيها وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منها وولده حر لانه من وطء شبهة فان كان الواطيء صاحب المنفعة لم تصر أم ولد لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه وحكها على ما ذكرنا فيما اذا وطئها اجنبي بشبهة وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت أم ولد له لانها علفت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، وأما المهر فان كان الواطيء ملك الرقبة فلا مهر عليه في اختيار شيخنا وله المهر على صاحب المنفعة ان كان هو الواطيء وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي ينكس الحال وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطئ لانه لا يملك الا المنفعة فوجب عليه الحد كالمستأجر وعلى هذا يكون ولده مملوكاً
(مسئلة) (وان ولدت من زوج أوزنا فحكمه حكمها)

لان الولد يتبع الام في حكمها كولد المكاتبه والمدبرة ويحتمل ان يكون لملك الرقبة لان ذلك ليس من النفع الموصي به ولا هو من الرقبة الموصي بنفعها

بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله . إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لأنه بدتحق الثلث بالمحابة والثلث الآخر بالثمن . وقال أهل العراق يقال له إن شئت أدبت عشرة أخرى وأخذت المبيع ، وإن شئت فسخت ولا شيء لك ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحابة وبسميه أصحابه خلع الثلث ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعة فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في احدهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصا وسيفا فأخذ الشفيع الشئص أو كاشفعا يأخذ كل واحد منهم جزءا من المبيع بقسطه أو كما لو اشترى قفيزا بساري ثلاثين بقفيز قيمته عشرة وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال بعثك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه

وأما قول أهل العراق فإن فيه اجبار الورثة على المعارضة على غير هذا الوجه الذي عاوض مورثهم وإذا فسخ البيع لم يتحقق شيئا لأن الوصية إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل البيع زالت الوصية كما لو وصى لرجل بعينه أن يبيع عنه بمائة وأجره ثلثه خمسون فطلب الحسين الفاضلة بدين الحج ، وان اشترى عبدا

(مسئلة) (وفي نفقتها ثلاثة أوجه)

(أحدها) تجب على مالك الرقبة وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لآحمد وبه قال أبو ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي لان النفقة تلي الرقبة فكانت على صاحبها كنفقة العبد المستأجر وكما لو لم يكن له منفعة قال الشريف ولان الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه (والثاني) تجب على صاحب المنفعة وهو قول الاصطخري وأصحاب الرأي وهو أصح ان شاء الله تعالى لانه يملك نفقتها على التأييد فكانت النفقة عليه كالزوج ولان نفقه له فكان عليه ضرره كالمالك لها جميعا بحقته أن لإيجاب النفقة على من لانفع له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفقتي وأبقيت على ورتتي ضررها والشرع يني هذا بقوله «لا ضرر ولا اضرار» ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفقه وفارق المستأجر فان نفقه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن المنافع (والثالث) أنها تجب في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرفت في نفقته فقد صرفت المنفعة الموصى بها الى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيئا من ماله سواء فان لم يكن لها كسب فقيل تجب نفقتها في بيت المال لان مالك الرقبة لا ينتفع بها وصاحب المنفعة لا يملك الرقبة فلا يلزمه اجبارها وكذلك سائر الحيوانات الموصى بنفقتها قياسا على الامة .

يساوي عشرة بثلاثين فانه يأخذ نصفه بنصف الثمن ، وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع في ثلثه بثلثي الثمن ، وعلى قول القاضي المشتري خمسة أسداسه بكل الثمن وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع الى قيمته فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثا ثلثي الثمن ، فان خلف البائت عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح البيع في ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن . وعلى الوجه الثاني بأخذ المشتري نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه وان باع قفيز حنطة يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة أو بقفيز يساوي خمسة عشر نعين الوجه الذي اخترناه في قول القاضي ومن وافقه لان المساراة ههنا شرط في صحة البيع ولا تحصل بغير هذا الوجه وطريق حسابها بالجبر فيما اذا باعه بما يساوي ثلث قيمته ان نقول يجوز البيع في شيء من الارتفاع بشيء من الادون وقيمه ثلث شيء . فتكون الحجابه بثلاثي شيء . الفهما من الارتفاع يبق قفيز الا لثي شيء . يعدل مثلي الحجابه وذلك شيء . وثالث شيء . فاذا جبر به عدل شيئين فالشيء . نصف القفيز

(فصل) [القسم الثاني] الحجابه في التزويج اذا تزوج في مرضه امرأة صدق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فان ورثته بطلت الحجابه الا أن يجيزها سائر الورثة وان لم ترثه لكونها

﴿مسئلة﴾ (وفي اعتبارها من الثلث وجهان)

(أحدهما) يعتبر جميعها من الثلث يعني تقوم بمنفعتها ويعتبر خروج ثمنها من الثلث لان أمة لا منفعة فيها لا قيمة لها غالبا (والثاني) تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما فاذا كان قيمتها بمنفعتها مائة وقيمتها مسلوبة المنفعة عشر علمنا ان قيمة المنفعة تسعون .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لرجل برقبته ولا آخر بمنفعتها صح) وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا (فصل) واذا وصى بثمره شجرة مدة أو بمان ثمر أبدا صح ولا يملك واحد من الموصى له والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره فان أراد أحدهما سقيها بحيث لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه فان يبست الشجرة فخطبها للوارث وان وصى له بثمرها مدة بعينها فلم تحمل في تلك المدة فلا شيء للموصى له وان قال لك ثمرتها أول عام تهر صح وله ثمرتها في ذلك العام وكذلك اذا وصى له بما تحمل أمته أو شاته وان وصى لرجل بشجرة ولا آخر بثمرتها صح وقام صاحب الرقبة مقام الوارث فيما له وان وصى له بابن شاته وصوفها صح كما تصح الوصية بثمره الشجرة وان أوصى بلبنها أو صوفها صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) وإذا وصى لرجل بحب زرعه ولا آخر ببنه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعاقب حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الاتفاق فهما بمنزلة الشريكين أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من

مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلاث ما حاباها به وان ماتت قبله فورثها ولم تخاف مالا سوى ما أصدقها دخلها الدرر فتصح المحاباة في شيء فيكون له خمسة بالصداق وشيء بالمحابة ويبقى لورثة الزوج خمسة لأشياء ثم رجم اليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج انشيء ثلاثة فكان لها ثمانية رجع الى ورثة الزوج نصفها اربعة صار لهم ستة ولورثتها اربعة فان ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحابة جميعها ورجع جميع ما حاباها به الى ورثة الزوج وبقي لورثتها صدادق مثلها . وان كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء اربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها اربعة عشر رجع الى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة . وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان . والباب في هذا ان ننظر ما يبقى في يد ورثة الزوج فخمسة هو الشيء الذي صححت المحابة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا والشيء هو خمس شيئين ونصف وانشئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي

(فصل) [القسم الثالث] أن يخالها في مرضها بأكثر من مهرها فذهب أحد أن لورثتها أن

سقيه والاتفاق عليه فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يجبر على الاتفاق عليه هذا قول أبي بكر لان في ترك الاتفاق ضرراً عليهما واضاعة للمال وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولاإضرار » ونهى عن اضاعة المال (والثاني) لا يجبر على الاتفاق على مال نصيبه ولا على مال غيره إذا كان كل واحد منهما منزهة فكذا إذا اجتمعا واصل الوجهين إذا استهدم الخاطئ المشترك فدعا أحد الشركيين الآخر الى مباناته فامتنع وينبغي أن تكون النفقة عليها على قدر قيمة كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع

(فصل) وان أوصى لرجل بخاتم ولا آخر بنفسه صح وليس لواحد منها الانتفاع به إلا باذن الآخر وإيهما طلب قلع النصف من الخاتم أجيب اليه وأجبر الآخر عليه وان اتفقا على بيعه واصطاحا على لبسه جاز لان الحق لها

(فصل) فان وصى لرجل بدينار من غلة داره وغلته ديناران صح فان أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لانه يجوز أن ينقص أجره عن الدنيا وان كانت الدار لا يخرج من الثالث فلهم بيع ما زاد عليه خاصة وترك الباقي فان كان عليه دينار أو أقل فهو للموصى له وان زادت فله دينار والباقي للورثة .

﴿مسئلة﴾ صح الوصية بالمكاتب اذا قلنا يصح بيعه (

لا يعطوه أكثر من ميراثه منها يكون له الأقل من العوض أو ميراثه منها وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالها بعد دخوله بها وماتت قبل انقضاء عدتها لأنها منهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه وعند مالك أن زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعن مالك أن خلع المريضة باطل. وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محابة تعتبر من الثلث

وقال أبو حنيفة إن خالها قبل دخوله بها أو ماتت بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث، ومثل ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لأمال لها سواها وصدقات ديها اثنا عشر فله خمسة عشر سواها. قل صدقتها أو أكثر لأنها قدر ميراثه وعند الشافعي له بمائة عشر اثناعشر لأنها قدر صدقتها وثلث باقي المال بالحياة وهو ستة ، وإن كان صاها ستة فله أربعة عشر لأن ثلث الباقي مائة . مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة م مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها ميراثها ولها شيء بالحياة والباقي له ثم رجع إليه نصف مالها بالحياة وهو خمسة ونصف شيء صار مع ورثته خمسة وسبعون إلا نصف شيء. يبدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصدقات والحياة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون فرجع اليهم بالخلم أربعة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقي المرأة أربعة وعشرون ، وعند الشافعي يرجع اليهم صدقات المثل وثلث شيء بالحياة نصار بأيديهم مائة إلا ثلثي شيء يبدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو

لانه مملوك يصح بيعه فصحت الوصية به كالقن ويقوم من انتقل إليه مقام السيد في الاداء اليه وان عجز عاد رقيقا له وان عتق فالولاء له كالشترى فان عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لا ينافيها وان أدى بطلت فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتي فعجز في حياة الموصي صححت الوصية وان عجز بعد موته بطلت كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر بعده وتي فلم يدخلها حتى مات سيده وان قال ان عجز بعد موتي فهو لك فقيه وجهان نذكرهما في العتق فيما اذا قال ان دخلت الدار بعد موتي فانت حر

(مسئلة) وان وصى له بمال الكتابة أو ينجم منها صح

لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه في الحال كحمل الجارية والموصى له أن يستوفي المال عند حلوله وله ان يبريه منه ويعتق بأحدهما والولاء لسيده لانه المنعم عليه فان عجز وأراد الوارث تعجيله وأراد الوصي انظاره فالقول قول الوارث لان حق الوصي في المال اذا كان العقد قائما وحق الوارث متعلق به اذا عجز برده في الرق وليس للوصي ابطال حق الوارث من تعجيله وكذلك إن أراد الوارث انظاره واراد الوصي تعجيله فالحكم للوارث ولاحق للوصي في ذلك ولا نفع له لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبدا للوارث وان وصى بما يعجله المكاتب صح فان عجل شيئا فهو للوصي وان لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه بطلت الوصية

سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثل وثلاث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأبدي وورثته خمسة وسبعون وهو مثلاً محاباتها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث العشرة وثلاث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثلاثها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع إلى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون هذا إذا ماتت بعد انقضاء عدتها، وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئاً فالشيء خمساً ذلك وهو ثمانية وخمسون وهو الذي صحت المحاباة فيه فلها ذلك . وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون وكان الباقي معه اثنان وثلاثون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثلاثون

فصل في الهبة

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتاً قد صحت الهبة في شيء، والباقي الواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة إلا نصف شيء يعدل شيئاً فالشيء خمساً ذلك أربعون رجع إلى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقي لورثة أخي الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً ثلثه نصف وهو ستة فتأخذ ثلثه اثنين وتلقى نصيبه

(مسئلة) (وان وصى لرجل برقبته ولآخر بما عليه صح فان أدى الى صاحب المال أو أبرأ منه عتق وبطلت وصيته صاحب الرقبة)

قاله أصحابنا ويحتمل أن لا يبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه ولو لم يوص بها كان الولاء له فاذا أوصى بها كان الولاء للموصى له وكما لو وصى له بالمكاتب مطلقاً لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له وبطلت وصية صاحب المال وان كان صاحب المال قبض من مال الكتابة شيئاً فهو له فان اختلفا في فسخ الكتابة بعد العجز قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ما ذكرنا

(فصل) فان كانت الكتابة فاسدة فوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم يصح لانه لا شيء في ذمته فان قال أوصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدي منها المال كما يؤدي في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب نهيها صح لانها نصح في المكاتب الصحيحة في الفاسدة أولى والله أعلم (فصل) واذا قال اشتروا بتلثي رقابا فاعتقوهم لم يجز صرفه الى المكاتبين لانه أوصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسع الثلث لم يجز أن يشتري أقل منها لانها أقل الجمع فان قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة بمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال « من أعتق امرأ مسلماً أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار » ولانه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك وان أمكن

سهما يبقى سهم فهو للموهرب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذي اسقطه لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه كاسهام الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد، وشبه هذه المسئلة من مسائل الرد أم واخنان فللاختين أربعة والأم سهم يسقط ذكر السهم السادس، ولو كان ترك اثنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهمان يبقى سهمان فهي التي تبقى اورثة الموهرب له ويبقى ستة للواهب وهي مثلا ما جازت الهبة فيه، وإن خلف امرأة وبنات فستلنها من ثمانية تضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال وتأخذ ثلث الأربعة والعشرين وهي ثمانية تلتقى منها الثلاثة يبقى خمسة فهي الباقية لورثة الموهرب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) فان وهب مريض مريضاً مائة لا يملك سواها ثم عاد الموهرب له فوهبها لأول، ولا يملك سواها فبالباب تضرب ثلاثة في ثلاثة وتسقط منها سهمان يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها الكل سهم

شراء ثلاثة رخصة وحصة من الرابعة بمن ثلاثة غاية فالثلاثة أفضل لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال «أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها» والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحربة ولا يحصل ذلك الا باعتاق جميعه، وهذا التفصيل والله أعلم من النبي ﷺ إنما يكون مع التساوي في المصلحة، فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون ضرورياً بالرق وله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة في العتق بل ربما تضرر به من قوات تفقته وكفايته ومصالحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وان قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود الموصي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا، ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة فان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ولا يجوز اعتاق معيبة عيباً يمنع من الاجزاء في الكفارة والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ومن اوصي له بشيء بمينه فتلف قبل موت الموصي او بعده بطلت الوصية) كذلك حكاه ابن المنذر فقال أجم كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وصي له بشيء فهلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصي له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمين فاذا ذهب ذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفریطهم فلا يضمونها شيئاً

(مسئلة) (ولو تلف المال كله غيره بعد موت الموصي فهو للموصي له)

خمس وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهما يبقى سهان فهو للموهوب الاول وذلك هو الربع وبالجمبر قد صحت الهبة في شيء، ثم صحت الهبة المأذية في ثلثه، بقي للموهوب الاول ثلثا شيء، والواهب مائة الا ثلثي شيء، يعدل شيئين اجبر وقابل بمخرج الشيء سبعة وثلثين ونصفا رجع إلى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقي للموهوب له خمسة وعشرون فان خلف الواهب مائة أخرى فقد بقي مع الواهب مائتان إلا ثلثي شيء، تعدل شيئين فالشيء ثلاثة أنماها وذلك خمسة وسبعون رجع إلى الواهب ثلثها بقي مع ورثته خمسين

(فصل) فان وهب رجل رجلا جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء، له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء، وسقط عنه من مهرها ثلث شيء، وبقي للواهب أربعون إلا شيئا وثلثا يعدل شيئين اجبر وقابل بمخرج الشيء خمس

لان حقوق الورثة لم تتعلق به لتعينه للموصى له ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان حقه فيه دون سائر المال فحقوقهم في سائر المال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلف بعد ان اخذ الموصى له وكالورثة اذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعبدا قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فمردت الدنانير بعد الموت فالعبد الموصى له به

﴿مسئلة﴾ (وان لم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الأخذ)

وذلك لان الاعتبار في قيمة الوصية وخروجها من الثلث وعدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فينظر كم كان الموصى به وقت الموت فان كان ثلث التركة او دونه نفذت الوصية واستحققه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر الاموال او اكثر منه او هلك المال كله سواء فهو للموصى له ولا شيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد او نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة واه مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لأنهما ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثيه شيئاً الا ان يميز الورثة وان كانت قيمته اربعمائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن له سوى المعين الا مال غائب أو دين في ذمة موسر او ميسر فللموصى له ثلث الموصى به وكلما اقتضى من الدين شيء او حضر من الغائب ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يكمله كله)

ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمساً الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للواهب ثلاثة أخماسها
 واه على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها ستة، ولو وطئها اجنبي فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه
 للواهب وخمسة للموهوب له إلا أن نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر
 من الواطي، فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكما حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة
 بقدر ثلثه، وإن وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه
 ثلاثون الا شيئاً يمدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطي
 وعليهم عقرة الذي جازت الهبة فيه فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسها

(فصل) وإن وهب مريض رجلاً عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل الموهوب له أما
 أن تقديه وأما أن تسلمه فإن اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاص الهبة فيه وذلك
 لأن العبد كله قد صار إلى ورثة الواهب وهو مثلاً نصفه فتيين أن الهبة جازت في نصفه وإن اختار
 فداءه ففيه روايتان.

(أحدهما) بقديه بأقل الأمرين من قيمة نصيبه منه وأرض جنايته (والأخرى) يقديه بقدر ذلك
 من أرض جنايته بالغة ما بلغت، فإن كانت قيمته دية فأنك تقول صحت الهبة في شيء وتدفع إليهم نصف
 العبد وقيمة نصفه وذلك يمدل شيئين فتيين أن الشيء نصف العبد وإن كانت قيمته دية فإن اختار

وجملة ذلك أن من أوصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل
 قدوم الغائب وقبض الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله ويأخذ الوصي من المعين ثلثه
 وهو ظاهر كلام الحرقى ذكره في المدبر وقيل لا يدفع إليه شيء لأن الورثة شركاء في التركة فلا يحصل
 له شيء ما لم يحصل الورثة منلأه ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لأصحاب الشافعي، والصحيح الأول
 لأن حقه في الثلث مستقر فوجب تسليمه إليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه
 لو تلف سائر المال لوجب تسليم تلك المعين إلى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية
 وتسليمها ولا يمتنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من
 دين عليه وقال مالك بخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته تلك المال لأن الموصي كان له
 أن يوصي بثالث ماله فعدل إلى المعين وليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد
 بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوئه إلى الورثة فيقال للورثة إن رضيم بذلك والا فمؤدوا إلى
 ما كان له أن يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لأجنبي فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح
 لأن جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وإبطال لما عينه فلا يجوز إسقاط ما عينه الموصي للموصى له
 ونقل حقه إلى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجز نقله إلى معين، وكما لو كان المال كله

دفعه فان الهبة تجرز في شيء وتدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة وبرد اليهم ثلاثة اخماسه لانتقاص الهبة وخمسا من اجل جنائته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلا ما جازل الهبة فيه وان اختار فداءه ففداه بخمسة الدية ويبقى لهم ثلاثة اخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة خمس منه ويبقى له خمسة وان كانت قيمته نصف الدية او قتل وقتلنا نفديه بارش جنائته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها اكثر من مثلي قيمته او مثليها ، وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختر فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء ، وتلثين فصار مع الورثة عبد وثلاثين شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربه مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية سبعائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه ، فان ترك الواهب مائة دينار فاضمها الى قيمة العبد فان اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجنابة وباقيه لانتقاص الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يزدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة اثمان العبد فيفديه بسبعة اثمان الدية (فصل) مريض أعتق عبدا لامل له سواء قيمته مائة فقطع اصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير لسيده نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجبنا نصف قيمته عليه

حاضراً أو غائباً . إذا ثبت هذا فان الموصى له ثلث العين الحاضرة وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فله وصى له بقدر ثلثه من الوصى به كذلك حتى يكفل للموصى له اثنتان أو يأخذ المعين كله ، فلو خلف تسعة عينا وعشرين دينارا وإبناً ووصى بالتسعة لرجل فللوصي ثلثها الثلاثة وكلما اقتضي من الدين شيء فللوصي ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فتكفل له التسعة فان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كمال استوفي من الدين شيء فللوصي من العين قدر ثلثه فاذا استوفي الدين كله كمل الموصى له ستة وهي ثلث الجميع ، وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها ، واخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً ، فتي اقتضي من الدين مثليه كملت وصيته .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك الحكم في المدبر) في أنه يعتق في الحال ثلثه وكلما اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه ان خرج من الثلث .
(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفائه فكما اقتضي منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثه وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الاخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته ، وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر .

لان عليه من ارش جنايته بقدر ما عتق منه. وحسابها ان تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد الاشيتا وشيء يعادل شيتين فاسقط شيئاً بشيء. بقي ما معه من العبد بعدل شيئاً مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمسه لانه يعنى منه شيء. وعليه نصف شيء. للسيد فصار للسيد نصف الشيء. وبقية العبد بعدل شيتين فيكون بقية العبد بعدل شيتا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمسه. وان كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثله أو أكثر وان كانت قيمته ستين قلنا عتق منه شيء. وعليه شيء. وثلاثا شيء. للسيد مع بقية العبد بعدل شيتين فبقية العبد إذا ثلث شيء. فيعتق منه ثلاثة أرباعه، وعلى هذا التماس إلا أن ما زاد في العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما اذا دبر عبداً وله دين في ذمة غريم لا فيكلما اقتضى من القيمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان عتق عبدین دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الأرفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بن العبدین فان وقعت على الجنائي عتق منه أربعة أخماسه وعليه أربعة أخماس أرش جنايته وبقي لورثة سيده خمسة وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلاً ما عتق منه. وحسابها أن تقول بعد عتق منه شيء. وعليه نصف شيء. لان جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء. وبقية العبدین بعدل شيتين فعلمت أن بقية العبدین شيء. ونصف فاذا أضمت إلى ذلك الشيء. لذي عتق صارا جميعا بعدلان

واتا ان الورثة شركاؤه في الدين وليس له معهم شركة في العين فلا يختص بما يخرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه في الدين وصياً آخر ، وكما لو وصى لرجل بالعين ولا خر بالدين فالمنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه دون صاحبه كذا ههنا .

(فصل) ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلث العبد اقسماً ثلث العبد نصفين وكما اقتضى من الدين شيء فله وصى له بثلث المال ربعه ، وله والآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين فاذا استوفى الدين كله كمل للوصيين نصف العبد لصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال ، وإن استوفى الدين قبل القسمة قسماً بينهما كذلك للموصى له ثلث العبد ربعه ، لأن للوصيين أربعة أتساع المال والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة أتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما ، فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه ، وفي المسئلة أقوال سوى ما قانا تركناها لطولها ، وهذا أسدها إن شاء الله لاننا أدخلنا النقص على كل واحد منها بقدر ماله في الوصية وكلنا لها الثلث فان أجزأها أخذ كل واحد منها ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر .

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عينا وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلث ماله فان الوصي والابن الذي لاديين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا

شيبين ونصفا فالشيء الكامل خمسهما وذلك أربعة أخماس أحدهما . وان وقعت قرعة الحرية على المحبني عليه عتق ثلثه . وله ثلث أرض جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسم الدبة لان الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق والواجب له من الارش يستفرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيد مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثه ، وإن أعتق عبيد قيمة أحدهما خمسون وقيمة الاخر ثلاثون فجنى الاذن على الارتفاع فتقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينها فان خرجت القرعة للاذن عتق منه شيء . وعليه ثلث شيء . فبعد الجبرنين أن العبدين شيآن وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانها وقيمة هما سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربيع^(١) وهي من الاذن نصفه وخمسه ونصف سدس عشره ، وان وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق ، وقد بقيت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الارش لا يسد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

(١) صوابه ستة وعشرون وربيع وهي من الاذن نصفه وربيعه وثلثه

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة اذا وافق الحق)

هذا المنصوص عن أحمد فانه قال في رواية صالح وحنبلي تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال

دينه ويبقى لها عليه ثلثه ، فان كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينها أخماسا للوصي خمساها أربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربعه فاذا استوفى قسم بينها أخماساً كما قسمت العين لان الوصية بالربع وهو ثمان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فلذلك قسمنا العين وما حصل لها من الدين أخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لان له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة أرباع النصف الذي عليه :

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلاً بتمها وهو للموصى له ، وان كان منفصلاً في حياة الموصي فهو له يكون ميراثاً وإن حدث بعد الموت قبل القبول فهو للورثة في ظاهر المذهب وقيل للموصي وقد ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾ (وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثه وان وصى له بثلث ثلاثة أعبد

فاستحق اثنان منهم أو ماناً فله ثلث الباقي)

اذا وصى له بيمين فاستحق بعضه فله ما بقي منه ان حمله الثلث فاذا وصى له بثلث عبد أو دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً وان وصى له بثلث ثلاثة أعبد فلهك عبدان أو استحقا فلليس له الا ثلث الباقي

أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فلي روايتين ، وقال ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولاً واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصرص ، وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ ، وقال القاسمي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبدالعزيز وشريح وعطاء ، والزهرري وإياس وعبدالله بن عتبة والشعبي والبخي ومالك وإسحاق ، قال إسحاق إذا بلغ اثنتي عشرة وحكاه ابن المنذر عن أحمد وعن ابن عباس لا تصح وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي ولشاهي قولان كالذهبين ، واحتجوا بأنه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالميتة والعق ولأنه لا يقبل إقراره فلا تصح وصيته كالطفل

ولنا ما روي أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخواله فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته برواه سعيد ، وروي مالك في موطنه عن عبدالله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ههنا غلاماً ما ناعا لم يحتمل وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا ابنة عم له فقال عمر فليوص لها فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبعث ذلك المال ثلاثين الفأبنة مما التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم ، قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشرة أو اثنتي عشرة سنة وهذه قصة انشرت فلم تنكر ولأنه تصرف بمحض نفع الصبي فصح منه كالأسلام والصلاة وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له بعبد لا يملك غيره قيمته مائة ولا آخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة فله الموصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد والموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه وان ردوا فقال الخرقى للموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد والموصى له بالعبد نصفه قال شيخنا وعندني أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما في حال الاجازة لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره ولصاحب العبد ربه وخمسه)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بعين من ماله ولا آخر بمجزء مشاع منه كمنته فاجبر لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقسم بينهما على قدر حقيقتهم ما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كسائل العول وكألو وصى لرجل بماله ولا آخر بمجزء منه فإما في حال الرد فان كانت وصيتها لا تتجاوز الثلث مثل ان يوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بعين قيمته سدس المال فهي كحالة الاجازة سواء إذ لا أثر للرد وان جاوزت الثلث رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال هذا قول الخرقى وسائر الاصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقسمان الثلث على حسب مالهما في حال الاجازة وهذا

غناء عن ملكه وماله فلا ياحقه ضرر في عاجل ديناه ولا أخرا. بخلاف الهبة والعنق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لا عقل له ولا يصح اسلامه ولا عباداته ، وقوله اذا وافق الحق يعني اذا وصى بوصية يصح ثلها من البالغ صحت منه وإلا فلا ، قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزنا وصيته

(فصل) نأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والبرصم فلا وصية لهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشاذلي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهم الحق جازت وليس بصحيح فانه لاحكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فلان لا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه أولى ولانها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول فلا يصح منهما كإببيع والهبة

(فصل) فأما المجور عليه لاسفه فان وصيته تصح في قياس قول أحمد قال الخبري وهو قول الأكثرين ، وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان

ولنا أنه عاقل نصح وصيته كالصبي العاقل ولان وصيته تمحضت نفعا له من غير ضرر فصحت كعبادته ، وأما الذي بين أحيانا وبميق أحيانا فان وصى حال جنونه لم نصح ، وإن وصى في حال

قول ابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومالك في الرد يأخذ صاحب المدين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الحرقي لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الحرقي الا أن الحرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد وانفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، وفي قول الحرقي يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثلث الجميع ، وأما في قول شيخنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شرك معه غيره فيه وصاحب السدس أفرد بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففي هذه المسألة لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الاخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه قابسطه من جنس السكر وهو الثلث بصير العبد ثلاثة واضم اليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسام العبد على أربعة أسهم يصير الثلث ربعا كما في مسائل العول وفي حالة الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه ، وفي قول شيخنا تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع

عقله صححت وصيته لانه بمنزلة المعتلا في شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك في وصيته ونصرفه
ولا نصح وصية السكران ، وقال أبو بكر فيه قولان يعني وجهين

ولنا أنه ليس بماقل فلا نصح وصيته كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه ، فأما أوقعه من أوقعه نفليظا
عليه لارتكابه المعصية فلا يعمد إلى وصيته فانه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه ، وأما
الضعيف في عقله فان منع ذلك رشده في ماله فهو كالمسقى والافهوك كالمائل

(فصل) ونصح وصية الاخرس اذا فهمت اشارته لانها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرها
فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرها ، فأما الناطق اذا اعتقل لسانه
فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم نصح وصيته ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري
والاوزاعي وأبو حنيفة ، وقال الشافعي وابن المنذر نصح وصيته لانه غير قادر على الكلام أشبه الاخرس
واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم ففهموا . رواه البخاري وخرجه
ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأبوس من نطقه فلم نصح وصيته بإشارته كالتقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي
ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن إشارة التقادر لا نصح بها وصية ولا اقرار ففارق
الاخرس لانه مأبوس من نطقه

يكن اثني عشر ثم في ثلاثة تسكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية وربع
العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة فبضهها الى صاحب
الثلث تصير عشرين سهماً ففي حال الرد يجعل الثلث عشرين سهماً والمال كله ستون فاصحاب العبد
تسعة من العبد وهو ربه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من المائتين وهي خمسها وثلثه من العبد
وذلك عشرة ونصف عشرة

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد
ولصاحب العبد ثلثاه .

وفي الرد لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه هذا قول أبي الخطاب
وهو قياس قول الحرفي وعلى اختيار شيخنا لصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد
ثلثه والطريق فيها ان ينسب الثلث الى ما حصل لهما في حال الاجازة ثم يعطي كل واحد مما حصل له
في الاجازة مثل نسبة الثلث اليه وعلى قول الحرفي ينسب الثلث الى وصيتهما جميعاً ثم يعطي كل واحد
في الرد مثل الخارج بالنسبة ويانه في هذه المسئلة أن نسبة الثلث الى وصيتهما بالمحسنين لان النصف
والثلث خمسة من ستة فالثالث خمسها فلصاحب العبد خمساه لانه وصيته ولصاحب النصف الخمس
لانه خمساه وصيته وعلى اختيار شيخنا قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف

(فصل) وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم ، وإن أعتقهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لان لهم قولاً صحيحاً وأهلية تامة وإنما فارقوا الحر بأنهم لا مال لهم والوصية نصح مع عدم المسال كولو وصى الغنير الذي لاشي له ثم استغنى ، وإن قال أحدهم متى عتقت ثم مت فثاني للفلان وصية فعتق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

(فصل) ونصح وصية المسلم للذي والذي المسلم والذي الذي ، روي اجازة المسلم للذي عن شريح والشعبي والثوري والشانبي رضي الله عنه واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني . وقال سعيد حدثنا سفيان عن أبوب عن عكرمة أن صفية بنت حبي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلاث المائة الف ولانه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وانها صحت وصية المسلم للذي فوصية الذي المسلم والذي للذي أولى ولا نصح إلا بما نصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه أو لاجنبي بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثة كالمسلم سواء .

(فصل) ونصح الوصية للجربي في دار الحرب نص عليه أحمد وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعضهم لا نصح وهو قول أبي حنيفة لان الله

فلكل واحد منهما مما حصل في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربهما وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه

(فصل) فان كانت المسألة بحالها وملك غير العبد ثلاثمائة ففي الاجازة لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب النصف تسعة اموال كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الاول وعلى اختيار شيخنا لصاحب العبد ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسة ومن المال ثمانون وهو ربهما وسدس عشرها وان وصى لرجل بجميع ماله وللآخر بالعبد ففي الاجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسة وهو وبم العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل وهو ثمانون .

(فصل) فلو خلف عبدا قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لآخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب المائة بنصف الباقي وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلث والمائة وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربهه وللآخر ربهه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما الى نصف نصيبه فان لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى بسدس ماله لرجل وللآخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ويأخذ صاحب المشاع سدس

تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوك في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤم وتقسطوا اليهم — إلى قوله — أن ينهاكم الله عن الذين قاتلوك في الدين) الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره

وأنا أنه تصح هبته فصحت الوصية له كالذمي ، وقد روي أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطار بما قلت فقال « أني لم أعطها لتلبسها فكساها عمر أخا مشركا له بمكة . وعن أسماء بنت أبي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة - نعتي عن الاسلام - فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله أتتني أمي وهي راغبة فأصلها فقال « نعم » وهذا في صلته أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فإنه نهي عن توليه إلا عن بره والوصية له ، وإن احتج بالفهوم فهو لا يراد حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة والوصية في معناها ، فأما المرتد فقال أبو الخطاب تصح الوصية له كمن تصح هبته . وقال ابن أبي موسى لا تصح لأن مالكه غير مستقر ولا يرث ولا يرث فهو كالميت ولأن مالكه يزول عن ماله بردنه في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

(فصل) ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لأنه لا يجوز هبتها له ولا ييمها منه . وإن أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية ، وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يري أن الملك لا يثبت إلا بالقبول لأنه لا يجوز أن يبتدي ، الملك على مسلم ومن قال يثبت

المال وسبع العبد وللآخر ستة أسباعه فان وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر لرد أيضا لان الوصيتين لا تزيد على ثلث المال .

﴿مسئلة﴾ وان وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة وثلث تمام الثلث على المائة فلم يزد الثلث على المائة وذلك إذا كان المال ثلاثمائة بطلت وصية صاحب التمام)

لانه لم يوص له بشيء أشبه ماله أو وصى له بداره وليس له داره ويقسم الثلث في حال الرد بين الوصيين على قدر وصيتها ، وإن زاد الثلث على المائة بأن يكون المال ستمائة فأجازوا نفذت الوصية على ما قال الموصي فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل واحد من الوصيين مائة ، وإن ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لان الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص عن كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا ، وهذا اختيار شيخنا . (والثاني) لا شيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين فلا يحصل لصاحب التمام إذا كان المال ستمائة شيء ، اختاره القاضي لانه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، ولم يفضل ههنا له شيء قال ويجوز أن يزاحم به ولا يعطي شيئاً كولد الأب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد يزاحم الجد بالاخ من الأب ولا يعطيه شيئاً ، فان كان المال تسعمائة ورد الورثة فعلي الوجه الاول لصاحب الثلث مائة وخمسون ولصاحب المائة خمسون ولصاحب التمام مائة لان الوصية كانت بالثلثين فرجعت إلى الثلث فرددنا كل واحد منهم إلى نصف وصيته ، وعلى الوجه

المالك بالموت قبل القبول قال الوصية صحيحة لاننا نتبين أن المالك يثبت بالموت لانه أسلم بعد أن ملكه
 وبجمله أن لا يصح أيضاً لانه يأتي بسبب لولاه لم يثبت المالك فمعه منه كابتداء المالك
 (فصل) ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلماً كان الموصي أو ذمياً فلو وصى ببناء كنيسة
 أو بيت نار أو عمارتها أو الاتفاق عليها كان باطلاً وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور . وقال
 أصحاب الرأي يصح فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة وخالفه صاحبنا ، وأجاز أصحاب
 الرأي أن يرصي بشراً ، خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة
 لأنها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور ، وإن وصى لكاتب التوراة والأنجيل
 لم تصح لأنها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتمال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى
 مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة . وذكر القاضي انه لو وصى أحد عصر البيعة وقناديلها وما شاكل ذلك
 ولم يقصد إعطائها بذلك صحت الوصية لان الوصية لأهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لهم
 صحيحة ، والصحيح ان هذا مما لا تصح الوصية به لان ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم
 لكنائسهم . ونقل عن أحمد كلام يدل لصحة الوصية من الذي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح ،
 وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجنازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

الثاني لصاحب المائة مائة لا ينقص منها شيء ، ولصاحب النمام خمسون وهذا اختيار القاضي .

(فصل) فان ترك سائمة ووصى لاجنبي بمائة ولا آخر بتمام الثلث فشكل واحد منها مائة ، وإن
 رد الاول وصيته فللاخر مائة ، وإن وصى للاول بثمانين والآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني ، سواء
 رد الاول وصيته أو أجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق إن رد
 الاول للثاني مائتان في المسئلتين .

ولنا أن المائة ليست باقي الثلث ولا تنتمه فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قتل الاول ولو وصى
 لوارث بثلثه ولا آخر بتمام الثلث ، فلا شيء للثاني ، وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملاً .

باب الوصية بالانصباء والاجزاء

إذا وصى لرجل بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسئلة ومزاداً عليها ، هذا
 قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود : يعطى مثل
 نصيب المعين ، أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين
 الورثة لان نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد
 فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالانصف ، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث ، وقال مالك ان
 كانوا يتفاضلون نظر الى عدد رؤوسهم فاعطى سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار انصبائهم لتفاضلهم
 فاعطى عدد رؤوسهم .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى لاهل قرية لم يمط من فيها من الكفار الا أن يذكرهم) يعني به المسلم إذا أوصى لاهل قرينه أو قرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار فهي للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار . وقال الشافعي رضي الله عنه يدخل فيه الكفار لان اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولان الكافر لو أوصى لاهل قرينه أو قرابته دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً ، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم ، ولان ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على قبرهم ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والاخوة والازواج وسائر الالفاظ العامة في الميراث فكذا هنا لان الوصية أجريت مجرى الميراث ، وان صرح بهم دخلوا في الوصية لان صريح المقاتل لا يعارض بقرينة الحال ، وان وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو وصى لقرابته وكلهم كفار دخلوا في الوصية لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية وان كان فيهما مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية لان إخراجهم بالتخصيص هنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وان كان أكثر أهلها كفار انظر كلام

ولنا أنه جمل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجمل مثلاً له ، وهذا بفضي إلى أن لا يزداد أحدها على صاحبه ، ومتى أعطي من أصل المال فما أعطي مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به والعبارة تقتضي التسوية .

﴿مسئلة﴾ (فاذا وصى له بمثل نصيب ابنه ، وله أبنان ، فله اثنتان وإن كانوا ثلاثة فله الربع وإن كان معهم بنت فله التسعان لان المسئلة من سبعة لكل ابن سهران ويزاد عليها مثل نصيب ابن سهران ، فتصير تسعة فالاثنتان منها تسعاهما .

(مسئلة) (وإن وصى بنصيب ابنه فكذلك في أحد الوجهين)

تصح الوصية وتكون كما لو وصى بمثل نصيب ابن ، وهذا قول مالك وأهل المدينة والأولوي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود ، والوجه الثاني : لا تصح الوصية ، وهو الذي ذكره القاضي ، وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه ، لانه أوصى بما هو حق للابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني ، وبما يأخذه ابني ، ووجه الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بمحمل لفظه على مجازه فصح كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ، أي بمثل نصيب ابني ولانه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم

(مسئلة) (وإن وصى بضعف نصيب ابنة أو ضعفه فله مثله مرتين وإن وصى بثلاثة أضعافه

فله ثلاثة أمثاله) .

الحرقى أنه للمسلمين لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه إليهم والتخصيص يصح وإن كان باخراج الأكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لان التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه الى دليل قوي والحكم في سائر ألفاظ العموم مثل ان يرصى لاختوته او عمومته او بني عمه أو لبناني او للمساكين كالحكم في ما اذا ارصى لاهل قريته فالما ان ارصى بذلك كافر فان وصيته تناول اهل دينه لان لفظه يتناولهم وقربته حاته ارادتهم فاشبهه وصية المسلم التي يدخل فيها اهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنا فان وجدت قربنة دالة على دخولهم مثل ان لا يكون في القرية الا مسلمون دخوا في الوصية وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (احدهما) لا يدخلون كالم يدخل الكفار في وصية المسلم (والثاني) يدخلون لان هموم اللفظ يتناولهم وهم اهل دينهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو اهل بحق يحكمه الى غيره وان كان في القرية كافر من غير اهل دين الموصي لم يدخل في وصيته لان قربنة حال الموصي تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولوية فبقي خارجا بحاله ويحتمل ان لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم

قال شيخنا هذا الصحيح عندي ، وقال أصحابنا ضعفه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعاف أربعة أمثاله ، كما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة)

إذا وصى بضعف نصيب ابنه فله مثلاً نصيبه ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل لقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين ، وقوله (فأتت أكلها ضعفين) أي مثلين ، وإذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل .

ولنا على أن الضعف مثلان قوله تعالى (إذاً لأذقنك ضعف الحياة و ضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ، وقال (وما آتيتم من زكاة نريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) وروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من الثمانين عشرة ، وقال لحذيفة وعثمان بن حنيفه لعلكما حملتما الارض مالا تطيق ، فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتمات ، قال الازهري الضعف المثل فما فوقه ، فأما قوله ان الضعفين المثلان فقد روى ابن الانباري عن هشام ابن معاوية النحوي قال العرب تنكلم بالضعف مثني فنقول ان أعطيتي درهما فلك ضعفاه ، أي مثلاه ، وإفراد لا بأس به إلا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد وكلاهما يراد به المثلان وإذا استعملوه على هذا الوجه وجب اتباعهم وإن خالفنا القياس .

(فصل) وان وصى له بضعفيه فله مثله مرتين وإن قال ثلاثة أضعاف فله ثلاثة أمثاله ، هذا الصحيح عندي ، وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله وعلى هذا كما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة ، وهو قول الشافعي ، واحتجوا بقول أبي عبيدة مسعر بن المثني ضعف الشيء هو ومثله وضعفاه : هو ومثلاه وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، وقال أبو ثور ضعفاه

(مسألة) قال (ومن اوصى بكل ماله ولا عصبية له ولا مولى له بجائز وقد روي عن
ابي عبد الله رحمه الله رواية اخرى لا يجوز الا الثالث)

اختلف الرواية عن احمد رحمه الله في من لم يخلف من ورائه عصبية ولا ذافرض فروي عنه ان وصيته
جائزة بكل ماله ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق واسحاق واهل العراق
والرواية الاخرى لا يجوز الا الثالث وبه قال مالك والاوزاعي وابن شبرمة والشاذلي والعبدي لان له
من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثا

وانما ان المنع من الزيادة على الثلث انما كان لئلا يعلق حق الورثة بدليل قول النبي ﷺ وانك ان تدع
ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وهاهنا لا وارث له يتعلق حق بماله فأشبهه حال
الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبهه حال الصحة او أشبهه الثلث

(فصل) وان خلف ذافرض لا يرث المال كله كبنث او ام لم يكن له الوصية بأكثر من الثلث لان سعداً
قال لابي ﷺ لا يرثني الا اجتي فنعته النبي ﷺ من الزيادة على الثلث ولانها تستحق جميع المال بالفرض
فأشبهت العصبية وان كان لها زوج او لرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقسم حقه لانه إنما يستحق
فرضه بعد الوصية لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها ار دين فأما ذو الارحام فظاهر كلام الخرفي

أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله لانه قد ثبت ان ضعف الشيء مثله فتدبته مثلاً مفردة .
وانما قول الله تعالى (فانتأكلها ضعفين) قال عكرمة : تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء
أتمرت في سنة مثل ثمره غيرها سنتين ، ولا خلاف بين المفسرين فيما علمنا في تفسير قوله تعالى :
(يضاعف لها العذاب ضعفين) ان المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجزها مرتين
ومحال أن يجمل أجزها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات فان الله تعالى انما
يريد تضيف الحسنات على السيئات هذا المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه
فيه غيره وأنكر قوله قال ابن عرفة لا أحب قول أبي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لان الله
تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجزها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل
هشام بن معاوية التحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب
على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول
أبي عبيدة الخالف لذلك كله مع مخالفة القياس ونسبة الخطأ اليه أولى من تحطئة ما ذكرناه وأما قول
أبي ثور فظاهر الفساد ، لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم ،
واهل العربية ، فلا يجوز التمسك به مجرد القياس الخالف للثقل ، فقد شذ من العربية كلمات تؤخذ
نقلًا بغير قياس .

انه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله ولا عصبية له لاملولى له وذلك لان ذا الزحم ارثه كالفصلة والعلة
ولذلك لا يصرف اليه شيء الا عند عدم الرد والمولى لا يجب نفقته ويحتمل ان لا تنفذ وصيته باكثر
من ثلث لان له وارثا فيدخل في معنى قوله عليه السلام وانك ان ترك ورتك اغنيا. خير من ان تدعهم
عالة يتكفون الناس ولا تمم ورتة يستحقون ماله بعد موته وصلاته لهم في حياته فاشبهوا ذوي الفروض
والعصباء وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يجب بعضهم
بعضا والعصباء

(فصل) فان خلف ذا فرض لا يرث المال كله وقال أوصيت لفلان بثلثي على انه لا ينقص ذا الفرض
شيئا من فرضه او خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى
لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين ان يجعلها من رأس المال او من
الزائد على الفرض واما (المسئلة الثانية) فنسبني على الوصية بجميع المال فان قلنا نصح ثم صحت هاهنا
لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو تكن زوجة وان قلنا لا نصح
ثم فهانها مثله لان بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورتة يستغرقون المال اذا عين الوصية من
نصيب العصبية منهم فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه

(فصل) ولو وصى بمثل نصيب من لا نصيب له كمن يوصي بمثل نصيب ابنه وهو لا يرث لرقه
أو كونه مخالفاً لدينه أو بنصيب اخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للوصي لانه لا نصيب له فقله لاشيء
(مسئلة) (واذا وصى له بمثل نصيب احد وراثته ولم يسمه كان له مثل ما لا أقلهم نصيباً)

فلو كانوا ابناً واربعة زوجات صحت من اثنين وثلاثين سهماً لكل امرأة سهم وللوصى له سهم بزيادة عليها
فتصح من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصي سهم واحد لكل امرأة سهم والباقي للابن. وجملة ذلك انه اذا وصى
بمثل نصيب احد غير مسمى فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب احدهم من اذ اعلى
الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم وان كانوا يتفاضلون كهمزة، المسئلة فله مثل أقلهم ميراثاً يزداد على فريضتهم
هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد رؤوسهم
فأعطي سهماً من عددهم لانه لا يمكن اعتبار انصابتهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم

ولنا أن اليقين أن يعطى الوصي مثل أقلهم نصيباً وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله
يعطى سهماً من عددهم مخالف لما يقتضيه لفظ الموصي لانه ليس بنصيب أحد وراثته ولقظه إنما اقتضى
نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي عملاً بمقتضى
وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلاً وقوله تعذر العمل بقول الموصي ممنوع
فقد أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لم يحز أن يجب في ماله حق لم يأذن فيه ولم يأمر به
ولو قال أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثاً كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً وان قال أوصيت بمثل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اوصى لعبده بثالث ماله فان كان العبد يخرج من الثالث عتق وما فضل من الثالث بعد عتقه فهو له ، وان لم يخرج من الثالث عتق منه بقدر الثلث الا ان يجيز الورثة)

وجملة ذلك انه اذا اوصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث او ربع او سدس صحت الوصية فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيها وان لم يخرج عتق منه بقدر الوصية وبهذا قال الحسن وابن سيرين وابو حنيفة الا أنهم قالوا ان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه وقال الشافعي رضي الله عنه الوصية باطلة الا ان يوصى بعتقه لانه اوصى بمال يصير للورثة فلم يصح كما اوصى له بمعين ولنا ان الجزء الشائع يتناول نفسه او بعضها لانه من جهة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل يستحقه لانه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كما قالوا اعتقوا عبدي من ثني وأعطوه ما فضل منه، وفارق ما اذا اوصى بمعين لانه لا يتناول شيئاً منه

نصيب أكثرهم ميراثاً فله ذلك مضافاً إلى المسئلة فيكون له في هذه المسئلة ثمانية وعشرون تضم إلى المسئلة فتكون ستين سهماً .

﴿مسئلة﴾ (ولو وصى له بمثل نصيب وارث او كان فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه)

فان خلف ابنين ووصى بمثل نصيب ثالث لو كان فللموصى له الربع وان خلف ثلاثة بنين فله الخمس وان وصى بمثل نصيب خامس او كان فللموصى له السدس وعلى هذا أبدأ ، فلو خلفت امرأة زوجاً وأختاً وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فللموصى له الخمس لان للام الربع لو كانت فيجعل له سهم مضاف إلى أربعة يمكن خمساً فقس على ذلك .

﴿مسئلة﴾ (فان خلف أربعة بنين فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان الا مثل نصيب سادس لو كان فقد اوصى له بالخمس إلا السدس بعد الوصية فله سهم يزداد على ثلاثين وتصح من اثنين وستين له سهران ولكل ابن خمسة عشر) لانه استثنى السدس من الخمس . فطريقها أن تضرب مخرج أحدها في مخرج الآخر تكن ثلاثين خمسا ستة وسادسا خمسة فاذا استثنيت الخمسة من الستة بقي سهم الموصى له فزده على اثلاثين تصر واحداً وثلاثين فأعط الموصى له سهماً يبقى ثلاثون على أربعة لا تنقسم وتوافق بالنصف فزدها إلى خمسة عشر واضربها في أربعة تكن ستين زد عليها سهمين الموصى له ولكل ابن خمسة عشر . وطريقها بالجبر أن تجعل المال أربعة شيئاً تدفع الشيء الى الموصى له يبقى أربعة

(فصل) فان وصى له بمعين من ماله كتب أو دار أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الاكثربن وبه يقول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وإن شاءوا ردوا ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما برثوه فلا فائدة فيه وفارق ما إذا أوصى له بمشاع لما ذكرناه

(فصل) وإن وصى له برفقته فهو تدير يعنى ان حمله الثلث وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال أبو ثور الوصية باطلة لانه لا يملك رقبته ولنا أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح كما لو وصى بأبيه ولان معنى الوصية له برفقته عتقه لعلمه بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصية به كناية عن اعتاقه بعد موته، وإن وصى له ببعض رقبته فهو تدير لذلك الجزء، وهل يعنى جميعه اذا حمله الثلث؟ على روايتين ذكرهما الحرقي فيما اذا دبر بعض عبده وهو مالك لملكه، وقال أصحاب الرأي يسعى في قيمة باقيه وهذا شيء، يأتي في باب العتق ان شاء الله تعالى

(فصل) وإن وصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح سواء أوصى له بجزء شائع أو معين لان ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله، وإن وصى لأم ولده صحت الوصية لانها

تقسمها على خمسة يخرج أربعة أخماس وتقسمها على ستة يخرج ثلثان فتسقط الثلثين من أربعة الاخماس يبقى سهمان من خمسة عشر ثم تضرب الاربعة الاسهم في الخمسة عشر لانها يخرج الثلث تكن ستين تزيد عليها السهمين فهي للموصى له والسكك ابن خمسة عشر فقد حصل له خمس الستين إلا سدسها الخمس اثنا عشر والسدس عشرة

(فصل) وإذا خلف بنتاً وحدها ووصى بمثل نصيبها فهو كما لو وصى بنصيب ابن عند من يرى الرد لانه يأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، وعلى قول مالك ومن وافقه لا وصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، فان خلف ابنتين ووصى بمثل نصيب إحداهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع والسكك واحد منهم الربع وعلى قول مالك الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة. فان خلف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا أن المال بينهما نصفين وعلى قول من لا يرى الرد هي من سبعة لسكك واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك للموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال .

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لثلاثة بمثل انصباهم قلالم بينهم على ستة ان أجازوا وان

حرة حين لزوم الوصية ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه وصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف . رواه سعيد وروي ذلك عن عمران بن الحصين وبه قال ميمون بن مهران والزهري وبجي الانصاري ومالك والشافعي واسحاق ، وإن وصى لمدره صح لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد ، وإن لم يخرج من الثالث هو والوصية جميعاً قدم عنقه على الوصية لانه أنفق ، وقال القاضي يفتق بوضه وبذلك من الوصية بقدر ما عتق ، ولنا أنه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عنقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبد القن بمشاع من ماله

(فصل) وان أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول في ذلك الى العبد لان العقد مضاف اليه فأشبهه مالو وهبه شيئاً فاذا قبل ثبت لسيده لانه من كسب عبده وكسب العبد لسيده ولا يفتقر في القبول الى اذن السيد لانه كسب فصح من غير اذن سيده كالاختطاب ، وهذا قول أهل العراق والشافعي ، ولا صحابه وجه أن القبول يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف من العبد فأشبهه بيبه وشراؤه ولنا أنه يحصل مال بغير عوض فلم يفتقر الى اذنه كقبول الهبة وتحويل المباح ، وان وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه يقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال مالك ان كان يسيراً جاز لان العبد مالك وإنما لسيده أخذه من يده ، فاذا وصى له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده

ولنا أنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالمشير وما ذكره من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به فانه مع هذا المقصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير

ردوا فن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فان أجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عاينها التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي الجواز له وجهان أحدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول أبي يوسف وابن شريح فتأخذ السدس والتسعين من مخرجها وهي ثمانية عشر بين البنين على ثلاثة لا تصح فتضرب عددهم في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين للمجاز له السدس تسعة وكل واحد من صاحبيه ستة ولكل ابن أحد عشر (والوجه الثاني) ان تضم المجاز له إلى البنين وتقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تنقسم فتضرب في تسعة تكن ستة وثلاثين فان أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتوا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداساً على الوجه الاول ، وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ثم يقسمونه بينهم على خمسة لا تصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ، فان أجاز أحد البنين لهم ورد الآخر ان عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجزوا أربعة اساعه ثمانية يبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة نضربها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين فان أجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سبعم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين والله أعلم

(فصل) وإذا أوصى بهنق أمته على أن لا تزوج ثم مات فقالت لا أنزوج عنتت فان تزوجت بعد ذلك لم يبطل عنتها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وذلك لان العتق اذا وقع لا يمكن رفعه ، وإن وصى لام ولده بأف على أن لا تزوج أد على أن تثبت مع ولده ففعلت وأخذت الالف ثم تزوجت وترك ولده ففيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانها فات الشرط فقالت الوصية ، ونارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى

(فصل) واختلف أصحابنا في الوصية للقائل على ثلاثة أوجه فقال ابن حامد تجوز الوصية له ، واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فعنا المجرع فقال أحمد يعتبر من ثلثه قال وهذه وصية لقائل وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قول الشافعي رضي الله عنه لان الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فان أحمد قد نص على أن المديبر اذا قتل سيده يبطل تديبره وتديبر وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل بمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية فالوصية أولى ولان الوصية أجريت بمجرد الميراث فيمنعها ما ينهه

وقال أبو الخطاب إن وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي أحمد في الموضعين وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن لان الوصية بعد الجرح

(فصل) في الوصية بالاجزاء إذا وصى له بجزء وحظ أو نصيب أو شيء للورثة أن يعطوه ماشاءوا لا ينظر فيه خلافاً وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن المنذر وغيرهم لان كل ما يعطونه جزء وشيء وحظ ونصيب وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو ارزقوه لان ذلك لاحد له في الشرع ولا في اللغة فكان على اطلاقه **مسئلة** (وان وصى له بسهم ففيه ثلاث روايات (احداها) له السدس بمنزلة سدس المفروض إن لم تكمل فروض المسئلة أو كانوا عصبه أعطي سدساً كاملاً وان كانت فروضها أعيلت به وان عالت أعيل معها (والثانية) له سهم مما تصح منه المسئلة ما لم يزد على السدس (والثالثة) له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن أوصى بسهم من ماله فروي عنه أن للموصى له السدس روي ذلك علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري (والرواية الثانية) أنه يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهماً صحت منه الفريضة فيزداد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح ، قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا ما لم يزد على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لانه متحقق ، ووجه ذلك ان قوله سهماً ينصرف إلى سهام فريضته لان وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال فريضتي كذا وكذا سهماً لك منها سهم (والثالثة) له سهم من سهام أقل الورثة اختارها الخلال وصاحبه قال أحمد في رواية أبي طالب والاثم إذا وصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل أنصيب رجل او نصيب امرأة ؟ فقال أقل ما يكون من السهام قال القاضي ما لم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه إلا أن يزد على الثلث فيعطى الثلث ، ووجه هذا القول أن سهام الورثة أنصباؤهم فيكون له

صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها لانه يبطل ما هو أكد منها، محققه أن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فمعرض بتقيض قصده وهو منع الميراث دفعا لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضا، وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فإنه ربما استعجلها بقتله، وفارق القتل قبل الوصية فإنه لم يقصد به استعجال مال اهدم انهقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث وعلى هذا متى دبر عبدا بعد جرحه إياه صح تدبيره

(مسئلة) قال (وإذا قال أحد عبدي حراً فروع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث) وجملة ذلك أنه إذا أعتق عبداً غير معين فإنه يفرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لانه عتق مستحق في غير معين فكان التعيين الى المعتق كالمعتق في الكفارة وكما لو قال لورثته ائتوا عني عبداً

ولنا أنه عتق استحقه واحداً من جماعة معينين فكان إخراجه بالقرعة كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الاصل حديث عمران بن حصين، فأما العتق في الكفارة فإنه لم يستحقه أحداً إنما استحق على المكفر التكفير، وأما إذا قال اعتقوا عني عبداً فإن لم يصفه إلى عبيده ولا إلى جماعة سواء فهو كالمعتق في الكفارة وإن قال اعتقوا أحد عبدي احتمل أن تقول بإخراجه بالقرعة كما يلتنا واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع الى اختيار الورثة وشيأني الكلام عليها، والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه أنه جعل الامر إلى الورثة حيث أمرهم بالاعتاق فكانت الخيرة اليهم وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الامر شيئاً فلا يكون لهم خيرة

أقوالهم اليقين، فإذا زاد على السدس دفع إليه السدس لانه أقل سهم يرضه ذو قرابة وقال ابو نؤير يعطى سهما من اربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام، وقال الشافعي وابن المنذر يسطيه الورثة ماشاءوا لان ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو وصى له بجزء أو حظ وقال عطاء وعكرمة لاشيء له ولنا ما روى ابن مسعود أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاء النبي ﷺ السدس ولان السهم في كلام العرب السدس قاله إياس بن معاوية فنصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولانه قول علي وابن مسعود ولا تخائف لهما في الصحابة . إذا ثبت هذا فان السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فان كانت المسئلة كاملة الفروض اعيات به وإن كانت عائلة زاد عولها به وأن كانت فيها رد أو كانوا عصبية اعطى سدساً كاملاً قال احمد في رواية ابن منصور وحرب إذا أوصى لرجل بسهم من ماله يعطى السدس إلا ان تعول الفريضة فيعطى سهما مع العول، فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فان وصى له بسهم في مسألة فيها زوج واخت كان له السبع كما لو كان معاجدة على الروايات الثلاث وكذلك لو كان في المسئلة أم وثلاث اخوات متفرقات فان كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة وللوصى له العشر

(فصل) ونقل صالح من أبيه فيمن له نالمان اسمه مارا احد فقال فلان حر بعد موتي وله ما ثنادرهم ولم يعينه يقرع بينهما فيعتق من خرجت له الفرعة وليس له من المائتين شي . . . ووجه ذلك والله أعلم أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا نصح الوصية للمعين، وقال القاضي يجب أن نصح هذه الوصية لأن مستحقة حر في حال استحقاتها نقل عن احمد فيمن قال اعنق وارقية بني فلان يترقى عنه الامس لم وذلك لان المطلق في كلام الآدي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الآدي ﴿مسئلة﴾ قال (واذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسة مائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسة مائة للورثة وان اشتروه بأقل فما فضل فهو للورثة)

أما اذا تمذر شراؤه املا امتناع سيده من بيعه أو من بيعه بالخمسة مائة واما لموته او لهجز الثلث عن ثمنه قائم للورثة لان الوصية بطلت لتعذر العمل بها فأشبهه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثا ولا يلزمهم شراء عبد آخر لان الوصية لمعين فلا تصرف إلى غيره، وأما ان اشتروه بأقل فالباقي للورثة، وقال الثوري يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد ارقاقه بالثمن ومحاباته به فأشبهه مالو قال يبعوه عبدي بخمسة مائة وقيمتها أكثر منها وكأو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسة مائة وقال اسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كالأوصى أن يحج عنه بخمسة مائة رد ما فضل في الحج

وان كان الورثة ثلاث أخوات مفترقات فلموصى له السدس على الروايات الثلاث وان كانوا زوجا وأبوين وابنتين فالمسئلة من خمسة عشر وتعول بسدس آخر الى سبعة عشر وكذلك على قول الخلال لان أقل سهام الورثة سدس وعلى الرواية الأخرى يكون للوصي سهم واحد يزداد على المسئلة فتصير ستة عشر، وان كانوا زوجة وأبوين وبناتا فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به الى ثمانية وعشرين، وعلى الرواية الثانية يزداد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين، وعلى الرواية الثالثة التي اختارها الخلال يزداد عليها مثل سهم الزوجة ثلاثة فتكون من سبعة وعشرين وان كانوا خمسة بنين فللموصى السدس كاملا ونصح من ستة على الروايات الثلاث فان كان معهم زوجة صححت الفريضة من أربعين فزيد عليها سها للوصي على إحدى الروايات فتصير احدى وأربعين وعلى قول الخلال يزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الأولى يزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها صحيحا فتصيرها في ستة ثم يزيد عليها سدسها تكون مائتين وثمانين للوصي أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنان وأربعون وترجع بالاختصار الى مائة وأربعين. والذي يقتضيه القياس فيما اذا وصى بسهم من ماله أنه ان صح أن السهم في لسان العرب السدس أو صح الحديث المذكور فهو كالوصى له بسدس ماله والأفوه وكالوصى له بجزء من ماله على ما اختاره الشافعي وابن المنذر أن الورثة يعطونه ماشاؤا . والأولى أنه إن ثبت أن السهم في كلام العرب يراد به السدس فالحكم في ذلك كما لو وصى له بالسدس سواء وان لم يثبت ذلك أعطي مثل سهم أقل الورثة وهو اختيار الخلال واحدى الروايات عن أحمد رحمه الله

(فصل) فلو خلف أبوين وابنتين ووصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بسهم منه جعلت ذا السهم كاحد الأبوين وأعطيت صاحب السدس سدسا كاملا وقسمت الباقي بين الورثة والوصي على سبعة

ولنا أنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعا إليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يبيع عنه رجل بخمسمائة لأن القصد ثم ارفاق الذي يبيع بأفضله وفي مسئلتنا المقصود العتق، ويفارق ما إذا أوصى أن يبيع عنه بمائة لغير معين لأن الوصية ثم لا يبيع مطلقا تصرف جميعها فيه وهما لمعين فلا تتعداه، وقوله أنه قصد ارفاق زيد بالثمن ومجاوبه به فقول الصحيح أنه أن كانت ثم قرينة تدل على ذلك إما لتكون البائع صديقا له أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو عين هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه لثمة قيمته فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال وادفعوا إليه جميعه أو ان بذله بدونه، وإن انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائداً إليه كما لو أمره بالشراء في حياته

(فصل) وإن وصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بما يخرج من الثلث وبه قال الشافعي رضى الله عنه، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لأنه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز المأمور بالشراء بدونه كالوكيل

ولنا أنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث فإذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله كالووصى بعتق عبده يحمله الثلث وفارق الوكالة فإنه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه أو أوصى باعتاق عبد لا تعتق منه ما يحتمله الثلث فاما إن حمله الثلث فاشتراه وأعتقه، ثم ظهر على الميت دين يستغرق

فصح من اثنين وأربعين لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ويحتمل أن يعطى الوصى له بالسهم السبع كاملا كما لو أوصى له به من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تتقدم فنضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين

(مسئلة) (وإن وصى بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجها فدفعت له وقسمت الباقي على مسألة الورثة إلا أن يزيد على الثلث ولا يجوزوا له فنقسم له الثلث ونقسم الثلثين عليها) فإن لم تقسم ضربت المسئلة أو وفقها في مخرج الوصية فما بلغ منه تصح

(مسئلة) (وإن وصى بجزأين أو أكثر أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على المسئلة فإن زادت على الثلث وردوا جعلت السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال وقسمت الثلثين على الورثة فإذا وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بربعه وخلف ابني أخذت الثلث والربع من مخرجها سبعة من اثني عشر يتي للابنين خمسة إن أجازوا وإن ردوا جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسئلة من أحد وعشرين

للوصيين الثلث سبعة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولكل واحد من الابنين سبعة فإن أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز أحدهما لهما دون الآخر أو أجاز كل واحد من الابنين لواحد فاضرب وفق مسألة الاجازة وهي ثمانية في مسألة الرد تكن مائة وثمانية وستين الذي أجز له سهمه من مسألة الاجازة مضروب في وفق مسألة الرد وللردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروب في وفق مسألة الاجازة والباقي للورثة والذي أجاز لهما سهم من مسألة الاجازة في

المال فالرؤية باطلة ويرد العبد إلى الرق إن كان اشتراء بعين المال لأننا تبييناً أن الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للغرماء، بغير اذنتهم، وإن كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لأن البائع ماغره، أما غره الموصي، ولا تركته له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في العتق ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين لزمه بتغريب الموصي فيرجع به عليه فإذا كان ميتاً لزمه في تركته كأرض جنايته

(فصل) وإن وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا، وإن وصى ببيعه بشرط العتق صححت الوصية وبيع كذلك لأن في البيع ههنا فمفعول بالعتق، وإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لعدمها كما وصى بشراء عبد يعتق فلم يبعه صيده، وإن وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم يبيع به لأنه قد قصد إرفاقه بذلك في الغالب وإن لم يسم ثمناً يبيع بقيمة وتصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد بعينه إلى رجل بعينه، فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملكة واعتاق الرقاب، ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري بمعنى يحصل له من العبد، فإن تغريبه، لذلك الرجل أو أبي أن يشتريه بالثمن أو بقيمة أن لم يعين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا

وفق مسألة الرد والآخر سهم من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة والباقي بين الوصيين على سبعة وبيان ذلك أن مسألة الإجازة من اثني عشر لأنها خرج الثلث والرابع لصاحب الثلث وأربعة ولصاحب الربع ثلاثة يبقى خمسة للابنين لا تصح عليهما تضرب اثنين في أصله تكن أربعة وعشرين للموصى لها سبعة في اثنين أربعة عشر لصاحب الثلث ثمانية ولصاحب الربع ستة يبقى عشرة للابنين لكل واحد خمسة، ومسألة الرد من أحد وعشرين لأن ثلثها سبعة للموصى لها ويبقى أربعة عشر للابنين بينهما نصفين، فإن أجاز لأحدهما دون الآخر أو أجاز أحداً للابنين لها دون الآخر أو أجاز كل واحد لواحد فوافق بين مسألة الإجازة ومسألة الرد وهما متفقان بالثلاث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الأخرى تكن مائة وثمانية وستين كما ذكر، فإن كانت الإجازة لصاحب الثلث وحده فسمه من مسألة الإجازة ثمانية مضروب في وفق، مسألة الرد وهي سبعة ستة وخمسون لصاحب الربع نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسألة الإجازة ثمانية تكن أربعة وعشرين صار المجموع للوصيين ثمانين سهماً والباقي بين الابنين وهو ثمانية وثمانون لكل ابن أربعة وأربعون سهماً، وإن أجاز لصاحب الربع وحده أخذت سهمه من مسألة الإجازة ستة، وأربعة وعشرين فتضرب في وفق مسألة الرد وهو سبعة تكن اثنين وأربعين تدفعها إليه وأصاحب الثلث سهمه من مسألة الرد أربعة تضرب في وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية تكن اثنين وثلاثين فصار المجموع أربعة وسبعين يبقى أربعة وتسعون للابنين، فإن أجاز أحد الابنين لها ورد الآخر فللذي أجاز سهمه من مسألة الإجازة خمسة مضروب في وفق مسألة الرد سبعة تكن خمسة وثلاثين وللذي رد سهمه من مسألة الرد سبعة مضروب في وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية ستة وخمسون تضاف إلى خمسة وثلاثين تكن إحدى وتسعين يبقى للوصيين سبعة وسبعون

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا أوصى لرجل بمبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولا آخر بثلاث ماله ومالك غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك فلن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربيع العبد ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، وان لم يجز الورثة ذلك فلن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد لازوصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لان وصيته في العبد)

وجلتة انه اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولا آخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربيعه فأجيز لهما انفراد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولا آخر بجزء منه فأما في حال الرد فان كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الاجازة سواء اذ لا أثر للرد وان تجاوزت ثلثه رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال، هذا هو قول الحنفي وسائر الاصحاب ويقوى عندي أنهم في حال الرد يقسمان الثلث على حسب مالهما في الاجازة وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال أبو حنيفة ومالك في الرد

بينهما على سبعة لصاحب الثلث أربعة وأربعون ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون فان اجاز كل واحد منهما لواحد فان صاحب الثلث اذا اجاز له الابن كان له ستة وخمسون واذا ردا عليه كان له اثنان وثلاثون فقد نقصه ردها أربعة وعشرين فينقصه رد احدهما نصف ذلك اثني عشر يبقى له أربعة وأربعون وصاحب الربع اذا اجاز له كان له اثنان واربعون وان ردا عليه كان له أربعة وعشرون فقد نقصه ردهما ثمانية عشر فينقصه رد احدهما نصفها يبقى له ثلاثة وثلاثون واما الاثنان فالذي اجاز لصاحب الثلث اذا اجاز لهما كان له خمسة وثلاثون واذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فنقصه الاجازة لهما احدا وعشرين لصاحب الثلث منها اثنا عشر يبقى له أربعة واربعون والذي اجاز لصاحب الربع اذا اجاز لهما كان له خمسة وثلاثون واذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فقد نقصته الاجازة احدا وعشرين منها تسعة لصاحب الربع بقي له سبعة واربعون وللوصيين سبعة وسبعون لصاحب الثلث أربعة واربعون ولصاحب الربع ثلثة وثلاثون فصار المجموع لهما وللابنين مائة وثمانية وستين

(فصل) اذا وصى لرجل بنصف ماله ولا آخر بربعه فأجاز الورثة فلصاحب النصف نصف المال والربع للآخر وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على قدر سهامهما لصاحب النصف ثلثاه وللآخر ثلثه و قسمت الثلثين على الورثة هذا قول الجمهور منهم الحسن والتخمي ومالك وابن ابي ليلى والثوري

يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرفي لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرفي الا أن الخرفي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما انه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد وانفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصى له بثالث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منها بقدر ما له في الوصية . وفي قول الخرفي رحمة الله عليه يأخذ كل واحد منها نصف وصيته من المحل الذي وصى له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثالث الجميع ، وأما على قولنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث افرد به شيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب ما لها في حال الاجازة كما في سائر الوصايا فني مسئلتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاوجه الآخر فيها وبشتر كان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة وواضع اليها الثلث الذي للآخر يصير اربعة ثم اقسّم العبد على اربعة اسهم يصير الثلث ربعا كما في مسائل العول وفي حال الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه

واشافي واسحاق وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة وابو ثور وابن المنذر لا يضرب الموصى له بزيادة على الثلث في حال الرد باكثر من الثلث لان ما زاد على الثلث باطل فكيف يضرب به ؟ ولنا انه فاضل بينهما في الوصية فوجبت المفاضلة بينهما في حال الرد كما لو وصى بالثلث والربع او بمائة ومائتين وما له اربع مائة وبهذا يبطل ما ذكروه ولانها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع ودعوى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث ممنوع وقد ذكرنا ما يدل على صحتها فيما مضى فعلى قولنا في هذه المسئلة فللموصى لهما ثلاثة ارباع ان اجاز الوارثة ويبقى للورثة الربع، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة وان اجازوا لاحدهما دون صاحبه ضربت مسئلة الرد في مسئلة الاجازة واعطيت الحجاز له سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد والمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة فان اجاز بعض الورثة لها ورد الباقيون عليها اعطيت للمجيز سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ومن لم يجز سهمه من مسئلة الرد في مسئلة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة فان اتفقت المسئلان ضربت وفق احدهما في الاخرى ومن له سهم من احدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى، وان دخلت احدى المسئلتين في الاخرى اجزأت بأكثرهما فتقول في هذه المسئلة اذا كان اماً وثلاث اخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من اربعة للوصيين ثلاثة ويبقى سهم على ستة نضربها في اربعة تكن اربعة

وفي قولنا يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثنا عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له احد عشر ولصاحب العبد ثلاثة ارباعه وذلك تسعة أسهم فيضهها الى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهماً في حال الرد تجمل الثلث عشرين سهماً والمال كله متون فاصحاب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه واصحاب الثلث ثمانية من الاربعين وهي خمسه وثلاثة من العبد وذلك عشره ونصف عشره وان كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد واصحاب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساً وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد واصحاب العبد ثلثه وطريقها ان تنسب الثلث الى ما حصل لهما في الاجازة ثم تعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة مثل تلك النسبة وعلى الوجه الاول تنسب الثلث الى وصيتهما ثم تعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة، وببينا في هذه المسئلة ان نسبة الثلث الى وصيتهما بالحسين لان النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمسها فلصاحب العبد خمساً العبد لانه وصيته ، واصحاب النصف الخمس لانه خمساً وصيته ، وعلى الوجه الآخر قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف فكل واحد منهما ما حصل له في الاجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له

وعشرين وان ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة من تسعة يبقى ستة على المسئلة وهي ستة فتصح من تسعة، وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وان أجازت الام لهما ورد الباقي عليهما أعطيت الام سهماً في ثلاثة وللباقي خمسة أسهم في ثمانية فالجميع ثلاثة واربعون يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة وان أجازت الاخ من الابوين وحدها فلها تسعة ولباقي الورثة أربعة وعشرون يبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون ولصاحب الربع ثلاثة عشر .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فان زادت الوصايا على المال عملت فيها عمالك في مسائل العول فنجعل وصاياهم كالفروض التي فرض الله تعالى للورثة)

إذا زادت على المال وان ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام فاذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من مخرجها اثني عشر وعالت الى خمسة عشر وقسمت المال بينهم كذلك إن أجزى لهم وثلث ان رد عليهم فتصح في حال الاجازة من خمسة عشر وفي الرد من خمسة وأربعين هذا قول النخعي ومالك والشافعي، قال سعيد بن منصور ثناء يوم معاوية ثناء بو عاصم الثقفي قال : قال لي ابراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لأدري؟ قال امسك

ثلثه وان كانت المسئلة بحالها وملكيه غير العبد ثلاثمائة في الاجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون
 وثلاث العبد ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد اصحاب المشاع تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة
 أنساعه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني لصاحب العبد أربعة^(١) وسدسه والآخر ثمنه ونصف سدسه
 ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها . وان وصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بالعبد في الاجازة
 لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسة
 وهو ربع العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة
 مثل ذلك وهو ثمانون ديناراً واو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله
 ووصى بالعبد لآخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب الثلث بثلث^(٢) الباقي
 وفي الرد للوصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلثه وثلث المائة ، وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه
 وللآخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته فان لم تزد الوصيتان على الثلث
 كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ،
 وبأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والآخر ستة اسباعه . وان وصى لصاحب المشاع بخمس
 المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضاً لان الوصيتين لم يخرج
 بهما من المال أكثر من ثلثه

(١) صوابه ثلثه
 وخمس تسعة وللآخر
 تسعة وثلث خمسة

(٢) صوابه بنصف
 الباقي

اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر لصاحب النصف ستة
 ولصاحب الثلث اربعة ولصاحب الربع ثلاثة وكان أبو حنيفة يقول يأخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على
 من دونه ثم يقسمون الباقي ان اجازوا وفي الرد لا يضرب لاحد بأكثر بالثلث وان نقص بعضهم عن
 عن الثلث اخذ اكثر ما يفضل به على من دونه ومثال ذلك رجل اوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال
 بينهم على تسعة في الاجازة واثالث بينهم كذلك في الرد كسئلة فيها زوج واختان لاب واختان لام
 وقال أبو حنيفة صاحب الثلثين يفضلها بسدس فيأخذه وهو صاحب النصف يفضلان صاحب الثلث
 بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقسمون الباقي بينهم أثلاثاً وتصح من ستا وثلاثين لصاحب الثلثين
 سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب الثلث ثمانية وان ردوا قسم بينهم على ثلاثة ولو
 أوصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة ان اجازوا والثلث بينهما كذلك في حال
 الرد وعند أبي حنيفة ان اجازوا فلصاحب المال الثلثان ينفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له
 خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وان ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا
 السدس في حال الاجازة والرد جميعاً ولو جعل مكان الثلث سدساً لكان لصاحب المال خمسة أسداسه
 في الاجازة ويقاسم صاحب السدس فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس سهم من اثني عشر وفي الرد
 يقسمان الثلث بينهما أثلاثاً فيحصل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له

(مسئلة) قال (ومن أوصى لقربته فهو للذكر والانثى بالسوية ولا يجاوز بها أربعة آباء لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى) وجملته ان الرجل إذا أوصى لقربته أو قرابة فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ويستوي فيه الذكر والانثى ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً، فلو وصى لقربته النبي ﷺ أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئاً لان الله تعالى لما قال (ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى ناله والرسول ولذي القربى) يعني قرباء النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبنى عبد شمس ونوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب وعلل عطيتهم بأنهم لم يشارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم إلا مسلة الخيل مطلق كلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به، ويسوي بين قريبهم وبعيدهم وذكورهم وأنثاهم لان الوصية لهم سواء ويدخل في الوصية الكبير والصغير والفني والفقير ولا يدخل الكفار لانهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي ﷺ . وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى انه يصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كأخواله وخالاته واخوته من أمه، وان كان لا يصلهم لم يعطوا شيئاً لان عطيته لهم في حياته قرينة دالة على

في حال الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له في الرد على حال الاجازة ومتى كان للوصي حق في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا اخذه منه ولا صرفه الى غيره مع ان ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون وما ذكره لا نظير له مع ان فرض الله تعالى للوارث أكد من فرض الموصي ووصيته ثم ان صاحب الفضل المفروض لا ينفرد بفضله فكذا في الوصايا

(مسئلة) (وان وصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بنصفه وخلف ابنين فالمال بينهما على ثلاثة أن أجز لهما والثالث على ثلاثة ان رد عليهما)

إما كان كذلك لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فاذا ضمت اليهما النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كسئلة فيها زوج وأم وثلاث أخوات منفقات وان ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة

(مسئلة) (فان أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسمان ولصاحب النصف

النصف في أحد الوجهين)

لانه موصى له به وإنما نعه أخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فاذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له إلا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك إنما كان حقاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد فأخذه الابن، وان أجازا لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتساع

صلته لم بعد ممانه والا فلا ، وعنه رواية أخرى انه يجاوزها أربعة آباء ، ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقبيل الذي ذكرناه فعلى هذا يعطي كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون الى الاب الادنى الذي ينسب اليه وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومته ، وإعطاء النبي ﷺ لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم في غير ذلك الموضع وقد قال أبو حنيفة : قرابته كل ذي رحم محرم فيعطى من أديانهم اثنتان فصاعداً فإذا كان له عمان وخالان فالوصية لعبيه وإن كان له عم وخالان فالعمه النصف والخالان النصف ، وقال فتادة : للاعمام اثنتان والاخوال الثلث وبه قال الحسن قال ويزاد الاقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد ، ولنا ان هذا الاسم له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف القري كالوضوء والصلوة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذوي الرحم المحرم ، فان اسم القرابة يقسم على غيرهم عرفاً وشرعاً ، وقد تحرم على الرجل ربيته وأمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم ونحل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخاتمه وهن من أقاربه وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالصير اليه محكم فأما ان كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي علي قرابتي من جهة أبي أو قوله الابن خالي فلاناً ونحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره

على الوجه الاول والتسع للآخر وعلى الوجه الثاني ليس إلا الثلثان اللذان كانا له في حال الاجازة هما ويبقى التسعان للورثة

(مسئلة) (فان اجاز احد الابن لهما دون الآخر فسمه بينهما على ثلاثة ولا شيء للمعجز وللابن الاخر الثلث والثلثان بين الوصيين على ثلاثة فان اجاز احدهما لصاحب المال وحده فلا آخر التسع وللابن الاخر الثلث والباقي لصاحب المال في احد الوجهين)

وفي الآخر له أربعة أتباع والتسع الباقي للمعجز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسع ونصف سدس في أحد الوجهين وهو ثلث ما في يده وربعه وفي الآخر يدفع التسع وهو ثلث ما في يده فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان وللمعجز تسعان والثلث للذي لم يجز ، ونصح من تسعة وعلى الوجه الاول نصح من ستة وثلاثين للذي لم يجز اثنا عشر وللمعجز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسألة الرد من تسعة ولصاحب النصف منها سهم فلو اجاز له الابن كان له تمام النصف الثلاثة ونصف فاذا اجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم ونصف وربع فتضرب مخرج الربع في تسعة تكن ستة وثلاثين

(فصل) في الجمع بين الوصية بالانصبا ، والاجزاء ، اذا خلف ابنتين ووصى لرجل بثلث ماله ولا آخر يمثل نصيب ابن فتيها وجهان (أحدهما) لصاحب النصب ثلث المال في حال الاجازة كما لو لم يكن معه

(فصل) فان وصى لأقرب أقرابه أو أقرب الناس اليه أو أقربهم به رحا لم يدفع الى الابدعهم وجود الأقرب فيقدم الأب على كل من أدلى به من الأجداد والأخوة والأعمام والابن تقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ويستوى الأب والابن لان كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ويحتمل أن يقدم الابن لانه يسقط تهصيب الأب والاول أولى لان اسقاط تهصيبه لا يمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تهصيبه مع بعده ويقدم الابن على الجد والأب على ابن الابن ، وقال أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقدم ابن الابن على الأب في أحد الوجهين لانه يسقط تهصيبه ولنا أن الأب يدلي بنفسه وبلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن . والأب والام سواء وكذلك الابن والبنت والجد أبو الأب وأبو الام وأم الأب وأم الام كلهم سواء ثم من بعد الاولاد اولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والاناث وفي اولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الأجداد الأقرب منهم فالأقرب لانهم العمود الثاني ثم الأخوة والاختوات لانهم ولد الأب أو من ولد الام ثم ولد الأم وإن سفلوا ولا شيء . لولد لاختوات اذا قلنا لا يدخل ولد البنات واذا تساوت درجاتهم فأولام ولد الابن ويسوى بين ولد الأب وولد الام لانهما على درجة واحدة وكذلك ولداها والاخ الأب أولى من ابن الاخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ويستوي العم من الأب والعم من الام وكذلك ابناؤهما وعلى

وصي آخر وهذا قول يحيى بن آدم وعند الرد بقسم الثلث بين الرصيين نصفين لانه وصى لهما بثلثي ماله وقد رجعت وصيتها بالرد الى نصفها ونصح من ستة (والوجه الثاني) يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن وهو ثلث الباقي وذلك التسمان عند الاجازة لان للموصى اة باثالث ثلث المال ويبقى سهمان بين الموصى اة بالنصيب وبين الابنين على ثلاثة لانصح نصيرها في ثلاثة تكن تسعة لصاحب الثالث ثلاثة ويبقى ستة لكل ابن سهمان وللموصى اة بالنصيب سهمان وهي التسمان وفي الرد بقسم الثلث بينهما على الخمسة التي كانت لهما في حال الاجازة لصاحب الثالث ثلاثة واصحاب النصيب سهمان : (مسألة) (وان كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجه ثالث)

وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الاجازة ثلث الثلثين وفي الرد بقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهمًا لصاحب النصف تسعة واصحاب النصيب أربعة وانما كان كذلك لان الورثة لا يلزمهم اجازة أكثر من ثلث المال فاذا جازوا أكثر من ذلك حسب من نصيبهم لانهم تبرعوا به ويبقى نصيب الموصى له بالنصيب على حاله كانه لم يخرج من المال الا الثلث فيبقى الثلثان بينه وبين الابنين على ثلاثة لان له مثل نصيب ابن فتجمل المسألة من ثمانية عشر لانها أقل عدده نصف ولينه ثلث اصحاب النصف تسعة لانه مجاز له وبطي الموصى له بالنصيب ثلث الثلثين أربعة صار الجميع ثلاثة عشر يبقى

هذا الترتيب ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه الا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والحالات وهذا القول إنما يخرج في مذهب أحمد على الرواية الزائدة التي تجعل القرابة فيها كل من يتم عليهم اسم القرابة فأما على الرواية التي اختارها الحنفي وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الام ولا أقاربها لان من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة فصلى هذا تنازل الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد أبائه إلى أربعة آباء ولا يعدوم ذلك ، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس اليه أعطي لثلاثة من أقرب الناس اليه ، وإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالاخوة فالوصية لجمعهم لان بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم ، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كالت من الثانية ، وإن كانت في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فاذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثا ، وكذلك إن كان ابن وأخوان وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون لابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فان كان الابن وارثا سقط حقه من الوصية إن لم يجز له والباقي للاخوة ، وإن وصى لعصبة فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كانوا من يرث في الحال أو لم يكن ويسوي بين قريبيهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال .

خمسة للابنين لا تصح عليهما فتضرب عددها في ثمانية عشر تكن ستة وثلاثين للموصى لهما ستة وعشرون لصاحب النصف ثمانية عشر وللآخر ثمانية يبقى عشرة للابنين بينهما نصفين وان ردوا قسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر فتصح من تسعة وثلاثين ثلاثة عشر للموصين والابنين ستة وعشرون (فصل) فان كان الجزء المرصى به الثلثين فعلى الوجه الاول الموصى له بالنصيب الثلث في حال الاجازة وتصح من ثلاثة وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الثاني للموصى له بالنصيب التسع وللآخر الثلثان في حال الاجازة وتصح من تسعة أيضا وفي الرد يقسم الثلث بينهما على تسعة وتصح من أحد وعشرين ، وفي الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين وللآخر الثلثان وأصلها من تسعة وتصح من ثمانية عشر في الاجازة لصاحب الثلثين اثناعشر وللآخر أربعة يبقى سهمان للابنين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ستة عشر وتصح من ثمانية وأربعين (فصل) فان كان الموصى به جميع المال فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهما على أربعة في حال الاجازة لصاحب المال ثلاثة ولصاحب النصيب سهم كالموصى بماله كله وثلثه ، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على أربعة ، وعلى الوجه الثاني لا يحصل لصاحب النصيب شيء لانه إنما يحصل له مثل ابن والابن لا يحصل له شيء ، وهذا مما يوهن هذا الوجه لانه لا يطرد ويكون الكل لصاحب المال في حال الاجازة وفي الرد يأخذ صاحب المال الثلث ويبقى اثنان بين صاحب النصيب وبين الابنين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين اثنان من تسعة ولصاحب المال

(مسألة) قال (وإن قال لأهل بيتي أعطي من قبل أبيه وأمه)

يعني تعطى أمه وأقاربها الاخوان والحالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقربته والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه النسوية بن هذا اللفظ واللفظ القرابة فانه قال في رواية عبد الله اذا وصى بثلاث مائة لأهل بيته هو بمثابة قوله لقرايتي وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وقال أحمد قال النبي ﷺ « لا تحل الصدقة لي ولأهل بيتي » فجعل سهم ذي القربى لهم عوضا عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة . وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال « أذكركم الله في أهل بيتي » قال قلنا من أهل بيته نساؤه ؟ قال لا ، أصلا وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة : آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس ، وقال القاضي : قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالاجداد والاعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والاناث . وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فان ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرّموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبي ﷺ لعاطمة وولديها وزوجها اللهم هؤلاء أهل بيتي فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا » ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمته ،

تسعة فنصح من أحد عشر في حال الاجازة وفي الرد من ثلاثة وثلاثين لصاحب المال تسعة واصحاب النصيب اثنان ولكل ابن أحد عشر

(مسألة) (اذا وصى لرجل بمن نصيب أحد ابيه ولا آخر بثلاث باقي المال فلى الوجه الاول

لصاحب النصيب ثلث المال وللآخر ثلث باقي المال تسعة والباقي للابن وتصح من تسعة) وعلى الوجه الثاني يدخلها الدور لكونه انما يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل للابن وهو لا يعلم ثلث الباقي حتى يعلم نصيب الابن ولا يعلم نصيب الابن حتى يعلم ثلث الباقي فيخرجه ويقسم الباقي على الابن وصاحب النصيب والتفريع على هذا الوجه . ولعملها طرق (أحدها) أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيبا وانما جعلته ثلاثة أسهم ليكون الباقي بعد النصيب ثلث فيدفع النصيب الى الوصي له به وإلى الآخر ثلث الباقي سهمان لئلا يكون لكل ابن سهم وذلك هو النصيب فصحت من أربعة (والطريق الثاني) طريق الجبر فتأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا تدفع إلى الوصي الآخر ثلثه وهو ثلث مال الا ثلث نصيب يبقى ثلثا مال إلا ثلث نصيب يعدل نصيبين اجبر ثلثي المال بثلثي نصيب ورد على النصيبين مثل ذلك يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل اثلاثا من جنس الكسر واقب وحول فاجعل النصيب اثنين والمال ثمانية وبرجع بالاختصار إلى أربعة (والطريق الثالث) الطريق المنكوس وهي أن تقول للابن سهمان وهو مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل

والحرقى عدم في القرابة بقوله لا يجاوزها أربعة آباء. لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى فجعل هاشم الأب الرابع ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي ﷺ أباً لان هاشم انما هو رابع النبي ﷺ (فصل) وان وصى لآله فهو مثل قرابته فان في بعض ألقاظ زيد بن أرقم من آل رسول الله ﷺ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعاهه: آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل. والاصل في آل أهل قبليته الهمة كما قالوا اهرقت الماء وأرقته، ومدت ثلاثا تجتمع همزتان وان وصى لعترته فقد توقف أحد في ذلك وهو في عرف الناس عشيرته الأذنون وولده الذكور والاناث وإن سفلوا فتصرف الوصية بهم وبذلك فسره ابن قتيبة، قال: ويدل على ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه نحن عترة النبي ﷺ وبضته التي تفقت عنه، وقال ثعلب وابن الأعرابي: العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلوا في ذلك العشيعة، والاول أصح وأشهر في عرف الناس مع انه قد دل على صحته قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب النبي ﷺ فلم ينكره أحد وهم أهل الاسان فلا يعول على ما خالفه

وان وصى لقومه أو لنسبائه فقال أبو بكر هذا بمثابة أهل بيته، وقول القاضي إذا ذل لرحمي أو لأرحامي أو لأنسائي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس، فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بفرض أو نصيب أو بالرحم في حال من الاحوال وقول أبي بكر في

نصفه سهما بصير ثلاثة ثم زد عليه مثل نصيب ابن نصر أربعة وان شئت ضربت ثلاثة مخرج الثالث في ثلاثة وهي عدد البنين مع الوصي تكن تسعة انقص منها واحداً يبقى ثمانية ومنها تصح وتسمى طريق الباب وتعمل بها ما يرد عليك من هذه المسائل

(مسئلة) (وان كانت وصية الثاني بثلث ما يبقى من النصف فعلى الوجه الاول تصح من ثمانية عشر لصاحب النصيب الثالث ستة والآخر ثلث ما يبقى من النصف سهم يبقى أحد عشر للبنين) ونصح من ستة وثلاثين لصاحب النصيب اثنا عشر وللآخر سهمان واكمل ابن أحد عشر سهما في حال الاجازة وفي الرد، ونصح من أحد وعشرين الاول ستة أسهم والآخر سهم واكمل ابن سبعة وعلى الوجه الثاني يجعل للمال ستة أسهم ونصيبين بدفع النصيب الى الموصى له به والى الآخر ثلث باقي النصف سهما والى أحد البنين نصيبا يبقى خمسة لابن الآخر فالنصيب خمسة والمال ستة عشر للموصى له بثالث باقي النصف سهم يبقى خمسة عشر الموصى له بالنصيب خمسة واكمل ابن خمسة وبالجزء تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال الانصبيات تلقي منه ثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال الاثني نصيب تعدل نصيبين اجبرها بشئ نصيب وزد على النصيبين مثلها يبقى خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلاثين ابسط الكل اسداسا واقلب وحول واجعل أجزاء المال النصيب واجزاء النصيب المال بصير النصيب خمسة والمال ستة عشر وان شئت

المناسيبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف يطلق على من كان من العشرة التي ينتسبان اليها
 واذا كان كل واحد منهما ينتسب الى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له
 (فصل) فان وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصية لهم لان الاسم يتناولهم وقد
 تعينوا بوجودهم دون غيرهم وان لم يكن له إلا موال من أسفل فهو لهم كذلك، وان اجتمعوا فالوصية لهم
 جميعا يستنون فيها لان الاسم يشمل جميعهم ، وقال أصحاب الرأي الوصية باطلة لانها لغير معين ،
 وقال أبو ثور بقرع بينهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقال ابن القاسم هي للمولى من أسفل
 ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وقول أصحاب الرأي (والثالث) هي للموالي من فوق لانهم أقوى
 بدليل انهم عصبة وبرؤونه بخلاف عتقائه (والرابع) يقف الامر حتى يصطلحوا

ولنا أن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا فدخلوا في الوصية كما لو وصى لاختوته ، وقولهم غير
 معين غير صحيح فان من التعميم يحصل التعيين ولذلك لو حلف لا كملت موالى حنت بكلام أهم
 كان ، وقولهم ان المولى من فوق أقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاختوته
 ولا شيء لابن العم ولا لناصر ولا انبى من ذكرنا لان الاسم ان لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا
 والامام العرفية تقدم على الحقيقية ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواليه ، وقال زفر يستحق ولا يصح
 لان مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه ، فان لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر

أخذت نصف مال القيت منه نصيبا يبقى نصف مال الا نصيبا الق ثلثه يبقى ثلث مال الا ثلثي نصيب
 ضمه الى نصف المال بصر خمسة أسداس الا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبر وقابل بصر خمسة
 أسداس مال تعدل نصيبين وثلاثين ابسط الكل أسداسا من جنس الكسر واقلب يكن المال ستة عشر
 والنصيب خمسة كما سبق

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ولا آخر بنصف باقي المال ففيها
 ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى (والثاني)
 أن يعطى نصيبه من ثلث المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيب ابن بعد أخذ صاحب النصف وصيته
 وعلى هذا الوجه يدخلها الدور والتفريع عليه ولعملها طرق :

(أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد
 البنين واحداً بصر أربعة فنضربها في المخرج تكن ثمانية تنقصها سهماً يبقى سبعة فهي المال للموصى
 له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم .

(طريق آخر) أن تزيد سهام البنين نصف سهم ونضربها في المخرج تكن سبعة
 (طريق ثالث) يسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هذا بقية مال ذهب
 نصفه فاذا أردت تكيله زدته عليه مثله ثم زد عليه مثل نصيب ابن تكن سبعة

يكون لموالي أبيه وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء. له لأنه ليس بمولى له واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالي أبيه مجازاً فإذا تهذرت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى مجازة والعمل بتصحيح الكلام المكاف عند إمكان تصحيحه ولأن الظاهر إرادته المجاز لكونه محلاً لصحيحاً وإرادة التصحيح أغلب من إرادة الفاسد، فإن كان له موالي وموالي أب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالي الأب شيء. على مقتضى ما ذكرناه لأن الوصية كانت لغيرهم فلا تعود إليهم إلا به وقد ولم يوجد. ولا يشبه هذا قوله أوصيت لأقرب الناس إلي وله ابن وابن ابن فإت ابن حيث يستحق ابن الابن وإن كان لا يستحق مع حياة الابن شيئاً لأن الوصية هي المرصوف بصفة وجدت في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً فهم وجودهم جميعاً لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة ترجد في مولى أبيه، قال الشريف ويدخل في الوصية الموالي مدبره وأم ولده لأن الوصية إنما تستحق بعد الموت وهم حينئذ موالى في الحقيقة

(فصل) وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كل جانب نص عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة الجار الملاصق لأن النبي ﷺ قال «الجار أحق بصقبه» يعني الشفعة وإنما ثبت للملاصق ولأن الجار مشتق من المجاورة، وقال قزادة: الجار الدار والداران
وروي عن علي رضي الله عنه في قول النبي ﷺ «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» قال من سمع النداء، وقال سعيد بن عمرو بن جعدة من سمع الاقافة، وقال أبو يوسف الجيران أهل المحلة

(طريق رابع) وهو أن يجعل للمال سهمين ونصيباً وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهماً يبقى سهم للبين يعدل ثلاثة أنصبا، فالل مال كله سبعة، وبالجزر تأخذ مالا وتلقي منه نصيباً يبقى مال الا نصيباً وتدفع نصف الباقي إلى الوصي الآخر يبقى نصف مال الانصاف نصيب تعدل ثلاثة أنصبا، فاجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصف كامل يعدل ثلاثة ونصفاً فالل مال كله سبعة

(فصل) قلن كنت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثالث من ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال تدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث سهمان تدفع منها سهماً إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة. وبالطريق الثاني تزيد على سهام البين نصفاً وتضربها في المخرج يكن واحداً وعشرين. وبأثلاث تعمل كما عملت في الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع نجعل الثلث سهمين ونصيباً تدفع النصيب إلى المرصوف له به وإلى الآخر سهماً يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع النصيبين إلى اثنين يبقى خمسة لثالث فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجزر تأخذ مالا تلقي من ثلثه نصيباً وتدفع إلى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الانصاف

في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جبران وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جبران ، وأما الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الاخذ ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا» وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المتقارب ويرجع في ذلك الى العرف (فصل) وإن وصى لأهل دربه أو سكتته فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه (فصل) وإن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية كما لو وصى لثمان قبائل . وافرقت بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الانتصار على صنف واحد . أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع اليه ويجوز الانتصار من كل صنف على واحد لأنه لا يمكن استيعابهم . وحكي هذا عن أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن أنه قال : لا يجوز الدفع إلى أقل من اثنين وحكي أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف وهو مذهب الشافعي . وأصل هذا الاختلاف في الزكاة وقد ذكرناه ، ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من أهل بلده ، وإن وصى للفقراء وخدم دخل فيه المساكين ، وإن وصى للمساكين دخل فيه الفقراء

نصيب اجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين تضر ثلاثة ونصفا تعدل خمسة أسداس اقلب وحول يكن النصيب خمسة وكل سهم ستة والمال أحداً وعشرين (فصل) فإن أوصى لثالث بربع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة واربعه واضرب بعضها في بعض تكن اربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً واضربها في اربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في اربعة وعشرون وذلك اثنا عشر يبقى اربعة وعشرون وهي المال ثم انظر الاربعة والعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربها لاجل الوصية الثالثة يبقى اربعة عشر وهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثالث وهو سبعة والى الثالث ربع المال أحداً وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن اربعة عشر . وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصفا في اربعة وعشرين تكن اربعة وعشرون وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت أحداً وعشرين ضربتها في اربعة من أجل الربع تكن اربعة وعشرون . وبالطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصبا . تدفع نصيباً الى صاحب النصيب والى الآخر سهماً والى صاحب الربع سهماً ونصفاً وثلاثة أرباع نصيب يبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة تعدل ثلاثة أنصبا فأسقط نصيباً وربها بثلاثين يبقى ثلاثة أسهم ونصف تعدل نصيباً وثلاثة أرباع فالنصيب إذا سهمان فابسط الثلاثة الانصبا . تكن ستة فصار المال اثنا عشر ومنها نصيب اصحاب النصيب سهمان والآخر نصف باقي الثلث سهم واصحاب الربع

لانهم صنف واحد فيما عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعا فيدل على ذلك أنه أراد المغايرة بينهما ، ويستحب نعيم من أمكن منهنم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداية بأقارب الموصي على ما ذكرنا في باب الزكاة

(فصل) وإن أوصى بشي لزيد وللمساكين فلزيد نصف الوصية وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد زيد ثلثه وللمساكين ثلثاه لان أقل الجمع اثنان ، وقال الشافعي يكون كأحدهم إن عهدهم أعطاه كواحد منهم ، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم ، وحكى أصحابه وجهين آخرين أحدهما كذهبنا والثاني له ربع الوصية لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا أربعة

ولنا أنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن يقسم بينهما كما لو قال لزيد وعمرو ، ولأنه لو وصى لقريش ونعيم لم يشرك بينهم على قدر عددهم ولا على قدر من يعطى منهم بل يقسم بينهم نصفين كذلك ههنا وإن كان زيد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء ، وبه قال الحسن واسحاق لان عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولان تجوز ذلك ينفي إلى تجوز دفع الجميع اليه وانفذه يقتضي خلاف ذلك ، فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لانه شرك بينهم وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فساووا فيه كما لو قال هذا لكم ويحتمل أن يكون كإثني قبليها

(فصل) وإن قال اشترى بثلثي رقابا فاعتقوهم لم يجز صرفه إلى المساكين لانه وصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسم الثلث لثلاثة لم يجز أن يشترى أقل منها لانها أقل الجمع وإن قدرت على أن تشتري أكثر من ثلاثة بشمن ثلاثة غاية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال «من أعتق امرأ مسلماً أعتق الله بكل عضويه عضو منه من النار» ولأنه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصه من الربعة بشمن ثلاثة غاية فالثلاثة أولى لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال «اغلاها

ثلاثة يبقى ستة لثنين لكل ابن سمان وهذا أخصر وأحسن. وبالجمبر تأخذ مالا تدفع منه نصيباً يبقى مال الا نصيباً تدفع باقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث المال وربعه الا نصف نصيب تعدل ثلاثة أنصباء اجبر وقابل واقبل وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين فنفسرهما في اثنين ايزول الكسر تصر أربعة وثمانين .

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاولين فاعلمها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلثه أربع أسهم تعدل نصيباً ونصفاً أبسطها ارباعاً تكن السهام خمسة عشر والانصباء ستة توافقها وتردها الى وفقها تصر خمسة أسهم تعدل نصيبين اقلب واجمل النصيب خمسة والسهم اثنين وأبسط ما معك بصر سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب والى الآخر

منا وأنفسها عند أهلها ، والقصد من العتق تكيل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك إلا باعناق جميعه ، وهذا التفضيل والله أعلم من النبي ﷺ للغاية إنما يكون مع التساوي في المصلحة فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق فله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة له في العتق وربما تضرر به من فوات نفقته ونفائه ومصلحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتناق من كثرت المصلحة في اعتناقه أفضل وأولى وان نالت قيمته ولا يسوغ اعتناق من في اعتناقه مفسدة لان مقصود المومي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتناق هذا ، ولا يجوز أن يعتق الارقبة مسلمة لان الله تعالى لما قال (فتحريرو رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدي محمول على مطابق كلام الله تعالى ، ولا يجوز اعتناق معينة عيباً يمنع الاجزاء في الكفارة لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلاثة في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء جزأ في الجهاد وجزأ يتصدق به في قرابته وجزأ في الحج ، وقال في رواية أبي داود الغزو يبدأ به . وحكي عنه أنه جعل جزأ في فداء الاسرى ، وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان القنظ للعموم فيجب حمله على عمومه ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق وفك أسير وإعتناق رقبة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصاحبة تعود على أحد من خلق الله فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل تحكم لامعنى له

نصف باقي الثلث سهمين والى الثالث ربع الباقي خمسة يبق خمسة عشر لكل ابن خمسة وهذه الطريق أخصر . وان عملت بالطريق الثاني أخذت اربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهماً ونقصت نصفه وربع ما بقي منه يبقى ثلاثة أثمان زدها على سهام البنين تكن ثلاثة وثلاثة أثمان تضر بها في اربعة وعشرين تكن أحد أو ثمانين ومنها تصح وبالطير يفضي الى ذلك أيضاً

(مسألة) (وان خلف اما وبتناً واختاً واوصى بمثل نصيب الام وسبع ما بقي ولا خير بمثل نصيب الاخت وربع ما بقي ولا خير بمثل نصيب البنت وثلاث ما بقي فاعملها بالمتكوس فقل مسألة الورثة من ستة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثة يكن تسعة ومثل نصيب البنت ثلاثة تكن اثني عشر وهي بقية مال ذهب ربهه فزد عليه ثلثه اربعة صار ستة عشر ومثل نصيب الاخت اثنين تكن ثمانية عشر وهي بقية مال ذهب سبعة فزد عليه سدسه ثلاثة يكن احداً وعشرين ومثل نصيب الام سهمين يكن

وإذا قال ضع ثلثي حيث يريك الله فيه صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملاً يقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه فإن لم يجد قالي محارمه من الرضاع، فإن لم يكن قالي جيرانه. وقال أصحاب الشافعي: يجب ذلك لأنه رده إلى اجتهاده فيما فيه الخط وهذا أحظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم. ونقل أبو داود عن أحمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محارب لم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم فأنهم أحق، قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين أعطى أخوته وهم فقراء؟ قال نعم هم أحق يعطون خمدون درهمها لا يزدون على ذلك، يعني لا يزد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذي يحصل به القى

﴿مسئلة﴾ قال (وإن أوصى أن يحج عنه بخمسمائة فما فضل رد في الحج)

وجملة أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث لا تسمى بجميعة في جهة فربما فوجب صرفها في لوروى في مايل الله، وليس لولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لأنه أطلق له التصرف في المعاوضة فانتضى ذلك عوض المثل كالوكيل في البيع ثم لا يخلو أمان أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة يصرف فيها أو ناصها عنها فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحمد، فإنه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته، وهذا قول العنبري

وقال القاضي يعازيه في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري، وعن أحمد أنه مخير في ذلك، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها أرى أن يؤخذ ذلك ما لها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ (الحال التمسك) أن يفضل عن الحج في دفع في حجة ثانية ثم في ثالثة

اثنين وعشرين ومنها تصح تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب الام سها وسبع الباقي ثلاثة يبقى ثمانية عشر تدفع إلى الموصى بمثل الاخت سهمين وربع الباقي فيحصل له ستة ويبقى اثنا عشر، تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب البنات ثلاثة يبقى تسعة تدفع إليه ثلثها ثلاثة يصير له ستة ويبقى ستة للورثة، وهذا في حال الاجازة، وفي الرد تجمل الثلث ستة عشر فتصح من ثمانية وأربعين الموصى له بمثل نصيب الام أربعة والسك واحد من الوصيين الآخرين ستة والورثة اثنان وثلاثون لا تقسم على مسئلتهم وتوافقها بالانصاف فتضرب وفق أحدهما في الاخرى تكن مائة وأربعة وأربعين

(فصل) فإن خلقت امرأة زوجاً وأماً وأختاً لاب وأوصت بمثل نصيب الام وثالث ما بقي ولا آخر بمثل نصيب الزوج ونصف ما بقي فمسئلة الورثة من ثمانية وهي مال ذهب نصفه فزد عليه مثله يكن ستة عشر ومثل نصيب الزوج ثلاثة تصير تسعة عشر وهو بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه

الى أن ينفد أو يبقى مالا يبايع حجة فيحج عنه من حيث يبايع على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستتبع في الحج مع الامكان الا من بلد المحجوج عنه لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثالث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً وتطوعاً فان كان فرضاً أخذ أكثر الامرين من الثالث أو القدر الكافي لحج الفرض فان كان الثالث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفد كذا ذكرنا من قبل ، وإن كان الثالث أقل ثم قدر ما يكفي في الحج من رأس المال وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزعري والشافعي وإسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحماد بن أبي سليمان والثوري وابو حنيفة وداود بن أبي هند . ان وصى بالحج فمن ثلثه والا فليس على ورثته شيء فلي قورلم إن لم يف الثالث بالموصى به والا لم يزد على الثالث لان الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة

وانا قول النبي ﷺ «لو كان على أيك دين أ كنت تقضيه؟» قال نعم قال «فدين الله أحق أن يقضى» والدين بن رأس المال فما هو أحق منه أولى ولانه واجب فكان من رأس المال كدين آدمي ، وإن كان تطوعاً أخذ الثالث لا غير اذا لم يميز الورثة ويحج به على ما ذكرنا فيما مضى

(فصل) واذا أوصى بحج واجب او غيره من الواجبات كقضاء دين وزكاة وإخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يرصي بذلك من صاب ماله فهذا تأكد لما وجب بالشرع ويحج عنه من بلده ، وان لم يف ماله بذلك أخذ ماله كله يدفع في الواجب كما لو لم يوص (الثاني) أن يوصي بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضاً ، فان لم تكن له وصية غير هذه لم تند شيئاً وبودي من المال كله كما لو لم يوص ، وان كان قد أوصى بتبرع لجهة أخرى قدم الواجب ، وان فضل من

نصفه صار ثمانية وعشرين نصفاً فرد عليه مثل نصيب الاخْت سهمين بكن ثلاثين ونصفاً بسطها من جنس الكسر تكن احداً وستين للموصى له بمثل نصيب الام أربعة بقي سبعة وخمسون ادفع اليه ثلثها تسعة عشر بقي ثمانية وثلاثون ادفع الى الموصى له بمثل نصيب الزوج ستة بقي اثنان وثلاثون ادفع اليه نصفها ستة عشر بقي ستة عشر المورثة ، الزوج سنة والام اربعة وللأخت ستة هذا في حال الإجازة وفي الرد تجمل السهام الحاصلة للاوصياء وهي خمسة وأربعون ثلث المال فتكون المسئلة جميعها من خمسة وثلاثين .

(مسئلة) اذا خلف ثلاث بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم الاربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهمها تكن خمسة فهو النصيب وزد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر يكن ستة عشر تدفع الى الموصى له بالنصيب خمسة ويستثنى من ربع المال اربعة اقسام يبقى له سهم ولكل ابن خمسة

الثالث شيء، فهو للتبرع، وان لم يفضل شيء، سقطت وان لم يف الثلث بالواجب أم من رأس المال هكذا ذكر القاضي، وقال ابو الخطاب بزاحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ويحتمل أنه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالخصص فما حصل للواجب أم من رأس المال فيدخله الدور ونعمل بالجبر فنقول في رجل أوصى بحجة واجبة كفايتها عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلف إلا ثلاثين فاعزل تنمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة الا لث شيء، واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة الا سدس شيء، اضم الشيء، الذي عزله الى ما حصل للحجة فصارت خمسة الا سدس شيء، يعدل عشرة وخذ من الشيء، سدسه فاجبر به بعض الخمسة يبقى خمسة اسداس شيء، يعدل خمسة فالشيء، اذا سته ومنى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ثلثها ثمانية لصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة، مع الستة صار الجميع عشرة فان كان عليه أيضاً بن خمسة، عزلت تنمة الحج شيئاً وتنمة الدين نصف شيء، بقي ثلث للمال عشرة الا نصف شيء، واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة الا خمس شيء، اضم اليها تنمة بصر شيئاً أربعة الا خمس شيء، يعدل عشرة وبعدها الجبر بصير أربعة ائتماس شيء، تعدل ستة فزد على الستة بثمانية وسبعة ونصف، يعدل شيئاً فالشيء، سبعة ونصف ونصف الشيء، ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة ارباع ثلثها ستة وربع، للدين خمسها واحد وربع اذا ضمت اليه تنمة كل خمسة وللحج اثنان ونصف تكمل به تنمة وللصدقة اثنان ونصف، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث، بكاله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالقسط، في المسئلة الاولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة، وفي المسئلة الثانية حصل للحج أربعة وفي له ستة وحصل للدين ديناران وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب الدين دينارين

وان شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقي بينهم وبينه على اربعة فان قال: الاربع الباقي يبد النصيب فزد على سهام البنين سهماً وربعاً واضربه في أربعة يكن سبعة عشر للوصي سهماً ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً الى الوصي ويستثنى منه ربع الباقي وهو ربع مال الاربع نصيب صار معك مال وربع الا نصيباً وربعاً يعدل انصاء البنين وهو ثلاثة اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر

﴿مسئلة﴾ (فان قال الاربع الباقي بعد الوصية جعلت الخرج ثلاثة وزدت عليه واحداً صار أربعة فهو النصيب ويزيد على عدد البنين سهماً وتضربه في ثلاثة يكن ثلاثة عشر فهو المال) وان شئت قلت المال كله ثلاثة انصاء ووصية الوصية هي نصيب الاربع الباقي بعدها وذلك ثلاثة ارباع نصيب فبقي

من الورثة وديناراً من صاحب التبرع (الثالث) ان يوصي بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ باخراجه قبل التبرعات والميراث فان كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي - وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لانه إنما يملك الوصية بالثلث ولنا أن الحج كان واجبا من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيتمى على ما كان عليه كما لو لم يوص به ، وقولهم لأن ملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ولا تنقيد به (القسم الرابع) أن يوصي بالواجب ويقرون الوصية بالتبرع مثل أن يقول حجوا عني وأدوا ديني ونصدقوا عني ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب من رأس المال لان الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وأنوا حننه يوم حصاده) والاكل غير واجب والابتاء واجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواؤهما في محل الاخراج (والثاني) أنه من الثلث لانه قرن به ماخرجه من الثلث

﴿ مسألة ﴾ قال (وان قال حجة بخمسائة فما فضل فهو لمن يحج)

وجملته أنه اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر ما يحج به فهو لمن يحج لانه قصد ارفاقه بذلك فكأنه صرح ، فان قال حجوا عني حجة واحدة بخمسائة وما فضل منها فهو لمن يحج ثم إن عين من يحج عنه فقال يحج عني فلان بخمسائة صرف ذلك اليه وإن لم يعين أحداً فلا وصي صرفها إلى من شا. لانه فرض اليه الاجتهاد إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز لانها لا محاباة فيها ثم ينظر فان كان الحج للموصي به تطوعاً فجميع انقدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجبا فالزائد عن نفقة المثل معتبر من

ربع نصيب فهو الوصية وبين ان المال كله ثلاثة وربع ايسرها تكن ثلاثة عشر ولهذا المسائل طرق سوى ما ذكرنا .

(فصل) فان قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الا ثلث ما يبقى من الثلث نخذ مخرج ثلث الثلث وهو تسعة زد عليها سها تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصاء البنين سها وثلاثاً واضرب ذلك في تسعة يكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة الى الوصي واستثن منه ثلث بقية الثلث سها يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة وان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جمعت المال ستة وزدت عليه سهاً صار سبعة فهذا هو النصيب وزدت على انصاء البنين سهاً ونصفاً وضربته في ستة بصر سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت منه نصف بقية الثلث سهاً بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وإنما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب وبقي أطلق الاستثناء

الثالث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعاً فإنه يحج به من حيث يبلغ على ماضى

(فصل) وإن عين رجلاً أن يحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواء وبصرف الباقي إلى الورثة ، ولو قال المعين اصرفوا الحجة إلى من يحج وأدفعوا الفضل إلي لأنه موصى به لي لم يصرف إليه شيء. لأنه أءأ أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئاً

﴿مسئلة﴾ قال (وإن قال حجوا عني حجة فما فضل رد الى الورثة)

أما إذا أوصى بحجة ولم يذكر قدرأ من المال فإنه لا يدفع إلى من يحج الا قدر نفقة المنزل لما ذكرناه وإن فضل فضل عن ذلك فهو للورثة وهذا ينبغي على أن الحج لا يجوز الاستنجار عليه إنما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصى وما بقي رده على ورثته ، وإن تلف المال في الطريق فهو من مال الموصى وليس على النائب أمام المضى الى الحج عنه وعلى الرواية الاخرى يجوز الاستنجار عليه فلا يستأجر الاثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو لمن يحج لأنه ملك ما أعطى بعقد الاجارة ، وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه أمام الحج ، وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه الا حجة واحدة لأنه أول ما يقع عليه الاسم فإن عين مع هذا من يحج عنه فقال يحج عني فلان فإنه يدفع اليه قدر نفقته من بلده اذا خرج من الثالث ، فإن أبى الحج إلا بزيادة نصرف اليه فينبغي أن يصرف اليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره ، وإن أبى الحج وكان واجبا استتيب غيره بأقل ما يمكن استتابته به ، وإن كان تطوعاً احتمل بطلان الوصية لأنه عين لها حجة فإذا لم تقبلها بطلت الوصية كما لو قال بيعوا عبدي لعلان بمائة فأبى شراؤه وبمقتضى أن لا يبطل

فلم يقبل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد بن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فإن قال الا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب ولا آخر بثالث ما يبقى من المال بعد وصية الاول فخذ الخرج خمسة وزد عليها خمسها تكن ستة انقص ثلثها من أجل الوصية باثالث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهماً وزد عليه خمسها وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصاء البنين واضربها في خمسة تصير تسعة عشر فهي المال ادفع الى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم وادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثنا عشر لسلك ابن أربعة وبالجزء خذ مالا وألق منه نصيباً واسترجع منه خمس الباقي يصير مال وخمس الا نصيباً وخمساً الق ثلث ذلك بقي أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب بعدل ثلاثة أنصاء اجبر وقابل وإسقط

وبسنتاب غيره لانه قصد القرية والتميين فاذا بطل التعيين لم تبطل القرية كما لو قال بيعوا عبدي فلان وتصدقوا بئمنه فلم يقبل فلان فانه يباع لغيره ويتصدق به

(فصل) واذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة لم يكن للوصي المحجج بنفسه نص عليه أحد كما لو قال تصدق علي لم يجز أن يتصدق علي نفسه، وإن قال حجج عني بما شئت صحح وله ماشاء إلا أن لا يجز الورثة فله الثلث

(فصل) اذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث واسعد بثلث مائه فاجاز الورثة أمضيت على ما قال الموصي وان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين اسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فالعمرو فان لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمنع المزاحمة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع الاخ من الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم الى نصف وصيته لان زيدا إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسئلة فيما تقدم فان امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استتيب ثقة غيره في الحج بأقل ما يمكن وتتمام المائة للورثة ولعمرو ما فضل فان كانت الحجة تطوعا ففي بطلان الوصية بهما وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) وان أوصى لزيد بعبد بعينه واهمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع الى زيد ودفع بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو وان مات العبد بعد موت الموصي أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو وهكذا ان مات زيد قبل موت الموصي أو بعده وان مات العبد قبل موت الموصي فومنا التركة حال موت الموصي بدون

يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة، وان شئت قات أنصاء البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصير أربعة أنصاء ونصفاً ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية اجبر وقابل وابسط تصير ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهماً من الوصية وهي لا تنفق بالاثلاث فردها الى وقفها تصير سهماً تعدل اربعة والوصية سهم والنصيب اربعة فابسطها تكن تسعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال اربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهي تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل اعشاراً تكن الانصاء خمسة وأربعين والوصية سهم وان كان اثنتي عشر من المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية اجبر بصير العشر بعدل وصية وخمساً ابسط يصير النصيب اثنين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون الق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهي خمسة وخمسون ياتي له خمسة وللآخر ثلث الباقي تسعون ويبقى مائة وثمانون لكل

العبد ثم يقوم العبد لو كان حياً فان بقي من الثلاث بعد قيمته شيء فهو لعمره والابطلت وصيته ولو قال لاحد عبده أنت مدبر ثم قال لا تخر أنت مدبر في زيادة الثالث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك فهي كالتالي قبلها على ما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى بثلاث ماله لرجل فقتل عمداً أو خطأ وأخذت الدية فلن أوصى له بالثلاث ثلث الدية في احدى الروايتين والاخرى ليس لمن أوصى له بالثلاث من الدية شيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلاث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت دينة هل للموصي منها شيء، أو لا؟ فنقل منها عن أحمد أنه يستحق منها وروي ذلك عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته، وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق وقال مالك في دية العمدة لان الدية انما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل ان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز ان تجب للميت بعد موته لانه بالموت نزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك؟ فلا يدخل في الوصية لان الميت انما يرصي بجزء من ماله لا بماله ورثته ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لانها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولان بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا تقضي منها ديونه ويجهز منها ان كان قبل تجهيزه وانما يزول من أملاكه ما استغنى عنه فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولانه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فإنه يملك بحيث تقضي ديونه منه ويجهز فكذلك دينة لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينة

ابن ستون ويرجع بالاختصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للموصي الاول سهم وللتاني ثمانية عشر ولكل ابن اثناعشر وبالجزء تأخذ ما لا تلقي منه نصيباً وتزيد على المال خمسة بصر مالا وخمساً الا نصيباً القى ثلث ذلك يبقى أربعة اخماس مال الا ثلثي نصيب تعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلاثاً اضرها في ثلاثة ليزول الكسر تصير خمسة وخمسين وان كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله نخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصاء البنين سهماً واضربه في المال يكن ستين وهي المال وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلاث المال كله فالعمل كذلك إلا أنك تزيد على سهام البنين سهماً وخمساً وتضربها تكن ثلاثة وستين فان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهماً واحداً فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهي النصيب ثم زدت على سهام البنين سهماً وخمساً وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع إلى الوصي الاول أحد عشر وستين منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى

(فصل) فان كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الاولى يعتبر خروجه من ثلث ماله ودبته وعلى الاخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديبته لانها ليست من ماله
 (فصل) وان أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون ان الوصية تعتبر من جميع ما تخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع هذا قول النخعي والاوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء علم أولم يعلم وحكي عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعه ومالك : لا يدخل في وصيته الا ما علم الا المدير فانه يدخل في كل شيء :
 ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وصى الى رجل ثم أوصى بعده الى آخر فهما وصيان الا ان يقول قد أخرجت الاول)

معنى أوصى الى رجل أي جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ذبونه واقتضاها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على اولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير اولاده من الاخوة والاعمام وسائر من عدا الاولاد فلا تصح الوصية عليهم لانه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لتأبته بعد المات ، ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالوا للجد ولاية على ابن ابنة وان سفل لان له ولادة ونصيباً فأشبهه الاب ولأصحاب الشافعي في الام عند عدم الاب والجد وجهان (أحدهما) ان لها ولاية لانها أحد الابوين فأشبهت الاب

معه تسعة وتدفع إلى صاحب الثلث أحداً وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية واربعين انقص منها ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهمها وزد عليه خمسة ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة واحداً وسبعين ومنها تصح

(فصل) إذا وصى لرجل بمنثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث ولا آخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة انصبا فادفع إلى الوصي الاول نصيباً وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيان ادفع نصيبين إلى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون

(فصل) إذا وصى لعمه بثلث ماله وخاله بعشرة فردت وصبتها فتحاص الثلث وأصاب الخال

ولنا أن الجد بدلي بواسطة فأشبهه الاخ والعم وفارق الاب فانه بدلي بنفسه وبحجب الجدد
ومخالفه في ميراثه وحجبه فلا يصح الحاقه به ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي
الزكاح بحال فلا تلي مال غيرها كالعبد ولانها لا تلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب
إذا ثبت هذا فانه اذا أوصى الى رجل ثم أوصى الى آخر فها وصيان الا أن يقول قد أخرجت
الاول أو قد عزلته لما ذكرنا فيما اذا أوصى بمجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر ولانه قد وجدت الوصية
اليها من غير عزل واحد منها فكانا وصيين كما لو أوصى اليهما دفعة واحدة فأما ان أخرج الاول اعزل
وكان الثاني هو الوصي كما لو عزله بعد الوصية الى الثاني

(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجل بشي . دون شي . مثل أن يوصي الى انسان بتفريق وصيته
دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن
يوصي الى انسان بتفريق وصيته والى آخر بقضاء ديونه والى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل
واحد منهم ما جعل اليه دون غيره . ومتى أوصى اليه بشي . لم يصير وصيا في غيره وبهذا قال الشافعي
وقال أبو حنيفة يصير وصيا في كل ما يملكه الرصي لان هذه ولاية تنتقل من الاب بموته فلا تتبع
كولاية الجد . ولنا انه استناد التصرف بالأذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ما أذن فيه
كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة ، ثم تلك ولاية استنادها بقرابته وهي لا تتبع بعض والأذن يتبع بعض فانترقا
(فصل) ويجوز أن يوصي الى رجلين معاً في شي . واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف
منفرداً فيقول أوصيت الى كل واحد منكما ان يتفرد بالتصرف لانه جعل كل واحد منهما وصيا
منفرداً وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد وله أن يوصي اليهما ليتصرفا مجتمعين وایس لواحد منهما
الانفراد بالتصرف ولانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ، وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما

سنة فاضربها في وصيته وذلك عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينها يخرج بالقسم خمسة عشر
فهي اثنتان وان شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يجب أن يصيب العم كذلك فيبقى من
الثلاث خمسا وهي تمدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلاثة يصير تسعة
وهو الذي أصاب العم ، وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث
نصف سدس يمدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف والعم ثلاثة أمثاله اثنتان وعشرون
ونصف والمال كله تسعون وان قال أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمسا للعم فيكون
الحاصل للخال خمسا وصيته أيضاً وذلك أربعة دنانير ووصية للعم مثل ثلثها ديناران وثلثان والثالث
كله ستة وثلثان والمال عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال فأصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس
وصيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشر

خلافاً ، وان أطلق فقال أوصيت اليكما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعي ، وقال ابو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تتبع بعض فلك كل واحد منهما الانفراد بها كالاخوين في تزويج أختها

وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيح أن يفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء: كفن الميت وقضاء دينه وإنفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام وقبول المبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لان هذه يشق الاجماع عليها وبضر تأخيرها فجاز الانفراد بها

ولنا انه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف تقول به فانه جعل الولاية اليهما باجماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا الا مجتمعين ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضاً ، واذا تعذر اجتماعهما أقام الحاكم أميناً مقام العائب

(فصل فيمن تصح الوصية اليه ومن لا تصح)

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعاً ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نهله لان المجنون والطفل ليسا من اهل التصرف في اموالهم ، فلا يباين على غيرهما ، والكافر ليس من اهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية الى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي

يعدل ما حصل للمم وهو ستة فائلك ستون ، وان أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسه يبقى من الثلث أيضاً عشره فهو نصيب الحال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا لثك وصية خاله وحاله ، مثل نصيب أحدهم الاربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع تسكن اثني عشر انقصها منهما يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها ستمين يبقى تسعة فهي وصية الحال ، وان نقصتها ثلاثة فهي ثمانية فهي وصية المم ، وبالجزير تجمل مع المم أربعة دراهم ومع الحال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم ديناراً وعلى الدنانير درهماً يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقرب وحول تصر الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا ، وان وصى لعمه بعشرة إلا

والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل ونخاف القضاء فإنه يعتبر له الكل في الحائنة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية إلى الأعمى وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لا تصح الوصية إليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار فصحت الوصية إليه كالصغير ، وأما الصبي العاقل فلا أعلم فيه نصاً عن أحمد فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه لأنه ليس من أهل الشهادة والافترار ولا يصح تصرفه إلا باذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ولأنه مولى عاقله فلا يكون والياً كالأطفال والمجنون وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله ، وقال القاضي قياس المذهب صحة الوصية إليه لأن أحمد قد نص على صحته وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم إليه لأنه لا يلي على مسلم ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفاسق وأما وصية الكافر إليه فإن لم يكن عدلاً في دينه لم تصح الوصية إليه لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه فم الكافر أولى ، وإن كان عدلاً في دينه ففيه وجهان (أحدهما) تصح الوصية إليه وهو قول أصحاب الرأي لأنه يلي بالنسب في الوصية كالمسلم (والثاني) لا تصح وهو قول أبي ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصية إليه كالفاسق المسلمين ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمراً أو خنزيراً ، وأما العبد فقال أبو عبد الله بن حامد تصح الوصية إليه سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك ، وقال النخعي والأوزاعي وابن شيرمة

وصية ربع خاله وخاله بعشرة إلا خمس ووصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس تكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة تكن مائة وخمسين اقسّمها على تسعة عشر تخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية اجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجزء تجعل وصية الخال شيئاً ووصية العم عشرة إلا ربع شيء نخذ خمسها فزده على الشيء وهي سهران الا لنصف عشر شيء تعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين نصر ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً ، وإن وصى لعمه بعشرة الا لنصف وصية خاله وخاله بعشرة إلا ثلث

نصح الوصية الى عبد نفسه ولا نصح الى عبد غيره ، وقال ابو حنيفة نصح الوصية الى عبد نفسه اذا لم يكن في ورثته رشيد وقال ابريوسف ومحمد والشافعي لانصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون ولا على ابنة بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون

ولنا أنه يصح استنابته في الحياة فصح أن يرصى اليه كالحرق وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمذبر والمعوق بعضه كخلاف في العبد القن ، وقد نص الحرقى على أن الوصية الى أم ولده جائزة ، وقد نص عليه احمد أيضا لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال ، وأما الفاسق فقد روي عن احمد ما يدل على أن الوصية اليه لا تصح وهو قول مالك والشافعي ، وعن احمد ما يدل على صحة الوصية اليه فانه قال في رواية ابن منصور اذا كان منهما لم يخرج من يده ، وقال الحرقى اذا كان الوصي خائناً ضم اليه أمين وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحاكم اليه أميناً ، وقال ابو حنيفة نصح الوصية اليه وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعبد ووجه الاولى أنه لا يجوز افراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالمجنون وعلى ابي حنيفة لا يجوز اقراره على الوصية فأشبهه ما ذكرنا

(فصل) ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب كالموصية له وهو قول بعض أصحاب الشافعي

وانما شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود، فأما الوصية له فهي صحيحة وان كان وارثاً وانما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ والازوم فاعتبرت حالة الازوم بخلاف مستثنى فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده وعلى الوجه الثاني لو كانت الشروط كلها منتفية او بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه

وصية بجدده ولجده بعشرة إلا ربع وصية عمه قوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان، وبها أن تضرب الخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في أربعة في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحداً يبقى اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحداً واضربها في اثنين في عشرة تكن مائة وثمانين اقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم سبعة وخمس وهي وصية الخال ثم انقص من الاربعة واحداً واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحداً تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ثمانية وخمسان وهي وصية الجد .

(فصل) واذا قال أوصيت الى زيد فان مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منها وصياً الا أن عمراً وصي بعد زيد لأن النبي ﷺ قال في جيش مؤتة « أميركم زيد فان قتل فأمركم جعفر فان قتل فأمركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير وان قال أوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصي صح لذلك فاذا كبر ابنه صار وصيه وعلى هذا لو قال وصيت لك فان تاب ابني عن فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه او اشتغل بالعلم او صالح امه او رشد فهو وصي صح الوصية اليه وبصير وصياً عند وجود هذه الشروط

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان الوصي خائناً جعل معه أمين)

ظاهر هذا صحة الوصية الى الفاسق ويضم اليه أمين وكذلك إن كان عدلاً فغيرت حاله الى الخيانة لم يخرج منها ويضم اليه أمين ، ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال اذا كان الوصي متعماً لم يخرج من يده . ونقل المروزي عن أحمد فيمن أوصى الى رجلين ليس أحدهما بموضع للوصية فقال للآخر اعطني لا يعطيه شيئاً ايس هذا بموضع للوصية فقيل له أليس المريض قد رضي به ؟ فقال وإن رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه ، وحمل القاضي كلام الحرقي وكلام أحمد في ابقائه في الوصية على أن خيافته طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيافته موجودة حال الوصية اليه لم تصح لانه لا يجوز تولية الخائن على بتم في حياته فكذلك بعد موته ولان الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلها فعلى هذا اذا كان الوصي فاسقاً فخكه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أهناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الحرقي لا تزول ولايته ويضم اليه أمين ينظر معه . وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين

(طريق آخر) تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الحال دينارين ومع الجذ ثلاثة دراهم ثم تضم إلى ماع العم ديناراً وإلى ما مع الحال درهما وتقابل ما مع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهما فأسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً ودرهما ثم قابل ما مع الحال بما مع الجذ بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الحال لثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجذ فاذا أسقطت المشترك بقي درهماً وربع . معادلة لدينار وثلاثة أرباع قابسط الكل أربعاً يصير سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة . من الدراهم فاقب وأجعل الدرهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع إلى ما فرضت فتجد مع العم درهما وديناراً ستة عشر ومع الحال ثمانية عشر ومع الجذ أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والأحد وعشرون ثمانية وخمسان ، فان كان معهم أخ ووصية الجذ عشرة إلا ربع ماع الاخ ووصية الاخ عشرة إلا خمس ماع العم فهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الحال دينارين

لانه أمكن حفظ المال بالأمين وتخصيل نظر الوصي بأبنائه في الوصية فيكون جمعاً بين الحقين وان لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين ازالة بد الفاسق الخائن وقطم نصرته لان حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد

وأما التفريق بين الفسق الطاريء وبين المقارن فبهيد فان الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما اذا كانت لمعنى يحتاج اليه في الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار الهداية في الدوام أولى من قبل أن الفسق اذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضى به الموصي مع علمه بحاله وأوصى اليه راضياً بنصرته مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيائته في ما له بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه الأخرى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده ، وأوصى الى اثنين لم يجز لواحد التصرف

(فصل) وأما العدل الذي يدرج عن النظر لعله أو ضعف فان الوصية نصح اليه وبضم اليه الحاكم أميناً ولا يزال يده عن المان ولا نظره لان الضعيف أهل للولاية والامانة فصحت الوصية اليه وهكذا إن كان قوياً فحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم اليه بدأ أخرى ويكون الاول هو الوصي دون الثاني وهذا معاون لان ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي وهذا قول الشانئى وأبي يوسف ولا أعلم لهما مخالفاً .

(فصل) واذا تغيرت حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص اليه وبرجع الامر الى الحاكم فيقيم أميناً ناظراً للميت في أمره وأمر اولاده من بعده كما لو لم يتخلفه وصياً ، وان تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية فصحت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم يتغير حاله وبمقتضى

ومع الجدة ثلاثة دراهم ومع الآخر أربعة أفانس ثم تقابل ما مع العم بما مع الخال كما ذكرنا وتجعل الاشياء ديناراً ودرهماً ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجدة فتجعل الدينارين درهين وفلساً ثم تقابل ما مع الجدة بما مع الأخ فتخرج الفانس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وعشرين ومع الجدة ثلاثة وتسعين ومع الأخ مائة وأربعة إذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيت منه صار معه مائة وتسعة عشر وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة وثلاثين جزءاً ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجدة سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وعشرين جزءاً

وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تكن مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهو المقسوم عليه وتنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم

أن تبطل لان كل حالة منها حالة لقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها ، فأما ان زالت بعد الموت وانزل ثم عاد فكل الشروط لم تعد وصيته لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

(فصل) ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي لانها إذن في التصرف فصيح بقوله بعد العقد كالوكيل بخلاف الوصية له فانها تملك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصيح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبه: موته بشهد منه وفي غيبته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بمحضرة لانه غره بالانزام وصيته، ومنعه بذلك الابناء الى غيره . وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية عن أحمد ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك . ولنا أنه متصرف بالأذن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(فصل) ويجوز أن يجعل للموصي جعلاً لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية وقد قل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي الى الرجل ويجعل له دراهم مائة فلا بأس ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لانه ليس بنائب عنه (فصل) وإذا أوصى الى رجل وأذن له أن يوصي الى من يشاء فحرم ان يقول اذنت لك أن توصي الى من شئت أو كل من أوصيت اليه فقد أوصيت اليه أو فهو وصي صح وله ان يوصي الى من شاء لانه رضي باجتهاده واجتهاد من براه فصح كالموصى اليهما معا وهذا قول أكثر اهل العلم وحكي عن الشافعي أنه قال في أحد القولين ليس له ان يوصي لانه يلي بتبليغه فلا يصح أن يوصي كالوكيل ولنا أنه مأذون له في الأذن في التصرف فجز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا أمر بالتوكيل والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فلما ان أوصى اليه وأطاق ولم يأذن له في الايباء ولانها

تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الاربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر تزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة وتضربها في ثمانية وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة وهي وصية الأخ ، وفي كل ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم في عشرة وتقسمة على تسعة تشر فالخارج بالقسم هو وصيته .

(فصل) فان وصى لأمه بعشرة ونصف وصبة خاله ولخاله بعشرة وثلاث وصبة عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر، وبأبها أن تضرب أحد الخرجين في الآخر وتنقصه واحداً فهو المقسوم عليه وتزد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث وتضربه في عشرة يكن تسعين مقسومة

عنه فيه روايتان (أحدهما) له ان يوصى الى غيره وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف لان الاب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كلاب (والثانية) ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وإسحاق وهو الظاهر من مذهب الحنفي لقوله ذلك في الوكيل لانه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل ويخاف الاب لانه يلي بغير تولية

(مسئلة) قال (وان كانا وصيين مات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)

وجملة ذلك أنه يجوز للرجل الوصية الى اثنين فتعي أوصي اليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف فان مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً لان الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده ، فان أراد الحاكم رد النظر الى الباقي منهما لم يكن له ذلك ، وذكر أصحاب الشافعي وجهها في جوازها لان النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية كان له رده الى واحد كذلك هنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

وانا أن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده ، وان تغيرت حالها جميعاً بموت أو غيره فلحاكم أن ينصب مكانها ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفي بواحد كذا هنا ، ويفارق ما إذا كان أحدهما حياً لان الموصي بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معا (والثاني) لا يجوز أن ينصب الا اثنين لان الموصي لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً ، فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره

على خمسة تكن ثمانية عشر ثم زيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان مهتما آخر ووصى للخال بعشرة وثلاث وصيته ووصى له بعشرة وربع وصية العم ضربت الخارج وقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم زيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تكن أربعين ثم في عشرة ثم اقسماً تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقي كاذكرنا تكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء ، وان شئت بعدما عملت وصية العم قاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهي وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ، ومتى عرفت مامع الواحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم . وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى المستول أن يوفقنا لما يرضيه وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وان ماتا معا أو خرجا عن الوصية للمحاكم أن يقيم واحدا يتصرف وان تغيرت حال احد الوصيين
تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها اضعف أو علة ونحو ذلك وكانا بمن لكل واحد منهما التصرف
منفردا فليس للمحاكم أن يضم اليهما اميناً الا ان الباقي منهما يكفي الا ان بكرن الباقي منهما يعجز عن
التصرف وحده اكثره العمل ونحوه فله ان يقيم اميناً، وان كانا بمن ليس لأحدهما التصرف على
الانفراد فلي للمحاكم ان يقيم مقام من ضعف عنها اميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة :

(١) صوابه وليس
لكل واحد منهم

الوصيان والامين معهما ولكل^(١) واحد منهما التصرف وحده
(فصل) واذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم
بينهما وجعل في مكان تحت ايديهما جميعاً لان الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه
وقال مالك يجعل عند اعدلهما، وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي
الا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم انما أراد اذا كان كل واحد منهما موصياً اليه على
الانفراد وقال بعضهم بل هو عام فيهما

ولنا أن حنظ المال من جملة الموصى به فلم يميز لأحدهما الانفراد به كالتصرف ولانه لو جاز
لكل واحد منهما أن يتفرد بحفظه لجاز له أن يتفرد بالتصرف في بعضه
(فصل) لا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض
فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى الى عمر، وأوصى الى الزبير ستة من
أصحاب رسول الله ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وطيم بن الاسود
وآخر وروي عن ابن عمر أنه كان وصياً لرجل، وفي وصية ابن مسعود ان حدث بي حادث الموت من
مريض هذا أن سرجم وصيتي الى الله سبحانه ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله ولانها وكالة وأمانة

باب الموصى اليه

(صح وصية المسلم الى كل مسلم عاقل عدل، وإن كان عبداً أو مراهقاً أو امرأة أو أم ولد)
صح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً فأما العبد فصح الوصية اليه قال ابن حامد سواء
كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة صح الوصية
الى عبده ولا تصح الى عبد غيره، وقال أبو حنيفة صح الوصية الى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته
رشيد وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا تصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب
فلا يجوز أن يلي الوصية كالجنون

ولنا أنه صح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحرة وقاسمهم يبطل بالارادة والخلاف في
المسكاتب والمدبر والمعتق بهضه كالحلاف في العبد القن، وأما الصبي المميز فقال القاضي قياس المذهب

فأشبهت الرديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أترى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلمة شيئاً، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل نحرماً للسلمة واجتناباً للخطر وقد روي حديث يدل على ذلك وهو ما روي أن النبي ﷺ قال لا يبي ذر «اني أراك ضعيماً واني أحب لك ما أحب لنفسي فلانأمرن على اثنين ولا نوابين مال يتيم» أخرجه مسلم . (فصل) فان مات رجل لارصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع مادعت الحاجة الى بيعه، فان صالحا نقل عنه في رجل بارض غربة لا قاضي بها مات وخلف جوارري ومالا أترى لرجل من المسلمين يبع ذلك فقال أما المنافع والحيوان فان اضطروا الى بيعه ولم يكن قاض فلا بأس وأما الجوارري فاحب إلي ان يتولى بيعهم حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهم يتضمن اباحة فرج واجاز يبع ذلك لانه موضع ضرورة .

(فصل) وإذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه نص عليه أحمد فقال إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو يحتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً إنما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال الموصي جئت لك ان تضم ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده وبمحتمل أن يجوز ذلك عندنا لانه يتداوله لفظ الموصي ، وبمحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا وبمحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه اذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبهه ما لو دفع الى أجنبي .

صححة الوصية لان أحمد قد نص على صححة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وقال شيخنا لا أعلم فيه نصاً عن أحمد فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والافرار ولا يصح تصرفه إلا باذن وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية كالطفل وهذا مذهب الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح واسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى الى حفصة ولانها من أهل الشهادة أشبهت الرجل وبخالف القضاء فانه يعتبر له الكمال في الحلقة والاجتهاد بخلاف الوصية وتصح الوصية إلى أم الولد ، ذكره الحرقي ونص عليه أحمد لانها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية .

ولنا أنه تملك ملكه بالأذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كما لو وُكِّه في بيع سلعة لم يجزله بيعها من نفسه (فصل) وإن وصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة أخراج ثلث ما في أيديهم فضنه روايتان (أحدهما) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لأن حق الوصي له متعلق بأجزاء التركة فجواز أن يدفع إليه مما في يده كما يدفع إلى بعض الورثة (والأخرى) يدفع إليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا ههنا، ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً فله وصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لأنه لا فائدة في انتظار أخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناساً فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لأنه معارضة لا يجوز إلا برضاهم والله أعلم .

(فصل) إذا علم الوصي أن على الميت ديناً أما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد لا يقضيه إلا بينة قيل له فإن كان ابن الميت يصدقه؟ قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته وقال فيمن استردع رجلاً الف درهم وقال إن أنا مت فادفعها إلى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها إلى أجنبي فقال إن دفعها إلى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وإن دفعها إلى الآخر ضمن، وأهل هذا من أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقرؤا فلا يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير إذنه لأن قوله أقر عندي وأذن لي إثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لأنه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا ينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له أن ينفذ هذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين، وواقفة للدليل قيل لأحمد فإن

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح إلى غيرهم كالطفل والمجنون ولا وصية المسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه) لأن المجنون والطفل ليسا أهلاً للتصرف في أموالهما فلا يباين على غيرهما والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم ولأنه ليس من أهل الشهادة والعدالة أشبه المجنون ، وأما الفاسق فقد روي عن أحمد أن الوصية إليه لا تصح ، وهو قول مالك والشافعي ، وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه فإنه قال في رواية ابن منصور إذا كان متعماً لم يخرج عن يده ، وقال الحزقي إذا كان خائناً ضم إليه أمين ، وهذا يدل على صحة الوصية إليه وبضم الحاكم إليه أميناً ، وقال أبو حنيفة تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم دزله لأنه بالغ عاتل فصحت الوصية إليه كالعدل

ولنا أنه لا يجوز إفراده بالوصية فلم تجز الوصية إليه كالمجنون ، وعلى أبي حنيفة أنه لا يجوز إقراره على الوصية فأشبهه ما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وإن كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح ؟ على وجهين)

علم الموصى إليه لرجل حقا على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إلى القاضي ليستجلفه ان مالي في يديك حق . فقال لا يحلف ويهلم القاضي بالتضوية فان أعطاه القاضي فهو أعلم فان ادعى رجل ديناً على الميت وأقام به بيعة فهل يجوز للموصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم فكلام أحمد يدل على روايتين

(احدهما) قال لا يجوز لدفع اليه بدعواه الا أن تقوم البيعة فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبيعة من غير حكم حاكم لان البيعة له حجة ، وقال في موضع آخر الا أن يثبت بيعة عند الحاكم بذلك فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبدين لا يملك غيرها وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثة أقرع بينهما ، فاز وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أسداسه لان جميع ملك الميت خمسمائة درهم وهو قيمة العبدين فضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة ، فلما ان وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل في الآخر اذا وقعت عليه القرعة وكل شيء يأتي من هذا الباب فسيبده أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر)

هذه المسئلة دالة على أحكام أربعة (منها) أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه

يعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين ، وفي الآخر تعتبر حالة الموت حسب كالوصية له ولان شروط الشهادة تعتبر عند ادائها لا عند تحملها كذلك ههنا ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا أنها شروط العقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فأما الوصية له فهي صحيحة ، وإن كان وارثا وإنما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث لان نفوذ والازوم فاعتبرت حالة الازوم بخلاف مسئلتنا فأما شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده

(فصل) وتصح الوصية إلى الاعمى ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أن الوصية لا تصح إليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم له مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة ، والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت لوصية إليه كالباقي .

الا ثلث المال إلا أن يجزئه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء ، وحكي عن مسروق فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له: غيره أجزه برمته شيء جعله لله لا ارده . وهذا قول شاذ يخالف الاثر والنظر فانه قد صح عن عمران بن حصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً . رواه مسلم وأبو داود ، ولأنه تبرع في مرض موته فأشبهه سائر العطايا والصدقات

(الثاني) أن العتق إذا كان في أكثر من واحد فلم يحماهم اثلث كلنا الثلث في واحد بالقرعة وإن كانوا جماعة كلنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور
(الثالث) أنه إذا لم يخرج من الثلث الا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق باقيه على ما سنذكره في العتق إن شاء الله تعالى

(الرابع) اثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي ﷺ في الأعبد الذين أقرع بينهم . فأما كيفية تكيل العتق فان العبيد إن تسارت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح كسنة أعباء . قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين منهم ثلثا وأقرعنا بينهم . بسهم حربيه وسهمي رق كما فعل النبي ﷺ فاللذان يقع لهما سهم الحربيه يعتمان وبرق الآخرون ، وإن كان فيهم كسر كسئلة الحرقى أقرعت بين العبدین فأيهما وقعت عليه قرعة الحربيه ضربت قيمته في ثلاثه أسهم فما باع نسبت إليه قيمة العبدین جميعا فهما خرج بالنسبة فهو القدر الذي يعتق منه في هذه المسئلة اذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربت في ثلاثة صارت ستمائة ونسبت منها قيمة العبدین معا وهي خمسمائة تجدها خمسة أسداسها فيعتق منه خمسة أسداسه ، وإن وقعت على الآخر عتق خمسة أسداسه ونسب ما شمس ذلك يأتي في باب العتق إن شاء الله

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الاول) ونظير ذلك ما إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر ، أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فانه يكون بينهما وقد ذكرنا ذلك ، فكذلك إذا أوصى إلى رجل ثم وصى إلى آخر فانهما بصيران وصيين ، كما لو وصى اليها جميعاً في حال واحدة وإن قال قد أخرجت الاول بطلت وصيته لانه صرح بعزله فالعزل كما لو وكله ثم عزله .

﴿ مسئلة ﴾ (وليس لأحدهما الاقتراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه) وجملة ذلك أنه يجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت إلى كل واحد منكما وجمعت له أن يتنرد بالتصرف فان هذا يقتضي تصرف كل واحد منهما على الاقتراد، وله أن يوصي اليها ليتصرفا مجتمعين فلا يجوز لاحدهما الاقتراد بالتصرف لانه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ولا نعلم خلافا في هاتين الصورتين ، فان أطلق فقال

(مسألة) قال (واذا أوصى بعبد من عبده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعة إذا كان يخرج من الثلث والا ملك منه بقدر الثلث)

وجلة ذلك أن الوصية بغير معين كعبد من عبده وشاة من غنمه تصح وقد ذكرنا أن الوصية بالمجهول تصح فيما مضى وبه يقر مالک والثناي واشحاق، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة وبشبهه أن يكون قول اسحاق . ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا من العبيد وهو قول الشافعي ، وقال مالک قولاً يقتضي أنه إذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعة فله ربعهم فإنه قال إذا أوصى بعشر من ابله وهي مائة يعطى عشرة والنخل والرقيق والدواب على ذلك . والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد لأنه الذي تناوله الغنم والغنم هو المنتضى فلا يعدل عنه ولكن يعطى واحداً بالقرعة لأنه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كالأعتق واحداً منهم ، وعلى ما نقل ابن منصور يعطيه الورثة من عبده ماشاً وامن صحيح أو معيب جيد أو ردي ، لأنه يتنازل له اسم العبد فأجزأه ولو وصى له بعبد ولم يصفه إلى عبده ، وإن لم يكن له إلا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك إن كان له عبيد فماتوا كاهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر تسليم الباقي ، وإن تلف رقيقه جميعهم قيل وت الموصى أو قتلوا بطلت الوصية لأنها إنما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ وإن تلفوا بعد موته بغير تفریط من الورثة بطلت الوصية لأن التركة عند الورثة غير مضمونة لآنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلتهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة ، ولو قال أوصيت لك بعبد من عبيدي ولا عبده لم تصح الوصية لأنه أوصى له بلا شيء فهو كالموت أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له فإن اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لأنها

أوصيت إليه كما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالک والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك لأن الوصية والولاية لا تنبض فلك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين في تزويج أختها وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما ببيعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وانفاذ وصيته ، ورد الوديعة بينهما ، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة ، والطعام ، وقبول الهبة له ، والحصومة عن الميت فيما يدعى له وعاليه ، لأن هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها .

ولنا أنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين وما قاله أبو يوسف نقول به فإنه جعل الولاية اليها باجتماعها فليست تتبعه كما لو وكل وكيلين أو صرح للموصين بان لا يتصرفا إلا مجتمعين ويبتل مقاله بهاتين الصورتين وبهما يبطل مقاله أبو حنيفة أيضاً ومتى تعذر اجتماعهما قام الحاكم أميناً مقام الغائب

وقعت باطلة فلم تصح ، كما لو قال أوصيت لك بما في كيستي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئاً ولأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين لأحال الوصية : ويحتمل أن تصح كما أو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصى له بثلاث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين

وقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل قال في مرضه أعطوا فلاناً من كيستي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء : يعطى مائة درهم فلم يبطل الوصية لأنه قصد إعطائه مائة درهم وظنها في الكيس فإذا لم تكن في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده إذا لم يكن له عبيد أن يشتري له من تركته عبد ويعطى إياه

(فصل) وان وصى لرجل بعبد صححت الوصية وبشترى له عبد أي عبد كان وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤوا ولا قرعة ههنا لأنه لم يصف الرقيق إلى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أنثى من يسمى عبداً كما أو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ما شاؤوا من ذكر أو أنثى ، والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فإن الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله تعالى (وأنكحوا الأيتام منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف بغير المعطوف عليه ظاهراً ، ولأنه في العرف كذلك فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكاه في شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته إلا إلى الذكر ، وان وصى له بأمة أو جارية لم يكن له إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلاً لأنه لا يعلم كونه ذكراً ولا أنثى ، وان وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والأنثى والخنثى

(فصل) وان وصى له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبد من عبيده ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز . قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والأنثى لأن الشاة اسم

(فصل) اذا قال اوصيت الى زيد فان مات فقد اوصيت الى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصياً الى ان عمراً وصى بمد زيد لان النبي ﷺ قال في حبش مؤنة « اميركم زيد فان قتل فأمركم جعفر فان قتل فأمركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمير وكذلك ان قال اوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك واذا كبر ابنه صار وصيه ومثله لو قال اوصيت اليك فاذا ناب ابني من فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه واشتغل بالعلم أو صالح امه او رشده فهو وصيي صححت الوصية اليه وبصير وصياً عند وجود هذه الشروط

﴿مسئلة﴾ (وان مات احدهما اقام الحاكم مقامه اميناً)

قد ذكرنا ان الوصية تجوز الى اثنين وأنه متى اوصى اليهما مطلقاً فليس لأحدهما الافراد بالتصرف فان مات احدهما اوجن او وجد منه ما يوجب عزله اقام الحاكم مقامه اميناً لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي وحده ، وان اراد الحاكم ان يكتبني بالباقي منها لم يجز له ذلك ، وذكر اصحاب الشافعي

يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار . وعندني انه لا يتناول الا أنثى كبيرة الا أن يكن في بلد عرفهم يتناول ذلك ، فأما من لا يتناول عرفهم الا الاناث فان وصيته لا يتناول الا ما يسمى في عرفهم لان ظاهر حاله ارادة ما يتعارفونه ، وان وصي بكبش لم يتناول الا الذكر الكبير من الضأن ، والنيس لا يقم الا على الذكر الكبير من المعز ، وان وصي بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصي بجمل لم يكن الا ذكراً وان وصي بناقة لم تكن الا أنثى ، وان قال عشرة من ابلي وقع على الذكر والانثى جميعاً ، وبمحمل انه ان قال عشرة بالها . فهو للذكور وان قال عشر فهو للاناث وكذلك في الغنم لان العدد في العشرة الى الثلاثة للمذكر بالهاء والمؤنث بغيرها قال الله تعالى (فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان قال اعطره بغيراً ففيه وجهان (أحدهما) هو للذكور وحده لانه في العرف اسم له وحده (والثاني) هو للذكر والانثى لانه في لسان العرب يتناولهما جميعاً ، تقول العرب حابت البعير تربد الناقة فالجل في لسانهم كارجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان

(فصل) وان وصي له بثور فهو ذكر وان وصي ببقرة فهي أنثى . وان وصي بدابة فهي واحدة من الخيل والبعال والحير يتناول الذكر والانثى لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك ، وان قرن به ما يصرفه الى أحدهما مثل ان قال دابة بقاتل عليها أو بسهم لها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال لانه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك ، وان وصي له بجمار فهو ذكر وان وصي بانان فهي أنثى فان وصي بمحصان فهو ذكر وان وصي بفرس تناول الذكر والانثى وفي جميع ذلك اذا كان له أعداد من جنس ما وصي له به فبلى قول الخري بكون له ذلك بالقرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ماشاً ولا يستحق للدابة سرجاً ولا للبعير رحلاً الا أن يذكره في الوصية

وجهاً في جوازه لان النظر لو كان للحاكم بموت الموصي من غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا ان الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده فان تغيرت حالها جميعاً بموت او غيره فللحاكم ان ينصب مكنهما ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (احدهما) له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة من لم يوص ولولم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا ، ويفارق ما اذا كان احدهما حياً لان الموصي بين انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتهما (والثاني) لا يجوز لان الموصي لم يرض بواحد فلم يكتب به كما لو كان احدهما حياً فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف مفرداً فمات احدهما او خرج من الوصية لم يكن للحاكم ان يقيم مقامه اميناً لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره وان ماتهما او خرجا عن الوصية

(فصل) وان وصى بكتاب يباح اقتناؤه صححت الوصية لان فيه نفعا مباحا وتقراليدعليه والوصية تبرع فتصح في المال وفي غير المال من الحقوق ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالنكاح ، وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كتابا من كتابي او قال من مالي لانه لا يصح ابتياع الكتاب لانه لا قيمة له بخلاف الشاة ، فان كان له كتاب ولا مال له سواء فيه ثلثه ، وان كان له مال سواء فقد قيل للموصى له جميع الكتاب وان قل المال لان قليل المال خير من الكتاب لكونه لا قيمة له ، وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وايس في التركة شيء من جنس الموصى به ، وان وصى لرجل بكتاب ولا آخر بثلث ماله فالموصى له بالثلث الثلث والموصى له بالكتاب ثلثها وجها واحدا لان ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكتاب او وصى بثلث ماله ولم يوص بالكتاب دفع اليه ثلث المال ولم يحسب بالكتاب على الورثة لانها ليست بمال ، واذ اقسمت الكتاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصي لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فيبغي أن يقرع بينهم فيه ، وان وصى له بكتاب والموصي كتاب يباح اقتناؤها ككتاب الحديد والماشية والحرف فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كتاب يباح وكتاب الهراش فله الكتاب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنهو عما ذكرنا الا أنه يجعل للموصى له بكتاب ما أحب الورثة دفعه اليه ، ولا تصح الوصية بكتاب الهراش ولا كتاب غير الكتاب الثلاثة ، وفي الوصية بالجر والصفير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو الماشية وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشيء من السباع التي لاتصلح للاصطياد كالاسد والثمر والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح الوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها

فلحاحكم ان يقيم واحداً فان تغيرت حال احد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف او علة او نحو ذلك او كانا من لسل واحد منها التصرف منفرداً فليس للحاكم ان يضم اليهما اميناً لان الباقي منهما يكفي ، الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم اميناً ، وان كانا من ليس لاحدهما التصرف منفرداً فعلي الحاكم ان يقيم مقام من ضعف منهما اميناً يتصرف معه على كل حال فيصرون ثلاثة الوصيان والامين

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان فسق وعنه يضم اليه امين)

قد ذكرنا الاختلاف في صححة الوصية الى الفاسق وان كلام الخرقى يدل على صححة الوصية اليه ويضم اليه امين وكذلك ان كان عدلاً ففسق ونقل ابن منصور عن احمد نحوه ذلك فقال اذا كان الوصي متهما لم يخرج عن يده ونقل المروذي عن أحمد فيمن وصى الى رجلين ليس احدهما بموضع الوصية فقال ال لاخر اعطاني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع الوصية فقيل له اليس المريض قد رضي به ؟ فقال وان

(فصل) وان وصى له بطل حرب صحت الوصية به لان فيه منفعة مباحة ، وان كان بطل هو لم تصح لعدم المنفعة المباحة به ، وان كان مم ذلك اذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به ايضالان منفعته في الحال معدومة فان كان يصلح لها جميعا صحت الوصية به لان المنفعة قائمة به ، وان وصى له بطل وأطلق وله طبلان تصح الوصية باحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى مانصح الوصية به وان كان له طبول تصح الوصية بجمعها فله أخذها بالقرعة او ماشاء. الورثة على اختلاف الروايتين وان وصى بدف صحت الوصية به لان النبي ﷺ قلوا اعدوا الكاح واضربوا عليه بالدف ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان الاله لانها محرمة وسواء كانت فيه الاوتار او لم تكن لانه مهياً لفعل المعصية دون غيرها فاشبه مانو كانت فيه الاوتار

(فصل) ولو وصى له بقوس صحت الوصية فان فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي او قوس بمجرى او قوس زنبور او جرخ أو ندف أو بندق فان لم يكن له الا قوس واحد من هذه القوسى تميزت الوصية فيها وان كانت له هذه جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرف الى أحدها انصرف اليه مثل أن يقول قوساً يندف به أو يتعيش به أو ما أشبه ذلك فهذا يصرفه الى قوس الندف ، وان قال بغزوبه خرج منه قوس الندف والبندق ، وان كان الموصى له نداً فالاعادة له بالرمي أو بندقاً لاعادته بالرمي بشيء سواء او يرمي بقوس غيره لا يرمي بسواء انصرفت الوصية الى القوس الذي يدمه عادة لان ظاهر حال الموصى انه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به ، وان اتت القران فاختار ابر الخطاب أن له واحداً من جميعها بالقرعة أو ما يختاره للورثة لان اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لا تنال قوس الندف ولا البندق ولا العربية في بلد لاعادة لهم بالرمي بها وهذا مذهب الشافعي الا انه لا يذكر العربية ويكرهه واحداً مع اعادة هذه لان هذه لا يطلق عليها

رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه وحمل القاضي كلام الخرقى وكلام احمد على ابقاء في الوصية على ان جنائته طرأت بعد الموت : فالما كان جنائته وجوده حال الوصية اليه لم يصح لانه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعده وانه لان الوصية ولا ية وامانة والفاسق ليس من اهلها فلى هذا اذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم وان طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته واقام الحاكم مقامه اميناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الخرقى لا تزول ولايته ويضم اليه امين ينظر معه روي ذلك عن الحسن وابن سيرين لانه امكن حفظ المال بالامين وتحصيل نظر الموصي بابقائه في الوصية فيكون جمعاً بين الحثين فأما ان لم يمكن حفظ المال بالامين تعيين ازالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لان حفظ المال على يتيم اولى من رعاية قول الموصي الفاسد واما التفريق بين الفسق الطاريء والمقارن فبعيد فان الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما اذا كانت لمعنى

اسم القوس في العادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول : قوس القطن او الندف او قوس البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالباً ويعطي القوس معمولاً بها لأنها لا تسمى قوساً الا كذلك ولا يستحق وترها لان الاسم يقع عليها دونه وفيه وجه آخر أنه يعطاهما بوترها لأنها لا ينتفع بها الا به فكان كجزء من أجزائها

(فصل) وان وصى له بعود وله عود لهو وغيره لم تصح الوصية لان اطلاقها ينصرف إلى عود اللهو ولا تصلح الوصية به لعدم النفع المباح فيه وان لم يكن له إلا عيدان قدي أو عود يتبحر به أو غيره من العيدان المباحة صححت الوصية وانصرفت اليها لعدم غيرها وتعيينها مع إباحتها وان وصى له بجرة فيها خمر صححت الوصية بالجرة وبطلت في الخمر لان في الجرة قعماً مباحاً والخمر لا تقع فيه مباح فصحت الوصية بما فيه المنفعة المباحة كما لو وصى له بخمر وخذل وان وصى له بخمر في جرة لم تصح لان الذي أضاف الوصية اليه الخمر ولا تصح الوصية به

﴿مسئلة﴾ (قال واذا أوصى له بشيء بعينه فتلف بعد موصى الموصي لم يكن له وصى

له شيء وان تلف المال كله الا الموصى به فهو للموصى له

اجمع أهل العلم من علمنا قوله على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي او بعده فلا شيء للموصى له كذلك حكاه ابن المنذر فقال اجمع من احتفظ عنه من أهل العلم على ان الرجل اذا اوصى له بشيء فملك ذلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت في ايديهم بغير فعلهم ولا تعريفهم فلم يضمنوا شيئاً، وان تلف المال كله سواء فهو للموصى له لان حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له وذلك يملك اخذه بغير رضاهم واذنهم فكان

يحتاج اليه في الدوام واذا لم يكن بدمن التفريق فاعتبار السدالة في الدوام اولى من قبل ان الفسق اذا كان موجود حال الوصية فقد رضي به الموصى مع علمه بحاله واوصى اليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم ان عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنه من التفريط فيه وحياته في ماله بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضائه الآري انه اذا وصى الى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى الى اثنين لم يحجز الواحد ان تصرف

(فصل) اذا تغيرت حال الموصى اليه بموت او فسق او جنون او سفه فقد ذكرنا حكمه ، فان تغيرت حاله قبل الموت وبعد الوصية ثم صاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صححت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العتد والموت صححت الوصية كما لو لم تتغير حاله ويحتمل ان تبطل لان كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها فأما ان زالت بعد الموت فانزل ثم عاد فشكل الشروط لم تعد وصية لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم في سائر المال دونه فأبها تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التالف بعد ان اخذه الموصى له وقبضه وكالورثة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وبعداً قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به .

(فصل) وان وصى له بمدين فاستحق بعضه او ملك فله ما بقي منه ان حمله الثلث وان وصى له بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه فالثالث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي واصحاب الرأي لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً ، وان وصى له بثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له إلا ثلث الباقي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه

﴿مسئلة﴾ (قال ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الاخذ)

وجماته ان الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي واصحاب الرأي ولا اعلم فيه خلافاً فينظر فان كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواء فهو للموصى له لاشيء الورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فلاموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فلاموصى له ثلثه وان كان ثلثه فلاموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فلاموصى له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد أو نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى

(فصل) فأما العدل الذي يعجز عن النظر لعله او ضعف فان الوصية تصح اليه ويضم الحاكم اليه اميناً ولا يزال يده عن المال ولا نظره لان الضعيف اهل للولاية والامانة فصحت الوصية اليه وهكذا ان كان قويا فحدث فيه ضعف او علة ضم الحاكم اليه يداً اخرى ويكون الاول الوصي دون الثاني وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الموصى اليه وهذا قول الشافعي وأبي يوسف وما اعلم فيه مخالفاً ﴿مسئلة﴾ (ويصح قبوله للوصية ورده في حياة الموصى) لانه اذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالتوكيل بخلاف الوصية له فانها تملك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قتل صار وصياً

﴿مسئلة﴾ (وله عزل نفسه متى شاء) مع القدرة والعجز في حياة الموصى وبعد موته في حضوره وغيبته وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة لا يجوز له ذلك بعد الموت ولا يجوز في حياته الا بحضوره لانه غره بالانزام وصيته ومنه بذلك الإيصاء الى غيره وعن احمد انه لا يجوز له عزل نفسه بعد الموت ذكره

له كله، وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لانها ثابت المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثة شيئاً إلا ان يجيز الورثة، وان كانت قيمته أربعائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد او زاد او نقص المال او زاد

(فصل) والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت نقل صالح بن احمد عن ابيه فيمن له الف درهم وعبد قيمته الف فأعتق العبد في مرض موته وانفق الدراهم عتق من العبد ثلثة فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثة ولو لم يتفق الا الف لعتق منه ثلثاه، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ الفين لعتق العبد كله لخروجه من الثلث وان كسب العبد شيئاً كان كسبه بينه وبين الورثة على قدر ما فيه من الحرية والرق ويدخله الدور وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وان تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة (فصل) وان وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله وظاهر كلام الخري أن للوصي ثلث المعين ذكره في المدبر وقيل لا يدفع اليه شيء لان الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لأصحاب الشافعي والصحيح أن له الثلث لان حقه فيه مستقر فوجب تسليمه اليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين الى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وان لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من دين عليه وقال مالك بخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال لان الموصى كان له أن يوصي بثلث ماله فعدل الى المعين وليس له ذلك لانه يؤدي الى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة

ابن ابي موسى في الارشاد لما ذكرنا: ولنا انه متصرف بالآن فكان له عزل نفسه كالوكيل (مسئلة) (وللموصى عزله متى شاء) لانه متصرف باذنه فكان له عزله كالموكل له عزل وكيه متى شاء (مسئلة) (وليس للوصي ان يوصي الا ان يجعل ذلك اليه وعنه له ذلك) وجملة ذلك انه اذا وصى الى رجل واذن له في الايصاء لمن شاء نحو ان يقول اذنتك الى ان توصي الى من شئت او كل من اوصيت اليه فقد اوصيت اليه او فهو وصيي صح وبه قال اكثر أهل العلم وحكى عن الشافعي في احد قولييه انه قال ليس له أن يوصي لانه يلي بتولييه فلا يصح ان يوصي كالوكيل ولنا انه ماذون له في الاذن في التصرف فجاز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا امر بالتوكيل فالوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فان وصى اليه واطلق فلم يأذن له ولم ينهه عنه ففيه روايتان (احدهما) له ان يوصي الى غيره وهو قول مالك وابي حنيفة وابي يوسف لان الاب اقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالاب والثاني ليس له ذلك اختاره ابو بكر وهو مذهب الشافعي واسحاق وهو الظاهر من قول الخري

(المغني والشرح الكبير) إذا كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلاث فلامني له قبل استيفاء الوصية ٥٨٩

على تقدير تلف الباقي قبل وصوله الى الورثة فيقال للورثة ان رضيم بذلك وإلا فمودوا الى ما كان له أن يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لاجنبي فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لان جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه فلا يجوز اسقاط ما عينه الموصي للموصى له ونقل حقه الى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجز نقله الى معين وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً إذا ثبت هذا فان للموصى له ثلث العين الحاضر وكما اقتضى من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فلموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين ديناً وابناً ووصى بالتسعة لرجل فللموصي ثلثها الثلاثة وكما اقتضى من الدين شيء فللموصي ثلثه فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فيكمل له التسعة، وان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الموصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كما استوفي من الدين شيء فللموصي من العين قدر ثلثه فإذا استوفي الدين كله كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع وان كانت الوصية بنصف العين أخذ الموصي ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً حتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصية .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفاء الوصية فكما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الاخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر ولنا أن الورثة شركاؤه في الدين وليس معهم شركة في العين فلا يختص بما خرج منه دونهم كما

لقوله ذلك في اتوكيل لانه تصرف بتوايه فلم يكن له ذلك التفويض كالوكيل ويخاف الاب لانه يلي غير تولىه (فصل) ويجوز أن يجعل للموصي جملاً لأنها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية ، ونقل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي الى الرجل ويجعل له دراهماً مساة فلا بأس ومقاسمة الموصي للموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لانه ليس نائباً عنه (فصل) اذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً لان الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند أحدهما وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم إنما أراد اذا كان كل واحد موصى اليه منفرداً وقال بعضهم بل هو عام فيهما .

ولنا ان حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لاحدهما الافراد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل

لو كان شريكه في الدين وصياً آخر أو كما لو وصى لرجل بالدين وله ولاً خيراً بالدين فإن المنفرد بوصية الدين لا يخص بما خرج منه له دون صاحبه كذا هنا .

(فصل) ولو وصى لرجل بثالث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثالث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى له ثلث المال ربه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين فإذا استوفى الدين كله كمل للوصين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال وإن استوفى الدين قبل القسمة تسماً بينهما كذلك للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد وللموصى له بثلث العبد ربه لأن الوصيتين أربعة أتساع المال والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة أتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها وهذا أسدها إن شاء الله لا اتنا أدخلنا التقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكملنا لهما الثلث وإن أجزلها أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربهما فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وإن خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو مسرور وصى لاجنبي بثالث ماله فإن الوصي والابن الذي لا دين عليه يقسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخساً للموصى خمساً وأربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربه فإذا استوفى قسم بينهما أخساً كما قسم الدين لأن الوصية بالربع وهو ثمان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان نصيب الوصي والابن الذي لا دين

واحد منهما أن يفرد بحفظ بعضه لجاز له أن يفرد بالتصرف في بعضه

(مسئلة) (ولا تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمر الأطفال) لأن الوصي يتصرف بالأذن فلم يجز إلا في معلوم يملك الموصي فعله كالوكالة فيجوز أن يوصي إليه بقضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها لأنه يملك ذلك فذلك وصية فأما انظر لورثته في أموالهم فإن كان ذا ولاية عليهم كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده فله أن يوصي إلى من ينظر لهم في أموالهم بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه، فأما من لا ولاية له عليهم كالقلاء الراشدين وغير أولاده من الأخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لأنه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لناثبه بعد المات ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ومالك إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالوا لا يجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل لأن له ولادة وتصيباً فأشبه الأب ولصاحب الشافعي في الام عند عدم الأب والجد وجهان (أحدهما) لها ولاية لأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب

عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين بينها اخصاساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لانه له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة ارباع النصف الذي عليه

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلاً كالسمن وتعليم صنعة فهو تابع للعين ويكون للموصى له اذا احتمله الثلث، وان كان منفصلاً كالولد والثمرة في حياة الموصي فهو له يصير الى ورثته لانه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول فينبني على الملك في الموصي له والصحيح انه للورثة والآخر هو للموصى له فيكون النماء لمن الملك له والله أعلم بالصواب

(مسئلة) قال (واذا وصى بوصايا فيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل محاصوافي الثلث وادخل المنتص على كل واحد منهم بتدر ما له في الوصية)

اما اذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل المنتص على كل واحد بقدر ماله من الوصية على مثال مسائل العول اذا زادت الفروض عن المال فلو وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة ولا آخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجدد ثلثها فتعطي كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك لصاحب المائة ويرجع صاحب الخمسين الى ثلثها وفداء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان فأما ان كان فيها عتق فمن احمد فيها روايتان (احدهما) ان يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق وغيره سواء ويقسم بينهم على ما ذكرنا وهذا قول ابن سيرين والشعبي وابن ثور لانهم تساوا في سبب الاستحقاق فتساوا فيه كسائر الوصايا والرواية الثانية يقدم العتق ويبدأ به فان فضل مند شيء قسم بين سائر اهل الوصايا على قدر وصاياهم

ولنا ان الجسد يدلي بواسطة أشبه الأخ والعلم بخلاف الاب فانه يدلي بنفسه ويحجب الجسد ويخالفه في منزلته وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا يقاس عليه واما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي النكاح بحال ولا تلي مال غيرها كالعبد

(مسئلة) (واذا وصى اليه في شيء لم يصر وصياً في غيره)

يجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي اليه بتفريق ثمنه دون غيره أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته وإلى آخر بقضاء ديونه وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل واحد ما جعل اليه دون غيره ومتى أوصى اليه بشيء لم يصر وصياً في غيره، وهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يكون وصياً في كل ما يملكه الموصى لان هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تبعض كولاية الجدة ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل وولاية الجدة ممنوعة ثم تلك ولاية استفادها بقرايته وهي لا تبعض والاذن يتبعض فافترقا

وروي هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري واسحاق لان فيه حقاً لله تعالى وحقاً لآدمي فكان أكد ولانه لا يباحقه فسخ ويلحق غيره ذلك ولانه اقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين (فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقولها اذا مات فاعطوا فلانا كذا أو اعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في التسوية بين مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها بخلاف العطايا المنجزة فانه يقدم الاول منها فالاول لانها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتساوى كلها (فصل) واذا وصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه فان ابى اجبره الحاكم عليه لانه حق وجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية فان اعتقه الوارث او الحاكم فهو حر من حين اعتقه لانه حينئذ عتق وولاؤه للعوصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم اعتاقه كرها وان كانت الوصية بعتقه الى غير الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصي في اعتاقه فيملك ذلك غيره اذا لم يمنع منه كالكيل في الحياة ﴿مسئلة﴾ قال (ومن وصى بفرس في سبيل الله والالف درهم تنفق عليه فمات الفرس

كانت الالف للورثة وان انفق بعضها رد الباقي الى الورثة)

انما كان كذلك لانه عين للوصية جهة فاذا قامت ماد الموصى به الى الورثة كما لو وصى بشراء عبد زيد بعتق فمات العبد او لم يبعه سيده، وان انفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبيدين فمات احدهما قبل شرائه قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يستل عن رجل اوصى بالالف درهم في السبيل يجعل في الحج منها شيء؟ فقال لا انما يعرف الناس السبيل الغزو (فصل) واذا قال بخدم عبيدي فلانا سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة

(فصل) ولا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض فيقبلون الوصية فروي عن ابي عبيدة انه لما عبر القرات اوصى الى عمرو اوصى الى الزبير ستة من اصحاب النبي ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الاسود وآخر وروي عن ابن عمر انه كان وصياً لرجل، وفي وصية ابن مسعود: ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ان مرجع وصيتي الى الله عز وجل ثم الى الزبير بن العوام وابن عبد الله ولانها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد ان ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ولذلك يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل طلباً للسلامة واجتناباً للخطر وقد روي أن النبي ﷺ قال لابي ذر «اني اراك ضعيفاً واني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم» أخرجه مسلم

(فصل) فان مات رجل لاوصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله انه يجوز لرجل

لا قبل الوصية او قال قد وهبت الخدمة له لم يعنى في الحال وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال

ولنا انه أرقم العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية .

(فصل) واذا أوصى لعمه بثلاث ماله والحاله بعشره فردت وصيتها فتحاصا في الثلث فاصاب الحال ستة فاضرب الذي أصابه في وصيته وذلك ستة في عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسمة خمسة عشر فهي الثلث، وان شئت قلت قد أصاب الحال ثلاثة أخماس وصيته يبقى من الثلث خمسه وهي تعدل ما أصاب الحال فرد على ما أصاب الحال مثل نصفه وهو ثلثه بصير تسعة فهي الذي أصاب العم ، وان قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الحال وذلك سبعة ونصف للعم الثلثة أمثالها اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون ، وان قال أصاب الحال خمس المال فقد بقي من الثلث خمسه للعم فيكون الحاصل للحال خمسا وصيته أيضا وذلك اربعة دنانير ووصية العم مثل ثلثها ديناران وثلثان والثلث كله ستة وثلاثون والمال كله عشرون فان كان معهما وصية بسدس المال واصاب الحال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته فالكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشرة تعدل ما حصل للعم وهو ستة فالثلاث ستون، وان أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسة يبقى من الثلث أيضا عشره فهو وصية الحال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا . نوع آخر خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب اقدم الا ثلث وصية خاله والحاله بمثل نصيب اقدم الاربع وصية عمه فاضرب عمه الثلث في مخرج الربع يكن اثني عشر انقصها سهما يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي

من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع ما دعت الحاجة الى بيعه فان صالحا نقل عنه في رجل بارض عربية لا قاضي بها مات وخلف جواري ومالا اترى لرجل من المسلمين يبيع ذلك؟ فقال اما المنافع والحيوان فان اضطروا الي بيعه ولم يكن قاض فلا بأس واما الجواري فأحب أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام وانما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهن يتضمن لإباحة فرج وأجازيع ذلك لانه موضع ضرورة

(مسئلة) (وإذا أوصى اليه بتفرقة ثلثه فأبى الورثة اخراج ثلث ما في أيديهم ففيه روايتان)
(احداها) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لان حق الموصى له متعلق باجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة (والاخرى) يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لان صاحب الدين اذا كان في يده مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا هنا ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حاين فالرواية (المنفي والشرح الكبير) (٧٥) (الجزء السادس)

وصية الخال وإن قصتها ثلاثة بقي ثمانية فهي وصية العم وبالجبهر نجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدرهم ديناراً وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فأقلب وحول تصير الدرهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا: وإن أوصى لعمه بعشرة الأربعم وصية خاله وخاله بعشرة الأخمس وصية عمه فأضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين انقصها على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين وانقصها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبهر نجعل وصية الخال سناً ووصية العم عشرة الأربعم شيء فخذ خمسها فزده على الشيء وهو سهمان لا نصف عشر شيء بعداً عشرة فأسقط المشترك من الجانبين تصير ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً، وإن وصى لعمه بعشرة لانقصها وصية خاله وخاله بعشرة الأثلث وصية جده ولجده بعشرة الأربعم وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمسة ووصية جده ثمانية وخمسان وبإيها ان تضرب المخرج بعضها في بعض فتضرب اثنين في ثلاثة في أربعة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين

الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً فالوصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لأنه لا فائدة في انتظار اخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس (والرواية الثانية) محمولة على ما إذا كان المال أجناساً فإن الوصية تتعلق بثلاث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لأنه معاوضة لا تجوز إلا برضاهم والله أعلم

(مسئلة) (وان أوصاه بقضاء دين معين فأبى الورثة ذلك قضاء بغير علمهم)

لأنه واجب سواء رضوا به أو أبوه فاذا أبوه قضاء كما لو وصى لرجل معين يخرج من الثلث فلم يقبلوا الوصية فإنه يدفع إليه وصيته بغير رضاهم ولا يعتبر علمهم كذا هنا وعن أحمد فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت إن لم يخف بيعه يعني إذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه وينكروا الدين الذي على موروثهم فلا يقضيه لأنه لا يأمن رجوعهم عليه وإن لم يخف ذلك قضى دين الميت الذي عليه بدين الميت الذي له لما فيه من تبرئة ذمته وذمة الميت

واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحد يبقى
اثنا عشر ضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحدا واضربها في اثنين ثم في عشرة تكن مائة وثمانين
واقسمها على خمسة وعشرين ثم انقص من الاربعة واحدا واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحدا تكن سبعة
اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين

(طريق آخر) تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم
ثم تضم الى مائة العم ديناراً أو الى مائة الخال درهماً وتقابل مائة مائة مع الآخر وتسقط
المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهماً فاسقط لفظه الأشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهماً
ثم قابل مائة الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربع درهم
وربع دينار مع الجد فانما اسقطت المشترك بقي درهمان وربع معادلة للدينار وثلاثة أرباع فابسط
الكل أربعاً تصير سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقب و اجعل الدراهم سبعة
والدينار تسعة ثم ارجع الى ما فرضت فتجد مع العم درهماً وديناراً بستة عشر ومع الخال ثمانية عشر
ومع الجد واحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة
وخمس والاحد وعشرون ثمانية وخمسان فان كان معهم أخ ووصية الجد عشرة اربع مائة مع الاخ ووصية
الاخ عشرة إلا خمس مائة مع العم فهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد
ثلاثة دراهم ومع الاخ أربعة أفلس ثم تقابل مائة مائة مع الخال كما ذكرنا وتجعل الأشياء ديناراً ودرهماً
ثم تقابل مائة الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلساً ثم تقابل مائة الجسد بما مع الاخ
فتخرج الفلوس ستة وعشرين والدرهم احداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مائة خمسة وسبعين
ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الاخ مائة وأربعة ، اذا زدت على مائة كل
واحد ما استنتجته منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة

(فصل) إذا علم الموصي اليه أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحد لا يقضيه
إلا بيته قيل له فان كان ابن الميت يصدقه قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته، وقال في من
استودع رجلاً ألف درهم فقال ان أنا مت فادفعها إلى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها إلى أجنبي
فقال ان دفعها إلى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وان دفعها الى الآخر ضمن ولعل هذا من
أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقرؤا فلم يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير إذنتهم لان
قوله أقر عهدي وأذن لي لإبائ ولائه فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لانه يشهد لنفسه بالولاية وقد
نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا فيبني للوصي أن ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذه
فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له يثبت بذلك جمعاً بين الروايتين
وموافقة الدليل قيل لاحد فان علم الموصي اليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه
إلى القاضي ليستحلفه أن مالي في يدك حق فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فان أعطاه القاضي

وثلاثين جزءاً ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية
 الاخ ثمانية وعشرون جزءاً وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تكون مائة وعشرين
 تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسوم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم
 تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين
 فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً
 وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة واربعين تنقصها واحداً وتضربها
 في اثنين تكن ثمانية وعشرون فهذه وصية الخال ثم تنقص الأربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر
 وتزيدها واحداً وتضربها في اثنين وتثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين
 فهذه وصية الجد ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحداً وتضربها في ثلاثة
 تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الاخ وفي ذلك
 تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسّمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته ولو وصى
 لعمه بمشرة ونصف وصية خاله وخاله بمشرة وثلاث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال

فهو أعلم فان ادعى رجلاً ديناً على الميت وأقام بيّنة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير
 حضور حاكم؟ فكلام أحمد يدل على روايتين (أحدهما) لا يجوز الدفع اليه بدعواه إلا أن تقوم بيّنة
 فظاهر هذا أنه يجوز الدفع بالبيّنة من غير حكم حاكم لان البيّنة حجة له وقال في موضع آخر إلا أن
 ثبت بيّنة عند الحاكم بذلك فالما ان صدقهم الورثة قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

(مسئلة) (وتصح وصية الكافر الى المسلم إذا لم تكن تركته خيراً او خبزيراً لان المسلم مقبول
 الشهادة عليه وعلى غيره فأما وصية الكافر الى الكافر العدل في دينه ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية
 اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلبي بالوصية كالمسلم والثاني لا يصح وهو قول أبي نور
 لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان لم يكن الكافر
 عدلاً في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم تمنع صحة الوصية اليه فالكافر أولى

(مسئلة) (إذا قال ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه من شئت لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى
 ولده ولا والده)

قال أحمد اذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً انما
 أمر بتنفيذه، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو نور وأصحاب الرأي اذا قال الموصي جعلت لك
 أن تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا أيضاً
 لان لفظ الموصي يتناول ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل
 أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا

سنة عشر وبها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وانقصه واحداً فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث ثم في عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان معها آخر ووصى للخال بعشرة وربيع وصيته ووصى له بعشرة وربيع وصية العم ضربت الخارج ونقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تكن أربعين في عشرة ثم اقسما مخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقي كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء وان شئت بعد ما عملت وصية العم قاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهو وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى يوفقنا لما يرضيه انه على ما يشاء قدير .

ويحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبه الدفع الى الاجنبي .

ولنا أنه تملك ملكه بالاذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز بيعها من نفسه ﴿ مسألة ﴾ (وان دعت الحاجة الى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفي بيع بعضه نقص فله البيع على السكبار والصغار)

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى يجوز البيع على الصغار والسكبار فيما لا بد منه وكذلك ان كان جميعهم كباراً وهناك دين أو وصية وقيل لا يملك أن يبيع الا ما يخص الصغار ويقدر الدين والوصية ولنا أنه وصي يملك بيع بعض التركة فذلك يبيع جميعها كما لو كان جميع الورثة صغاراً وكان الدين يستغرق التركة ولأن الوصي قائم مقام الاب وللأب أن يبيع الجميع ولأنه لما جاز بيعها في الدين المستغرق جاز بيعها فيما لا يستغرق كالعين المرهونة ولان في بيع البعض نقصاً على الصغار فيتعين بيع الجميع دفماً للضرر عنهم ويحتمل أن لا يجوز البيع على السكبار ، وبه قال الشافعي ، وهو أقبح إن شاء الله تعالى لانه لا يجب على الانسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره كما لو كان شريكهم غير وارث ، وهذا اختيار شيخنا ، وهو الصحيح والله سبحانه وتعالى أعلم .

تم بحمد الله وعونه الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

وبلغه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السابع منهما وأوله (كتاب الفرائض)

فهرس محتويات الجزء السادس من كتابي المفني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٢٧	٣
حكم ما إذا حدث للعين المؤجرة ما يمنع نفعها كدار انهدمت	كتاب الاجارات
٢٨	٤
حكم عصب العين المستأجرة	الاستدلال على جواز الاجارة بالاجماع
٣٠	٥
الاطلاع على عيب في العين المؤجرة	بيان أن المقود عليه في الاجارة هو المنافع
٣١	٦
ما يجب على المكري فعله لاجل تمكن المـكـتري من الانتفاع	بيان الشروط التي تصح بها الاجارة
٣٢	٧
إذا شرط على مكري الحمام أو نحوها أن مدة تعطيله عليه لم يصح	لا يشترط في مدة الاجارة أن تلي العقد
٣٣	٨
جواز استئجار الأدمي لعمل شيء بعينه وما فيه من الاحكام	بزمن معين
٣٤	٩
أقسام استئجار الأدمي وأحكامها	أقسام الاجارة وكونها اما على مدة أو عمل
٣٥	١٠
الاستئجار لحفر الانهار والآبار	الجمع بين تقدير المدة والعمل في الاجارة والقول بجوازه
٣٦	١١
الاستئجار للبناء وتطين السطوح والحيطان	جواز استئجار الاجير بطعامه وكسوته
٣٧	١٢
الاستئجار لكتابة المصحف وحصاد الزرع	العلم بموض الاجارة وكونه شرطاً فيها برؤيته أو بصفته
٣٨	١٣
الاستئجار لاستيفاء الفصاص في النفس فما دونها	كل ما جاز جعله ثمناً جاز جعله أجرة سواء كان عيناً أو منفعة
٣٩	١٤
استئجار الرجل ليدله على الطريق	ملك المستأجر لمنافع العين بالعقد وحدونها على المـكـة
٤٠	١٥
استئجار السمسار لشراء الثياب وبيعها	بيان أن المؤجر يملك الاجارة بمجرد العقد
٤١	١٦
جواز استئجار من يخدمه كل شهر بشيء معلوم	الاستدلال على أن المؤجر يملك الاجارة بمجرد العقد
٤٢	١٧
بقاء الاجارة عند موت المكري أو المكـتري أو كليهما	استقرار الاجر إنما يكون باستيفاء المنافع
٤٣	١٨
فروع في موت المكـتري	فروع في استقرار الاجر باستيفاء المنافع
٤٤	٢٠
حكم ما إذا أجز الموقوف عليه الوقف مدة ومات في أثناءها	جواز الاجارة كل شهر بدرهم
٤٥	٢١
اجارة الولي الصبي أو ماله مدة ثم بلوغه في أثناءها	بيان أن الاجارة عقد لازم من الطرفين
٤٦	٢٢
إجارة العبد مدة ثم اعتاقه في أثناءها	لزوم دفع الاجارة كاملة في إجارة مدة معينة
٤٧	٢٣
فروع في صحة بيع العين المؤجرة	امتناع تصرف المالك في العقار إلا بعد تقضي المدة
٤٨	٢٤
حكم شراء المستأجر للعين المؤجرة أو ميراثه لها	سقوط أجرة العقار إذا حوله المالك لنفسه
	٢٥
	أحكام الحيلولة بين المستأجر وبين الانتفاع بالعين المؤجرة

صفحة	صفحة
٧٣	٤٩
جواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها	شراء المستأجر للعين المؤجرة ثم ردها بالعبء
٧٤	٥٠
بيان المعقود عليه في الاجارة للرضاع هل هو اللبن أو الخدمة	انقاسخ الاجارة بتلف العين المؤجرة
٧٥	٥١
للرجل أن يؤجر الامة والمدبرة ونحوها للرعاية	للمستأجر إسكان غيره في عقار استأجره للسكنى
٧٦	٥٢
استئجار الرجل أخته أو بنته لرضاع والده	للمكترى أن يركب غيره ظهراً ا كتره لاركوب
٧٧	٥٣
اعطاء المرضة عند الفطام عبداً أو أمة	جواز اجارة العين المؤجرة بعد قبضها
٧٨	٤٤
كراء الدابة إلى موضع ثم مجاوزته	فروع في اجارة العين المستأجرة
٧٩	٥٥
وجوب قيمة الدابة المؤجرة اذا تلفت	اجارة العين المستأجرة بمثل الاجرة وزيادة
٨٠	٥٦
استئجار الارض الفارقة بالماء لا يجوز	جواز استيفاء مثل المنفعة وما دونها
٨١	٥٧
كراء الدابة المحولة شيء ثم الزيادة عليه	كراء الدابة لركوبها في طريق ثم العدول إلى طريق أخرى
٨٣	٥٨
كراؤها إلى مسافة من طريق ثم سلوك أشق منها	جواز كراء القميص للبس واستئجار الارض للزرع أو الغرس
٨٤	٥٩
كراء الدابة تحمل قفيزين ثم ظهور أنهما ثلاثة	فروع في كراء الارض للزرع والغرس ونحوها
٨٥	٦١
كراؤها مدة النزاة لا يصح الا أن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً	الارض المكتترة للزرع ونحوه وأقسامها
٨٦	٦٢
استئجار الدابة في عشرة أيام بعشرة دراهم	الارض التي يكون بحبي الماء اليها نادراً أو غير ظاهر
٨٧	٦٣
تفاوت الاجرة في خياطة الثوب بالاسراع والبطء	كراء الارض الفارقة بالماء
٨٨	٦٤
تفاوت الاجرة في الحمل بقرب المسافة وبعدها	انتهاء مدة اجارة الارض وفيها زرع لم يبلغ حصاه
٨٩	٦٥
مسائل الكراء لحمل الصبرة وأحكامها	كراء الارض للزرع مدة لا يكمل فيها
٩١	٦٦
الكراء للحمل واشتراط معرفة العاقدين ما عقدا عليه	كراء الارض للغراس مدة سنة
٩٢	٦٧
ما ينبغي معرفته للكراء والمكترى في الكراء للحمل	قلع الغراس والبناء من الارض المؤجرة عند اطلاق العقد عن المدة
٩٣	٦٨
الحمل الى مكان لا اختيار لها في السير في طريقه	استئجار الاجير بطعامه وكسوته وجوازه
٩٤	٧٥
اشتراط حمل زادمقدر كما نذرطل	اشتراط الاجير كسوة وتفقة معلومة موصوفة
٩٥	٧١
بيان ما يلزم المكري والمكترى للركوب	الاستئجار في بيع الثوب بشمن معلوم وما زاد يكون للبائع
٩٦	٧٢
كراء الظئر في طريق العادة النزول فيه	حصد الزرع وصرم النخل ببدس ما يخرج منه
٩٧	
هروب الجمال في بعض الطريق المؤجر على الحمل فيها	

صفحة	3	صفحة
١٢٥	استئجار الطبيب للدواوة	٩٩ كراء العقب أو العقبة وصحته ومعناه
١٢٦	سقوط الضمان عن الراعي إذا لم يتعد	١٠٠ كون معرفة الراكين بالوصف تقوم مقام رؤيتهما
١٢٧	كون العقد في الرعي إنما يصح على مدة معلومة	١٠١ اكتراء الابل والدواب للحمولة وجوازها
١٢٨	فروع في استئجار الراعي للرعي	١٠٢ جواز كراء الدابة للعمل
١٢٩	جواز إجارة كل عين يمكن الانتفاع بها منفعة مباحة	١٠٣ استئجار البهيمة لإدارة ازرعي
١٣٠	جواز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والنحلي وعدة	١٠٤ ما يجب حصوله في استئجار البهيمة لإدارة الدولاب
١٣١	استئجار الشجر والتخل للشرع عليها والغنم للدياس	١٠٥ تقسيم الاجير الى خاص ومشارك وحكم كل منهما في الضمان وغيره
١٣٢	جواز إجارة الدار مسجداً أو البر للسكري	١٠٧ أما يضمن الاجير المشترك إذا كان يعمل في ملك نفسه
١٣٣	أقسام ما لا يجوز إجارته	١٠٨ بيان الاجير الخاص وكونه يضمن بالتبدي
١٣٤	عدم جواز إجارة ما منفعه محرمة	١٠٩ ائتلاف الصانع الثوب بمدعمه
١٣٥	الاستئجار لكسح الكنف وحمل الحمر والمينة	١١٠ فعل الاجير خلاف ما أمر به
١٣٦	عدم جواز إجارة الدار لا تخاذا كنيسة والقول بجواز ذلك	١١١ ضمان الخياط للثوب إذا فعل غير ما أمر به
١٣٧	عدم جواز إجارة المشاع لغير الشريك	١١٢ فروع في اختلاف الخياط مع صاحب الثوب
١٣٨	حكم إجارة المصحف وحكم إجارة المسلم للذي	١١٣ بيان من يكون القول قوله في اختلافها في خياطة الثوب
١٣٩	جواز إجارة المسلم للذي للعمل لا للخدمة	١١٤ بيان الوقت الذي يبرأ فيه من استؤجر على عمل في عين
١٤٠	حكم أخذ الاجرة على تعليم القرآن	١١٥ حكم تلف الدين من حرز الاجير المشترك
١٤١	جواز أخذ الاجر على الرقية	١١٦ حكم تلف الثوب إذا حبسه الاجير على استيفاء الاجر
١٤٢	جواز أخذ الاجر على القرآن من غير شرط وعدم جوازه على الشرط	١١٧ ضمان القصار للثوب إذا دفعه إلى غير مالسه
١٤٣	حكم إجارة ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية	١١٨ اشتراط المؤجر على المستأجر ضمان العين لا يصح للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة
١٤٤	حكم ما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في مدة الاجارة	١٢٠ سقوط الضمان عن الحجام والحتان والطبيب
١٤٥	حكم دفع الثوب إلى خياط أو قصار من غير عقد ولا شرط	١٢١ جواز استئجار الحجام وإباحة أجره
١٤٦	حكم من استؤجر لحمل كتاب إلى مكة أو غيرها	١٢٢ الاستدلال على إباحة أجر الحجام
١٤٧	﴿ كتاب إحياء الموات ﴾	١٢٣ استئجار الحجام لغير الحجام واستئجار الكحال
١٤٨	الارض التي لا يعرف مالكم الا تلك إلا بالاحياء	١٢٤ فروع في استئجار الكحال ليكحل العين

صفحة	صفحة
١٤٩	عده جواز إحياء الارض التي لها مالك
١٥٠	استواء المسلم والذمي في الاحياء
١٥١	لا يجوز إحياء ما قرب من العامر مما يتعلق بمصالحه
١٥٢	ما فتح من البلاد عنوة وما اسلم عليه أهله
١٥٣	سواء في احكام الاحياء
١٥٤	لا يملك الموات بالتحجير لكن بالاحياء
١٥٥	من مات فوارثه أحق به
١٥٦	للإمام أن يقطع الموات لمن يحميه
١٥٧	لا تملك المادن الظاهرة بالاحياء
١٥٨	الاحياء الذي يملك به
١٥٩	من أحيأ أرضاً فملكها فظهر فيها معدن فهو له
١٦٠	إذا كان في الموات موضع يمكن فيه معدن ملك بالاحياء
١٦١	من عمل في معدن غيره بغير إذنه فما حصله منه فهو للمالك
١٦٢	السابق إلى معدن في الموات يكون أحق بما ينال منه
١٦٣	لا يصح احياء الشوارع والطرقات بين العمران مطلقاً
١٦٤	بيان القوائم وأقسامها وأحكامها
١٦٥	امتناع اقطاع ما لا يجوز إحياءه
١٦٦	بيان الحمى ومعناه وحكمه وكونه لا يكون إلا لله ورسوله
١٦٧	امتناع نقض ما حماه النبي (ص)
١٦٨	بيان أحكام المياه والسقي بها وأقسامها
١٦٩	حكم الماء الجاري في نهر مملوك وأقسامه
١٧٠	بيان حريم النهر وحريم البئر وحكمها وقسمة الماء بين الشركاء
١٧١	فروع في تقسيم الماء المشترك
١٧٢	تقسيم ماء النهر بالمهاياة وجوازه
١٧٣	ملك الماء بملك منبعه. الماء الجاري في نهر غير مملوك
١٧٤	إصلاح النهر المشترك بين جماعة يكون على حسب ملكهم فيه
١٧٥	معنى احياء الارض وبأي شيء يكون الاحياء ما يحصل به إحياء الحظيرة لانه أو للخشب ونحوهما
١٧٦	بيان أنواع الآبار وحريم كل نوع منها ما يشترط في احياء البئر وملكها
١٧٧	امتناع حفر بئر ينسرق اليها الماء من بئر غيره كون احياء الموات لا يقتصر إلى اذن الامام
١٧٨	كتاب الوقف والعطايا
١٧٩	قول أبي حنيفة بجواز رجوع الواقف ومخافة سائر أهل العلم له
١٨٠	الفرق بين الصدقة والوقف لا يشترط القبول من الموقوف عليه
١٨١	الفرق بين الوقف والهبة
١٨٢	الفاظ الوقف ثلاثة صريحة وثلاثة كناية
١٨٣	الوقف يحصل بالفعل مع القرائن في مذهب أحد
١٨٤	الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية
١٨٥	إذا وقف وقفاً وشرط أن ينفق منه على نفسه صح لا بأس على من ولي الوقف أن يأكل منه أو يطعم صديقاً
١٨٦	إذا شرط أن يبيع الوقف أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح فروع في الوقف
١٨٧	ترتيب الواقف بمض الموقوف عليهم دون بعض فروع في الوقف على الاولاد ثم اولادهم وهكذا
١٨٨	الوقف على الاولاد على أن من مات فنصيبه لولده أو لاهل الوقف
١٨٩	الوقف على البنين وأولاد البنين معاً
١٩٠	الوقف على اولاده أو اولاد غيره وفيهم حمل
١٩١	الوقف على الاولاد واعقابهم ونسبهم ومن يدخل في ذلك

صفحة	صفحة
٢٠٧	كون ولد البنت لا يدخل في الوقف على ولد
٢٣٠	ولد الولد
٢٣١	الوقف على اولاد رجل وأولاد أولاده
٢٣٣	السنة في قسمة الوقف على الاولاد أن تكون
٢٣٤	على حسب قسمة الميراث
٢٣٥	تقسيم الوقف على حسب تقسيم الميراث
٢٣٦	الوقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين
٢٣٧	ومعنى المسكين والفقير
٣٨	الوقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب
٢٣٩	أو الغارمين
٢٤٠	الوقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير
٢٤١	تقسيم الوقف إلى معلوم الابداء والانهاء
٢٤٢	وإلى منقطع ومعنى كل وحكمه
٢٤٣	احكام الوقف المنقطع وهل يصح وإلى من تصرف
٢٤٤	إن لم يكن للواقف أقارب أو انقراضا صرف
٢٤٥	الوقف إلى الفقراء والمساكين
٢٤٦	ان وقف على من يجوز الوقف عليه ومن
٢٤٧	لا يجوز صح
٢٤٨	الوقف في مرض الموت كالتق والهبة في اعباره
٢٤٩	من الثالث
٢٥٠	جواز تعليق الوقف على شرط
٢٥١	لا يصح الوقف في المرض على بعض الورثة
٢٥٢	الرواية الثانية بجواز الوقف في المرض على
٢٥٣	بعض الورثة
٢٥٤	فروع في الوقف
٢٥٥	إذا خرب الوقف بيع بمضه لتعمير بقيته
٢٥٦	قول محمد بن الحسن إن الوقف إذا خرب عاد
٢٥٧	إلى ملك واقفه
٢٥٨	إذا لم تعطل مصلحة الوقف بالكاية لا يجوز بيعه
٢٥٩	لا يجوز غرس شجرة في المسجد
٢٦٠	ما فضل من حصر المسجد وزيته يجوز أن يحمل
٢٦١	في مسجد آخر
٢٦٢	جناية العبد لا تحملها العاقلة
٢٦٣	الامة الموقوفة يجوز تزويجها
٢٦٤	ليس للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة
٢٦٥	إذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة
٢٦٦	أوسق ففيه الزكاة
٢٦٧	يصح الوقف على القبيلة العظيمة
٢٦٨	لا يجوز وقف مالا ينتفع به إلا بأتلافه
٢٦٩	لا يصح وقف الشمع ونحوه لانه يتأفب بالانتفاع به
٢٧٠	كل ماجاز بيعه جاز وقفه
٢٧١	يصح وقف المشاع
٢٧٢	إذا لم يكن الوقف على معروف أو برقه وباطل
٢٧٣	لا يصح الوقف على غير معين
٢٧٤	لا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن
٢٧٥	النظر في الوقف لمن شرطه الواقف
٢٧٦	النظر في الوقف على المساكين والمساجد للحاكم
٢٧٧	إذا كان ناظر الوقف غير الموقوف عليه وهو
٢٧٨	فاسق ضم إليه أمين
٢٧٩	فققة الوقف من حيث شرط الواقف
٢٨٠	كتاب الهبة والعطية
٢٨١	اتفاق الخلفاء الراشدين على أن الهبة لا
٢٨٢	تجوز إلا مقبوضة
٢٨٣	كون الواهب بالخيار قبل القبض
٢٨٤	بطلان الهبة بموت الواهب أو الموهوب له
٢٨٥	قبل القبض
٢٨٦	سقوط القبض إذا كان الموهوب في يد المتهب
٢٨٧	هبة غير المكيل والموزون وزومها بدون القبض
٢٨٨	اشتراط القبول فيها لا يلزم القبض فيه
٢٨٩	بيان ما يحصل به القبض في غير المنقول
٢٩٠	بطلان الهبة فيها لا يمكن تسليمه كالعبد الا بق
٢٩١	بطلان هبة الجهول وتعليق الهبة بشرط

صفحة	صفحة
٣٠٥	٢٥٧
العمرى للذي أعرها حياً وميتاً	أحكام هبة الدين لمن هو في ذمته أو لغيره
٣٩٦	٢٥٨
دعوى اجماع أهل المدينة على عدم جواز العمرى	بيان من يقبض الهبة للصبي وبطلان قبضه لنفسه
٣٠٧	٢٦٠
أحكام الاشتراط في العمرى	هبة الاب لابنه وقيامه مقامه في انقبض والقبول
٣٠٨	٢٦٢
العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ	المفاضلة بين الاولاد في العطية وحكمها
٣٠٩	٢٦٣
ماهية الرقبى	تخصيص بعض الاولاد بالعطية أو تفضيله
٣١٢	٢٦٤
تصح العمرى في غير العفار من الحيوان والنبات	استحباب التسوية في عطية الاب لابنائه
٣١٣	٢٦٤
لا يمح تأقيت الهبة	تخصيص بعض الاولاد بالعطية لمعنى يقتضي ذلك
٣١٥	٢٦٧
الهبة الفاسدة	كيف تقسم العطية ؟
٣١٨	٢٦٨
﴿ كتاب اللقطة ﴾	توجيه تفضيل الذكر على الانثى في العطية
٣١٩	٢٦٩
هل الافضل أخذ اللقطة أو تركها	عدم وجوب التسوية بين الاقارب في الاعطاء
٣٢٠	٢٧١
مقدار تعريف اللقطة	أمر النبي (ص) بالرجوع في الهبة
٣٢١	٢٧٢
بيان الزمان الذي تعرف فيه اللقطة	الاستشهاد على أن الاولى عدم التفاضل
٣٢٢	٢٧٣
المكان الذي تعرف فيه اللقطة وبيان من يتولى ذلك	الولد من كسب الرجل
٣٢٤	٢٧٤
حكم ما إذا أخرج التعريف في الحول الاول	شروط الرجوع في الهبة
٣١٦	١٧٥
جواز تملك اللقطة بعد التعريف إذا لم تعرف	الشرط الثاني أن تكون العين باقية
٣٢٨	٢٧٧
كون اللقطة امساك ملكك مراعى بزول	الشرط الثالث للرجوع في الهبة
بمجيء صاحبها	٢٧٨
٣٢٩	٢٨٠
كل ما جاز التقاطه ملكك بالتعريف عند تمامه	تفريع في رجوع الهبة
٣٣٠	٢٨٢
عموم ملك اللقطة للأمان وغيرها	كيفية الرجوع في الهبة
٣٣٢	٢٨٤
استواء لقطة الحل والحرم في الاحكام	أحكام التفضيل بين الاولاد في العطايا
٣٤٣	٢٨٧
حفظ وكاء اللقطة وعفاصها وعددها وصفاتها	استحباب ترك القسمة بين الاولاد
٣٣٥	٢٨٨
الاشهاد على اللقطة عند وجودها	جواز أخذ الاب من مال ولده ما شاء
٣٣٦	٢٩١
دفع اللقطة لربها اذا وصفها بلا بينة	امتناع مطالبة الابن بدين على أبيه
٣٣٧	٢٩٢
إذا وصف اللقطة اثنان أقرع بينهما	أحكام تصرف الاب في مال ابنه قبل تملكه
٣٣٨	٢٩٤
إذا دفع مال غيره إلى غير مستحقه ضمنه	امتناع أخذ مال الغير بغير إذنه
٣٤٠	٢٩٥
من قال لأملك اللقطة بحال لم يضمنها الملتقط	أحكام الرجوع في الهبة والهدية
٣٤٣	٢٩٦
من اصطاد سمكة فوجد فيها ذرة فهي له	النهي عن الرجوع في الهبة والاحاديث فيه
٣٤٥	٢٩٧
فروع في اللقطة	ما وهبه الانسان لذوي رحمه المحرم للرجوع فيه
٣٤٨	٢٩٨
تفصيل في اللقطة وتعريفها وما لها	امتناع رجوع المتصدق في صدقته
٣٥٠	٢٩٩
الجمالة جائزة في رد الضالة والابق وغيرها	كون الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً
٣٥١	٣٠٢
الفرق بين العوض والعمل في العلو والجمالة	﴿ باب العمرى والرقبى وغيرهما ﴾

صفحة	صفحة
٣٩٨	٣٥٣
السكلام على الفائة وكيفية الالحاق	فروع في أحكام اللقطة
٣٩٩	٣٥٥
تجريب الفائق للاحتياط في الالحاق	إذا رد العبد الأبق استحق العجل برده
٤٠١	٣٥٧
إذا ادعى اللقيط اثنان فألحقه الفائة بهما لحقهما وكان ابنيهما	يجوز أخذ الأبق لمن وجده
٤٠٢	٣٥٨
يلحق اللقيط بمن ألحقته الفائة وإن كثروا	من رد اللقطة لعلة العجل لم يجز له أخذه
٤٠٤	٤٥٩
فروع في ادعاء اللقيط	إذا وجد اللقطة سفية أو طفل عرفها وليه
٤٠٩	٣٦١
أحكام اقرار اللقيط بالرق بعد نكاحه	استواء الممكاتب والحر في اللقطة وأحكامها
٤١٢	٣٦٣
تصرف اللقيط بالبيع والشراء	إباحة النقاط الشاة بالمصر وبالمهلكة
٤١١	٣٦٥
ثبوت القود على اللقيط إذا جنى جنابة موجبة للقصاص	ثبوت قيمة اللقطة في ذمة الملاقظ إذا أكلها
٤١٤	٣٦٦
﴿ كتاب الوصايا ﴾	اللقطة التي لا تبقى عاما وأنواعها وأحكامها
٤١٥	٣١٨
استحباب الوصية بجزء من المال	حكم البقر والخلاف في كونها كالابل أو الشاة
٤١٧	٣٦٩
الأولى للموصي أن لا يستوعب اثنان بالوصية	للإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها
٤١٨	٣٧٠
الأفضل حبلى وصيته لأقاربه الذين لا يرثون	امتناع أخذ الضوال لغير الامام أو نائبه
٤١٩	٣٧٣
لا تجوز الوصية لو ارث إلا أن يجيز ذلك الورثة	حكم النقاط العبد الصغير أو الجارية
٤٢٠	٢٧٤
فروع في الوصية	﴿ كتاب اللقيط ومعناه ووجوب النقاط ﴾
٤١٥	٢٧٦
أحكام الوصية بائناك لو ارث وأجنبي	الحكم بإسلام اللقيط وكونه ظاهراً لا يقيناً
٤١٦	٣٧٧
الوصية بأكثر من الثلث لغير الوارث	جنابة اللقيط وتحميل بيت المال لها
٤٢٧	٣٧٨
حكم الوصية لغير الوارث	قذف اللقيط وإقامة الحد عليه
٤٢٨	٣٧٩
إنما يتم رد الورثة وإجازتهم بعد الموت	نفقة اللقيط من بيت المال إذا لم يوجد معاشه
٤٢٩	٢٨٢
الوصية بأكثر من الثلث وإجازة الوارث لها	حكم ما يوجد مع اللقيط من مال وغيره والاتفاق عليه منه
٤٣٢	٣٨٣
فروع في عتق الامة ثم تزوجها	كون ولاء اللقيط لسائر المسلمين
٤٣٤	٣٨٥
فروع في الوصية	حكم لفظ من هو مستور الحال
٤٣٦	٣٨٦
لا تصح الوصية لميت	سفر الامين باللقيط إلى مكان يقيم به
٤٤٠	٣٨٧
لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول	امس للعبد النقاط الطفل المتبوء إذا وجد غيره
٤٤٣	٣٨٩
فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين	حكم ما إذا رآه اثنان فسبق أحدهما فأخذه
٤٤٤	٣٩٠
صحة الوصية مطلقة ومقيدة	اختلاف اللقطين وادعاء كل واحد أنه هو اللقطة
٤٤٥	٣٩١
حكم الوصية بسهم من المال والاقوال فيها	اختلاف المسلم والكافر في ادعاء نسب اللقيط
٤٤٨	٣٩٣
الوصية بمثل نصيب أحد الورثة	رجوع دعوى المرأة على الرجل في اللقيط والعكس
٤٥٠	٣٩٤
فروع في الوصية بمثل نصيب الوارث أو نصفه	فصول فيما إذا ادعى المقيط اثنان فصاعداً
٤٥٧	٣٩٦
تقسيم الوصية	الشبه لا يكفي في ادعاء الوالد
	٣٩٧
	اثبات النسب بالشبه

صفحة	صفحة
٥٣١	٤٦١
٥٣٥	٤٦٥
٥٣٧	٥٦٧
٥٣٩	٤٦٩
٥٤٠	٤٧١
٥٤٢	٤٧٢
٥٤٤	٤٧٣
٥٤٥	٤٧٥
٥٥٠	٤٧٧
٥٥٢	٤٨٩
٥٥٣	٤٨٢
٥٥٥	٤٨٣
٥٥٨	٤٨٥
٥٥٩	٤٨٨
٥٦١	٤٨٩
٥٦٣	٤٩١
٥٦٧	٤٩٢
٥٦٩	٤٩٤
٥٧٥	٤٩٥
٥٧٦	٤٩٧
٥٧٧	٤٩٨
٥٨١	٥٠٤
٥٨٤	٥٠٩
٥٨٥	٥١٣
٥٨٦	٥١٥
٥٨٨	٥١٨
٥٩١	٥١٩
٥٩٢	٥٢٠
٥٩٣	٥٢٥
	٥٢٧
	٥٢٨